

# rechtAktuell

Dezember 2018



LOSCHELDER

# Inhalt

Erneute Novellierung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)	S. 03	Das unvollkommene Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG)	S. 33
Erfassen D&O-Versicherungsverträge Ersatzansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG?	S. 09	Vergaberechtliche Spätfolgen von Kartellverstößen	S. 37
Neue Anforderungen für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen	S. 13	Limitation Language in Darlehensverträgen	S. 41
BAG: Ausschlussfristen müssen Mindestlohnansprüche ausnehmen	S. 17	Markeninhaber aufgepasst: BGH beschränkt Zuständigkeit deutscher Gerichte bei der Verletzung von Unionsmarken im Internet	S. 45
(m/w/d): Auf der Suche nach dem dritten Geschlecht	S. 18	Abmahnfähigkeit von Datenschutzverstößen auch nach ersten Gerichtsentscheidungen umstritten	S.49
Verzicht auf das Widerspruchsrecht bei Betriebsübergängen	S. 21	Vererbbarkeit des digitalen Nachlasses	S. 53
Deutscher Juristentag empfiehlt Reform des Beschlussmängelrechts im Gesellschaftsrecht	S. 25	In eigener Sache	S.56
Update: Kartellrecht und Online-Vertrieb	S. 29		

# rechtAktuell

## aktuelle rechtliche Fragen und gesetzgeberische Entwicklungen

### Über „rechtAktuell“

Die Publikation „rechtAktuell“ ist eine unregelmäßig erscheinende Veröffentlichung von Loschelder und beinhaltet keinen konkreten Rechtsrat zu einem speziellen Sachverhalt. Die veröffentlichten Artikel sind allgemeine Zusammenfassungen zu aktuellen rechtlichen Fragen, gesetzgeberischen Entwicklungen und Veränderungen aufgrund neuer Entscheidungen. Wir empfehlen deshalb dringend, bei konkreten Fragen einen Rechtsanwalt unserer Sozietät zu konsultieren. Dieser wird Ihre speziellen Fragen unter Berücksichtigung des Sachverhaltes und Ihrer Bedürfnisse gerne beantworten. Diese Veröffentlichung kann auf unserer Homepage unter [www.loschelder.de](http://www.loschelder.de) abgerufen werden. Dort finden Sie auch weitere Veröffentlichungen unserer Sozietät.

### Bezugswege

Normalerweise erhalten Sie „rechtAktuell“ im gewohnten Papierformat. Möchten Sie zukünftig „rechtAktuell“ gerne im PDF-Format beziehen? Dann schicken Sie uns bitte eine kurze Nachricht an: [recht.aktuell@loschelder.de](mailto:recht.aktuell@loschelder.de)

### Datenschutzhinweise

Unter [www.loschelder.de/de/datenschutz](http://www.loschelder.de/de/datenschutz); auf Anfrage per Post und E-Mail.



# Lauterkeitsrecht

## Erneute Novellierung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

**Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) hat eine lange Tradition. Es geht zurück auf das Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen aus dem Jahre 1894. Es folgte ein erstes UWG 1896 und dann im Jahre 1909 das UWG, das fast 100 Jahre bis zum Jahre 2004 gegolten hat. Dieses Gesetz regelte den gesamten lautereren Wettbewerb – die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit aller geschäftlichen Handlungen – mit zwei Generalklauseln, dem Verbot sittenwidrigen Handels und dem Verbot von irreführenden Handlungen. Was jeweils sittenwidriges Handeln oder irreführendes Handeln war, hatte die Rechtsprechung in zahlreichen Fallgruppen festgelegt. Letztlich war das UWG somit reines Richterrecht.**

Das änderte sich 2004 unter dem Einfluss des EU-Gesetzgebers. Die von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen wurden 2004 in einzelnen Paragrafen festgehalten, 2008 in Umsetzung verschiedener EU-Richtlinien geändert und 2015 erneut angepasst.

Nun liegt wiederum ein Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zu einem „Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs“ vor, der im Schwerpunkt Änderungen des UWG umfasst, aber als Folge hiervon auch Änderungen des Unterlassungsklagengesetzes, des Urheberrechtsgesetzes und sogar, wenn auch nur redaktionell, des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

Die Änderungen betreffen nicht das materielle Wettbewerbsrecht, ändern also nicht die Bestimmungen, in denen festgelegt ist, was wettbewerbswidrig ist. Geändert werden nur die Bestimmungen zur Durchsetzung der Rechte.

Nachfolgend soll ein Überblick über die fünf wichtigsten Änderungsvorschläge gegeben werden.

1. Die für die Praxis wesentlichste Änderung dürfte der neu gefasste § 14 UWG-E sein, in dem die bisher geltenden Bestimmungen der § 13 zur sachlichen Zuständigkeit und § 14 zur örtlichen Zuständigkeit zusammengefasst werden. An der sachlichen Zuständigkeit des noch geltenden § 13 ändert sich inhaltlich nichts. Die Landgerichte bleiben ausschließlich zuständig (jetzt § 14 Abs. 1 UWG-E). Die Landesregierungen können durch Rechtsverordnung eine Konzentration auf bestimmte Landgerichte einführen. Das war bisher schon möglich. Hiervon ist aber kaum Gebrauch gemacht worden. Die eigentliche und wesentliche Änderung betrifft § 14 Abs. 2 UWG-E, der den sog. „fliegenden Gerichtsstand“ abschafft. Bisher konnten Mitbewerber, allerdings nicht die Wettbewerbsvereine, entsprechend dem Gerichtsstand der unerlaubten Handlung in § 32 ZPO jeden Wettbewerber dort verklagen, wo er gegen Wettbewerbsrecht verstieß. Da ein Großteil der Werbung über Medien erfolgt, die bundesweit ausstrahlen, insbesondere über das Internet, konnte sich jeder Anspruchsteller den Gerichtsstand aussuchen, der ihm genehm war. Das hat nach Auffassung des Justizministeriums zu Missbräuchen geführt, da Wettbewerber, um insbesondere kleinere und mittlere Unternehmen zu ärgern, Gerichtsstände weit weg vom Sitz des Anspruchsgegners aussuchten, da man auch den Gerichtsstand danach aussuchen konnte, welche Rechtsprechung das jeweilige Gericht verfolgte, ob es z. B.

auch hohe Gegenstandswerte akzeptierte. All dies sieht das Ministerium als Missbrauch an, verkennt dabei allerdings, dass die Wahl der Gerichtsstände keineswegs nur zum Zwecke des Missbrauchs erfolgte, sondern dass sich an bestimmten Gerichtsständen, wie Hamburg, Düsseldorf, Köln, Frankfurt, München, ausgesprochene Spezialkammern herausgebildet haben und man diese Gerichte wegen ihrer fachlichen Kompetenz bevorzugte. Damit dürfte es nun vorbei sein, wenn die Gesetzesreform umgesetzt wird. Dass sie kommt, dass insbesondere diese Regelung zum Gerichtsstand geändert wird, ist sehr wahrscheinlich, da das Justizministerium dies bereits seit ca. 10 Jahren versucht und – erstaunlicherweise – hierbei auch von den Justizministerien der Länder unterstützt wird.

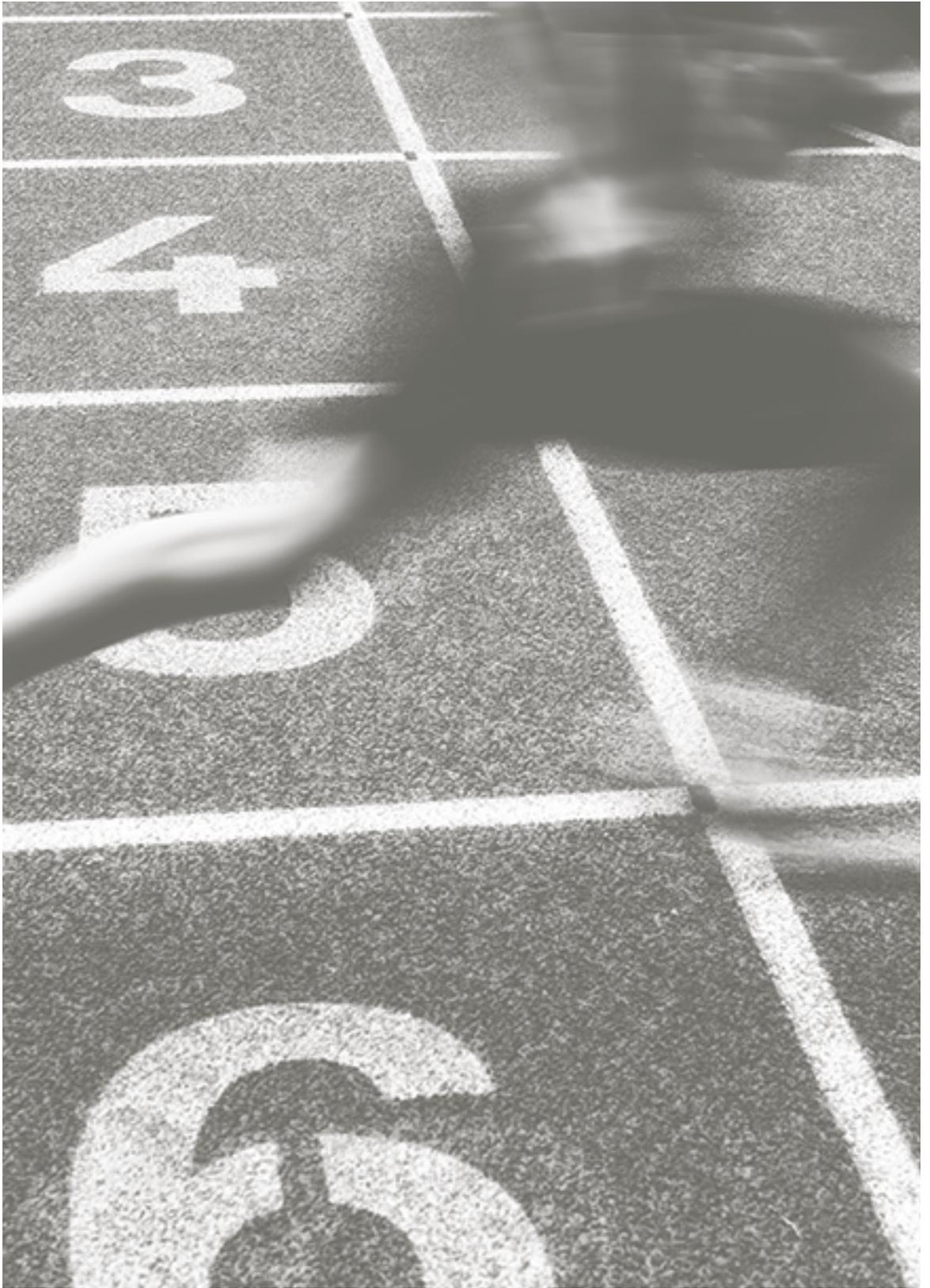
2. Die zweite Änderung betrifft § 8 Abs. 3 UWG. In § 8 Abs. 3 UWG ist festgelegt, wer die Ansprüche aus dem UWG geltend machen darf, nämlich nicht der Verletzte, z. B. der Verbraucher, sondern nur Mitbewerber, rechtsfähige Verbände, sog. qualifizierte Einrichtungen und die Industrie- und Handelskammern.

An dieser Regelung der Aktivlegitimation soll sich auch grundsätzlich nichts ändern. Es werden lediglich die rechtsfähigen Verbände und die qualifizierten Einrichtungen einer stärkeren Kontrolle unterzogen. Nach der bisherigen Regelung war Voraussetzung, dass den Verbänden eine erhebliche Anzahl von Unternehmen angehören mussten, die tatsächlich auch im Markt des Verletzers tätig waren. Diese Regelung wird nun sehr stark formalisiert. Es werden nur noch rechtsfähige Verbände zugelassen, die in einer Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände eingetragen sind. In § 8a UWG-E wird hiermit das Bundesamt für Justiz beauftragt, das auch bisher für die Überwachung der Verbände schon zuständig war. Nunmehr ist im Einzelnen

festgelegt, wie viele Unternehmen dem Verband angehören müssen, nämlich jedenfalls 50, dass er im Vereinsregister und zwar seit einem Jahr eingetragen sein muss und dass seine personelle und sonstige Ausstattung ausreichend ist, die Aufgaben zu erfüllen. Letzteres war auch bisher schon der Fall, musste im einzelnen Fall von den Gerichten geprüft werden. Nunmehr erfolgt die Prüfung durch das Bundesamt und führt zur Aufnahme in eine Liste, die im Internet veröffentlicht wird.

3. Gemäß § 8 Abs. 4 UWG ist die Geltendmachung der im UWG festgelegten Ansprüche unzulässig, wenn sie missbräuchlich ist. Was unter Missbrauch zu verstehen ist, ist beispielhaft in der Vorschrift geregelt. Missbrauch soll insbesondere dann vorliegen, wenn es dem Anspruchsteller vorwiegend darum ging, Kosten und Aufwendungen zu produzieren. Was hierunter zu verstehen ist, wann von einer solchen Absicht ausgegangen werden kann, obliegt im Wesentlichen der Beurteilung durch die Rechtsprechung. Den Missbrauchstatbestand auszufüllen hat die Rechtsprechung auch stets ernst genommen. So gibt es ein gerade verkündetes, aber noch nicht abgesetztes BGH-Urteil vom 13.09.2018, in dem festgelegt wird, dass es z. B. missbräuchlich ist, wenn sich ein Wettbewerbsverein eines Prozessfinanzierers bedient, um sog. Streuschäden nach § 10 UWG geltend zu machen.

Auf die Rechtsprechung will sich der Gesetzgeber offensichtlich nicht mehr verlassen. § 8 Abs. 4 UWG ist aufgehoben und ist sehr viel ausführlicher in einen neuen § 8b UWG-E übertragen worden. Der Grundsatz, dass die Geltendmachung der Ansprüche nach § 8 unzulässig ist, wenn ihre Geltendmachung missbräuchlich ist, ist beibehalten. Was aber unter Missbrauch zu verstehen ist, wird dann



in § 8b Abs. 2 UWG-E in vier Unterpunkten geregelt und zwar in Form von Vermutungstatbeständen. Eine missbräuchliche Geltendmachung wird vermutet, wenn z. B. Mitbewerber eine erhebliche Anzahl von Verstößen gegen die gleiche Rechtsvorschrift geltend machen, wenn der Gegenstandswert oder der Streitwert unangemessen hoch angesetzt wird, wenn unangemessen hohe Vertragsstrafen vereinbart oder gefordert werden oder wenn eine vorgeschlagene Unterlassungsverpflichtung erheblich über die abgemahnte Rechtsverletzung hinausgeht. All dies findet sich schon in der Rechtsprechung, so dass diese Änderungsvorschrift im Wesentlichen eine Umsetzung der Rechtsprechung ist.

4. Diese Bemühung, missbräuchliches Handeln einzudämmen, wird in einem neuen § 13 UWG-E noch ausgeweitet. In § 13 wird der bisher geltende § 12 Abs. 1 UWG erheblich erweitert. Gemäß § 12 Abs. 1 UWG soll der Schuldner vor der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens abgemahnt und ihm Gelegenheit gegeben werden, den Streit durch Abgabe einer mit einer angemessenen Vertragsstrafe bewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärung beizulegen. Diese Bestimmung stellt eine Obliegenheit des Anspruchsinhabers dar. Beachtet der Gläubiger sie nicht, ändert dies nichts an dem von ihm geltend gemachten Ansprüchen. Er trägt aber das Kostenrisiko, wenn der Schuldner den Anspruch sofort anerkennt. In § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG ist zudem derzeit geregelt, dass der zur Abmahnung Berechtigte Ersatz seiner Aufwendungen verlangen kann.

An die Stelle dieser Regelung ist nun ein neuer § 13 UWG-E vorgesehen, der Ähnliches wie § 12 Abs. 1 UWG, nur sehr viel ausführlicher in fünf Absätzen regelt. Es bleibt bei der Obliegenheit des Anspruchstellers, den Schuldner abzumahnern. In § 13 Abs. 2 UWG-E

ist dann in fünf Unterpunkten geregelt, wie die Abmahnung auszusehen hat. Sie muss klar und verständlich sein, muss Namen und Firma des Abmahnenden aufführen, und die Voraussetzungen, wieso er anspruchsberechtigt ist, benennen. Zudem müssen die Höhe des Aufwendungs- und Ersatzanspruchs, der verlangt wird, genannt sowie eine genaue Beschreibung der Rechtsverletzung gegeben werden. Auch darf der Anspruch, z. B. wegen Geringfügigkeit, nicht ausgeschlossen sein.

Das meiste dessen, was jetzt geregelt wird, fand sich auch bisher in jeder vernünftig formulierten Abmahnung. Nur hatte es keine Konsequenzen, wenn einer dieser Punkte fehlte.

Nur soweit die Abmahnung die neu aufgestellten Voraussetzungen erfüllt, kann der Abmahnende Ersatz seiner Aufwendungen verlangen. Das kann er im Übrigen nicht, wenn die Zuwiderhandlung unbedeutend ist oder der Abgemahnte bereits aufgrund anderer Anspruchsteller entsprechende Unterlassungserklärungen abgegeben hat. Letzteres war auch bisher schon der Fall, da mit einer nach dritter Seite abgegebenen Unterlassungserklärung der Anspruch entfällt. Soweit die Abmahnung unberechtigt ist, hat wiederum der Abgemahnte einen Anspruch auf Ersatz seiner Kosten.

Da ein Unterlassungsanspruch nur erfüllt werden kann, wenn eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben wird, wenn also eine Vertragsstrafe versprochen wird, ist in § 13a UWG-E ausführlich geregelt, welche Umstände bei der Festlegung einer angemessenen Vertragsstrafe zu berücksichtigen sind, nämlich Art, Schwere, Ausmaß und Folgen der Zuwiderhandlung, das Verschulden, die Marktstärke und auch die

## Lauterkeitsrecht

wirtschaftlichen Interessen des Abgemahnten. Handelt es sich um geringfügige Verstöße, darf die Vertragsstrafe 1.000 Euro nicht überschreiten. Es genügt im Übrigen, wenn der Abgemahnte eine angemessen hohe Vertragsstrafe verspricht, so dass es dann den Gerichten überlassen ist, die Angemessenheit zu bestimmen. Im Übrigen kann der Abgemahnte in diesen Fällen auch die Einigungsstelle anrufen, dies ohne Zustimmung des Abmahnenden.

Vieles von dem, was der Gesetzgeber ausführlich regelt, war bislang schon das Ergebnis der Rechtsprechung. Vielleicht ist es aber ganz gut, wenn diese Regelungen nun im Gesetz nachgelesen werden können, wenn zukünftig nicht mehr in Wettbewerbsachen erfahrene Gerichte zuständig sind, wie Berlin, Hamburg, oder Düsseldorf, sondern Gerichte, die nur vereinzelt mit dem UWG beschäftigt werden, z. B. das Landgericht Chemnitz oder das Landgericht Passau.

5. Eine weitere Änderung im Bereich des Gewerblichen Rechtsschutzes soll durch dieses neue Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs – einem Artikelgesetz, durch das zahlreiche Gesetze geändert werden sollen – durchgesetzt werden. Auch diese Frage ist wie die des fliegenden Gerichtsstandes seit Jahrzehnten streitig. Es geht um die sogenannte Reparaturklausel im Designgesetz. Bauelemente eines komplexen Erzeugnisses, die nur verwandt werden, um Reparaturen zu ermöglichen, sollen keinen Designschutz mehr erhalten. Diese Bestimmung trifft insbesondere die Automobilindustrie. Bauelemente dieser Art sind vor allen Dingen Kotflügel, Kühlerhauben und andere Karosserieteile, die üblicherweise bei Unfällen beschädigt werden. An diesen Karosserieteilen besteht in Deutschland Designschutz, so dass sie nur von den Herstellern der Fahrzeuge geliefert

werden dürfen. Das ist in anderen EU-Staaten, in denen es häufig eine starke Ersatzteilindustrie gibt, anders geregelt. Dort gibt es häufig keinen Designschutz auf Ersatzteile. Es war immer schon das Bestreben der Kommission, diese Reparaturklausel europaweit durchzusetzen. Dem hatte sich Deutschland über viele Jahrzehnte widersetzt. Nunmehr soll der Widerstand aufgegeben und eine Vereinheitlichung im europäischen Recht hergestellt werden.

Nach Auffassung der vielfach zitierten informierten Kreise werden diese Änderungen durchgesetzt werden. Die Ministerin persönlich hat sich hierfür eingesetzt. Der bisher vorgegebene Zeitplan sieht eine Umsetzung schon im Januar 2019 vor. Wahrscheinlich wird das Gesetz aber erst Mitte 2019 in Kraft treten.

*Für sämtliche Fragen zum Lauterkeitsrecht steht Ihnen gerne zur Verfügung:*

**Prof. Dr. Michael Loschelder**  
0221 650 65-124  
[michael.loschelder@loschelder.de](mailto:michael.loschelder@loschelder.de)





# Versicherungsrecht

## Erfassen D&O-Versicherungsverträge Ersatzansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG?

**Gemäß § 64 Satz 1 GmbHG sind die Geschäftsführer einer GmbH der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Dies gilt nicht für Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind. Ein entsprechender Ersatzanspruch besteht gemäß §§ 93 Abs. 3 Nr. 6, 92 Abs. 2 Satz 1 AktG auch gegenüber Vorständen von Aktiengesellschaften. Stellt also ein Geschäftsführer einer GmbH bzw. ein Vorstand einer Aktiengesellschaft nicht rechtzeitig den Insolvenzantrag, muss er der Gesellschaft sämtliche Zahlungen erstatten, die er nach dem Eintritt der Insolvenzreife noch veranlasst hat.**

Für Geschäftsführer bzw. Vorstände besteht aufgrund der dargestellten Ersatzansprüche ein nicht unerhebliches persönliches Haftungsrisiko. Das Tatbestandsmerkmal der Veranlassung wird von der Rechtsprechung weit ausgelegt, die Prüfung, ab wann Insolvenzreife vorliegt, ist oft schwierig. Wird bei einer GmbH oder einer Aktiengesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet, werden durch die Insolvenzverwalter daher regelmäßig Ersatzansprüche gegen die

Geschäftsführer bzw. Vorstände in erheblicher Höhe wegen Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife geltend gemacht.

Wir hatten bereits letztes Jahr in rechtAktuell (Ausgabe Dezember) berichtet, dass zweifelhaft ist, ob solche Ersatzansprüche vom Versicherungsschutz aus D&O-Versicherungsverträgen umfasst werden. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat nun am 20.07.2018 ausdrücklich entschieden, dass D&O-Versicherungsverträge Ersatzansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG nicht erfassen.

### Entwicklung der Rechtsprechung

Das Oberlandesgericht Celle kam im April 2016 in einer Hilfsüberlegung zu dem Ergebnis, dass „einiges dafür spreche“, dass Zahlungsansprüche gestützt auf § 64 Satz 1 GmbHG kein von einem D&O-Versicherungsvertrag erfasster Haftpflichtanspruch seien. Dieser Ansicht hat sich nun mit ausführlicher Begründung das Oberlandesgericht Düsseldorf am 20. Juli dieses Jahres angeschlossen. Gegen die Entscheidung ist eine Nichtzulassungsbeschwerde beim BGH anhängig. Abzuwarten bleibt, wie der BGH die Frage beurteilen wird.

## Fall des Oberlandesgerichts Düsseldorf

In dem Fall, über den das Oberlandesgericht Düsseldorf zu entscheiden hatte, war die Klägerin Geschäftsführerin einer GmbH, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden war. Der Insolvenzverwalter nahm die Geschäftsführerin erfolgreich auf Zahlung von mehr als 200.000 Euro gestützt auf § 64 Satz 1 GmbHG in Anspruch. Hintergrund war, dass die GmbH nach Eintritt der Insolvenzreife noch Überweisungen in dieser Höhe vorgenommen hatte. Die Klägerin wandte sich dann an ihre D&O-Versicherung und verlangte Freistellung von dem Ersatzanspruch. Nachdem die D&O-Versicherung Deckungsschutz abgelehnt hatte, klagte die Geschäftsführerin beim Landgericht Mönchengladbach gegen die Versicherung. Die Klage war erstinstanzlich erfolglos, da das Landgericht Mönchengladbach die Klage wegen wissentlicher Pflichtverletzung zurückwies. Auch mit der Berufung beim Oberlandesgericht Düsseldorf scheiterte die Klägerin. Allerdings begründete das Oberlandesgericht Düsseldorf seine Entscheidung völlig anders als das Landgericht Mönchengladbach.

## Begründung des Oberlandesgerichts Düsseldorf

Das Oberlandesgericht Düsseldorf führte aus, dass eine wissentliche Pflichtverletzung nicht nachgewiesen sei. Allerdings handele es sich bei § 64 GmbHG nicht um einen gesetzlichen Haft-

pflichtanspruch, der vom Versicherungsschutz einer D&O-Versicherung erfasst sei. Dabei argumentierte das Oberlandesgericht Düsseldorf damit, dass D&O-Versicherungsverträge nur Versicherungsschutz für die Inanspruchnahme wegen Schadensersatzansprüchen bieten würden. Bei dem Ersatzanspruch gemäß § 64 Satz 1 GmbHG handele es sich aber gerade nicht um einen Schadensersatzanspruch. Der entscheidende Unterschied sei, dass dieser Zahlungsanspruch unabhängig davon bestehe, ob der Gesellschaft überhaupt ein Vermögensschaden entstanden sei. Der Ersatzanspruch aus § 64 GmbHG sei einem Schadensersatzanspruch im Sinne des Versicherungsbedingungen nicht gleichzustellen.

Diese Begründung dürfte für viele Geschäftsführer und Vorstände schwer nachvollziehbar sein. Daher bleibt mit Spannung abzuwarten, ob der BGH der Ansicht des OLG Düsseldorf folgen wird.

## Bedeutung für bestehende Versicherungsverträge

Das dargestellte Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 20.07.2018 hat für bestehende D&O-Versicherungsverträge erhebliche Auswirkungen. Geschäftsführer und Vorstände sollten anhand der Versicherungsbedingungen genau prüfen, ob Ersatzansprüche gem. § 64 Satz 1 GmbHG bzw. der entsprechende aktienrechtliche Ersatzanspruch vom Versicherungsschutz der

## Versicherungsrecht

für sie abgeschlossenen D&O-Versicherungsverträge erfasst sind. Bei neueren Versicherungsverträgen sind diese Ersatzansprüche zum Teil ausdrücklich mit eingeschlossen. Soweit eine ausdrückliche Regelung in den Versicherungsbedingungen fehlt, sollte – möglichst vor Eintritt eines Schadensfalls – mit der Versicherung geklärt werden, ob diese Ersatzansprüche nach der Auslegung der jeweiligen Versicherung erfasst sind. Bei Abschluss neuer Versicherungsverträge sollten Geschäftsführer und Vorstände darauf achten, dass Ersatzansprüche gem. § 64 Satz 1 GmbHG bzw. der entsprechende aktienrechtliche Ersatzanspruch in die Versicherungsbedingungen aufgenommen sind, damit im Fall der Insolvenz keine (möglicherweise existenzvernichtende) Lücke im Versicherungsschutz besteht.

*Für Fragen zur D&O-Versicherung und anderen Fragen des Versicherungsrechts stehen Ihnen gerne zur Verfügung*

**Dr. Wilfried Rüffer**  
0221 650 65-214  
wilfried.rueffer@loschelder.de

**Dr. Sandra Orlikowski-Wolf**  
0221 650 65-206  
sandra.orlikowski-wolf@loschelder.de





# Know-how-Schutz

## Neue Anforderungen für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen

**Seit langem ist der Schutz von unternehmensinternem Wissen durch Geheimhaltung eine wichtige Ergänzung zu den Instrumenten, die das geistige Eigentum bietet. Dies gilt nicht nur für Informationen, die durch gewerbliche Schutzrechte ohnehin nicht geschützt werden können (etwa die Identität von Zulieferern oder Kunden), sondern auch für Vorgänge und Verfahren, die man für einen sehr langen Zeitraum – über einen möglichen Patentschutz hinaus – monopolisieren möchte. Da der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in den Ländern der EU sehr unterschiedlich ausgestaltet ist, soll mit der Geheimnisschutz-Richtlinie (2016/943) erstmals eine Harmonisierung der Rechtslage erfolgen. Die Umsetzung dieser Richtlinie führt zu höchst praxisrelevanten Änderungen für deutsche Unternehmen.**

### Geheimnisschutz heute

Der Geheimnisschutz ist im deutschen Recht nicht einheitlich geregelt, sondern beruht auf einer Vielzahl von Bestimmungen in unterschiedlichen Gesetzen. Eine zentrale Rolle spielt dabei die Regelung des § 17 UWG, welche den Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen unter Strafe stellt. Dabei definiert das Gesetz nicht, unter welchen Umständen eine Information als „Geheimnis“ anzusehen ist. Vielmehr hat die Rechtsprechung zur Bestimmung des Begriffs vier Kriterien entwickelt, die kumulativ erfüllt sein müssen: Es muss sich (1.) um eine unternehmensbezogene Tatsache handeln, die (2.) nicht offenkundig ist, also nur mit einem

gewissen zeitlichen und finanziellen Aufwand erlangt werden kann. Darüber hinaus muss seitens des Unternehmens (3.) ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse und (4.) ein Geheimhaltungswille bestehen. Es genügt allerdings, wenn sich der Geheimhaltungswille aus der Natur der jeweiligen Tatsache ergibt, ein Nachweis ist nicht erforderlich. In der Praxis wird der Geheimhaltungswille ohne weitere Voraussetzungen vermutet. Dies bedeutet im Ergebnis, dass ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis vorliegt, solange die jeweilige Information tatsächlich geheim ist.

### Neuregelung

Wie auch das geltende Recht geht die Geheimnisschutz-Richtlinie davon aus, dass eine Information nur dann ein Geschäftsgeheimnis bildet, wenn die Information nicht allgemein bekannt ist. Zusätzlich setzt die Richtlinie in Art. 2 Abs. 1 lit. c) jedoch voraus, dass die Information durch „von den Umständen nach angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ geschützt ist. Damit wird ein zusätzliches, formales Kriterium für den Bestand des Geheimnisschutzes aufgestellt, für das der Geheimnisinhaber bzw. Unternehmer die Beweislast trägt.

Der deutsche Gesetzgeber hat die Formulierung der Richtlinie in den Entwurf des Geschäftsgeheimnisgesetzes wortgleich übernommen, ohne die Anforderungen näher zu präzisieren. In der Begründung des Entwurfes ist klargestellt, dass grundsätzlich sowohl physische Zugangsbe-

schränkungen wie auch vertragliche Sicherungsmaßnahmen (z. B. Verschwiegenheitsverpflichtungen) als Schutzmaßnahme in Betracht kommen. In Ermangelung genauerer gesetzlicher Vorgaben bleibt aber insoweit eine erhebliche Unsicherheit, zumal auch die deutschen Gerichte bislang keinerlei Erfahrungen mit der Anwendung des neuen Kriteriums haben.

### Folgen für die Praxis

Die Einführung der neuen Voraussetzung für den Geheimnisschutz hat erhebliche Auswirkungen für jedes Unternehmen, das auf den Schutz geheimer Informationen nicht verzichten möchte. Auch wenn die genauen Anforderungen erst in den nächsten Jahren durch die Gerichte geklärt werden, stehen zwei Aspekte fest: Da das Gesetz lediglich „angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen“ fordert, muss (nur) ein vernünftiger, kaufmännisch und praktisch noch vertretbarer Aufwand für die Geheimhaltung betrieben werden. Ein „optimaler“ Schutz ist gerade nicht erforderlich. Andererseits ist auch sicher, dass der Unternehmer, der sich auf den Schutz eines Geschäftsgeheimnisses berufen will, konkrete Maßnahmen ergreifen und künftig dem Gericht auch beweisen muss, um Ansprüche im Fall einer Verletzung durchsetzen zu können.

Einige Entscheidungen aus den USA und anderen EU-Ländern, die ein vergleichbares Tatbestandsmerkmal bereits kennen, vermitteln eine ungefähre Vorstellung von den Kriterien. So dürfte es nicht zum Verlust des Geheimnisschutzes führen, wenn insgesamt ein angemessenes

Schutzniveau aufrechterhalten wird, jedoch einzelne Mitarbeiter oder Besucher eines Werksgeländes die Schutzmaßnahmen gezielt und vorsätzlich zu Spionagezwecken umgehen. Auch dürfte z.B. ein für den normalen Nutzer nicht entdeckbarer Programmierfehler in der Software, der einen unbefugten Zugriff auf die IT-Systeme ermöglicht, nicht grundsätzlich zum Verlust des Geheimnisschutzes führen. Strengere Anforderungen könnten allerdings an organisatorische Maßnahmen gestellt werden. So hat ein italienisches Gericht bereits entschieden, dass die – mit Zustimmung des Arbeitgebers erfolgte – Speicherung von geheimen Konstruktionszeichnungen auf dem privaten Laptop eines Mitarbeiters zum Verlust von Ansprüchen führe. Eine solche Praxis stelle keine angemessene Geheimhaltungsmaßnahme dar. Vielmehr müssten geheime Informationen ausschließlich auf den Systemen des Unternehmens gespeichert werden.

Insgesamt spricht vieles dafür, dass die Einrichtung hinreichender organisatorischer Maßnahmen und die Durchsetzung entsprechender arbeitsrechtlicher Vorgaben einen Schwerpunkt bei der Frage bilden werden, ob angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen vorliegen. Wichtig ist dabei, dass die Maßnahmen nicht nur auf dem Papier bestehen, sondern tatsächlich gelebte betriebliche Praxis werden. Im Fall der Auseinandersetzung wird das Gericht auch die tatsächliche Durchsetzung von organisatorischen und arbeitsrechtlichen Vorgaben überprüfen. Da der Unternehmer die Beweislast für das Bestehen angemessener Schutzmaßnahmen trägt, ist hier ein gewisser Aufwand unumgäng-

## Know-how-Schutz

lich. Eine geeignete Grundlage könnte die Einrichtung der Position eines „Geheimnisschutzbeauftragten“ bilden, der – ähnlich dem Datenschutzbeauftragten – als zentraler Ansprechpartner für alle Belange des Geheimnisschutzes in einem Unternehmen dient und die entsprechenden Maßnahmen koordiniert.

Viel Zeit zum Tätigwerden bleibt nicht: Auch wenn der deutsche Gesetzgeber erst einen Entwurf für das Geschäftsgeheimnisgesetz vorgelegt hat, ist die Umsetzungsfrist der Richtlinie bereits am 09.06. 2018 abgelaufen. Dies bedeutet, dass ein Gericht in einem Verfahren zur Durchsetzung von Ansprüchen aus einem Geschäftsgeheimnis bereits jetzt auf das Merkmal der angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen abstellen kann.

*Für alle Fragen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen und zu der gesetzlichen Neuregelung stehen Ihnen gerne zur Verfügung:*

**Dr. Stefan Maaßen, LL.M.**  
0221 650 65-231  
stefan.maassen@loschelder.de

**Dr. Martin Brock**  
0221 650 65-233  
martin.brock@loschelder.de





# Arbeitsrecht

## BAG: Ausschlussfristen müssen Mindestlohnansprüche ausnehmen

**Mit Entscheidung vom 18.09.2018 (Az. 9 AZR 162/18) hat das BAG klargestellt, dass arbeitsvertragliche Ausschlussfristen (auch Ausschlussklauseln oder Verfallsklauseln genannt) unbedingt Ansprüche auf den gesetzlichen Mindestlohn ausnehmen müssen. Tun sie das nicht, sind sie unwirksam.**

Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen legen fest, dass sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb einer Frist von (mindestens) drei Monaten textförmlich geltend gemacht werden müssen. Geschieht dies nicht, verfallen die Ansprüche.

Die Aufnahme von Ausschlussfristen entspricht heutzutage dem Standard: Sie schützen Arbeitgeber davor – denen z.B. versehentliche Fehler in der Lohnabrechnung unterlaufen sind –, in Massenverfahren mit offenen Lohnforderungen aus den letzten vier Jahren überrollt zu werden, für die keine Rückstellungen gebildet wurden. Außerdem verhindern sie, dass Trennungstreitigkeiten ausufern, weil ein gekündigter Arbeitnehmer auf einmal mehrere Jahre alte Spesenabgeltungs-, Überstundenvergütungs- oder Bonusansprüche erhebt, die gemäß der regelmäßigen Verjährungsfrist erst nach drei Jahren verjähren (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB).

Um ihre Funktion erfüllen zu können, müssen Ausschlussfristen unbedingt AGB-rechtskonform formuliert sein. Enthalten arbeitsvertragliche Ausschlussfristen einen Formulierungsfehler, sind sie schädlich: Dann nämlich kann sich nur der Arbeitnehmer auf die Ausschlussfrist berufen, der Arbeitgeber aber nicht.

Das BAG hat nun klargestellt, dass die Ausschlussfristen Ansprüche auf den gesetzlichen Mindestlohn unbedingt ausdrücklich ausnehmen müssen. Alle Arbeitgeber sollten die Formulierungen in ihren Musterarbeitsverträgen überprüfen und sicherstellen, dass die neuen Vorgaben erfüllt werden. Die neue Rechtsprechung gilt jedenfalls für alle Arbeitsverträge, die nach dem 31.12.2014 geschlossen wurden. Ob sie auch auf ältere Arbeitsverträge Anwendung findet, hat das BAG offen gelassen.

*Formulierungshilfen für Ausschlussfristen können Sie unserem Arbeitsrecht-Newsletter für Oktober 2017 entnehmen.*

*Für den monatlichen Arbeitsrecht-Newsletter können Sie sich auf unserer Homepage anmelden.*

### (m/w/d): Auf der Suche nach dem dritten Geschlecht

**Derzeit beginnen einige Unternehmen und öffentliche Arbeitgeber damit, Stellen unter dem Kürzel „(m/w/d)“ auszuschreiben. Das „d“ steht für divers und soll zum Ausdruck bringen, dass die Stelle prinzipiell auch Bewerbern offen steht, die sich keinem bestimmten Geschlecht zuordnen lassen wollen. Rechtlicher Hintergrund ist der Beschluss des Bundesverfassungsgericht vom 10.10.2017 (Az. 1 BvR 2019/16), mit dem ein drittes Geschlecht als diskriminierungsrechtlich relevant anerkannt wurde. Dieser Rechtsgedanke könnte auch auf die Anwendung des § 11 AGG übertragbar sein. Arbeitgeber, die dieser neuen Praxis nicht folgen, gehen bislang aber keine ernsthaften rechtlichen Risiken ein.**

Nach § 11 AGG dürfen Stellen nicht unter Verstoß gegen ein Diskriminierungsverbot ausgeschrieben werden. Spricht ein Unternehmen in einer Stellenausschreibung ausschließlich männliche Bewerber an, sucht es z.B. explizit nur einen „Informatiker“, aber keine „Informatikerin“, liegt ein Verstoß vor. Wird eine weibliche Bewerberin dann abgelehnt, besteht nach § 22 AGG eine gesetzliche Vermutung, dass die ablehnende Entscheidung wegen einer Geschlechterdiskriminierung ergangen ist. Die Bewerberin kann nach § 15 Abs. 2 AGG auf Schmerzensgeld klagen und wird i.d.R. mit ihrer Klage auch gewinnen, sollte dem Unternehmen nicht der Gegenbeweis gelingen.

Um Stellenausschreibungen geschlechtsneutral auszuschreiben, haben Unternehmen drei Möglichkeiten:

1. Es wird eine geschlechtsneutrale Bezeichnung verwendet, wie z.B. Fachkraft für Informatik. Das klingt allerdings oft merkwürdig und irreführend.
2. Es werden sowohl die männliche, als auch die weibliche Bezeichnung gewählt, z.B. „ein/e Informatiker/in“ oder „eine Informatikerin oder einen Informatiker“. Diese Formulierungsweise macht den Text aber entweder schwer lesbar oder deutlich länger.
3. Überwiegend nutzen Unternehmen den Zusatz (m/w) oder (m/f). Gesucht wird dann „ein Informatiker (m/w)“.

Seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10.10.2017 (Az. 1 BvR 2019/16) wird diskutiert, ob Unternehmen außerdem verpflichtet sind, in ihren Stellenausschreibungen deutlich zu machen, dass auch Bewerber in Betracht kommen, die sich keinem Geschlecht eindeutig zuordnen lassen wollen. Eindeutig ist dies nicht. Eigentlicher Gegenstand der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung war nicht das Antidiskriminierungsgesetz, sondern das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot nach Art. 3 Abs. 2 GG, welches nur staatliche und andere öffentliche Stellen, aber nicht die Privatwirtschaft verpflichtet. Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, dass das bisherige Personenstandsregister Intersexuelle unzulässig diskriminiert, weil es lediglich die Eintragung der Geschlechter „männlich“ und „weiblich“ zulässt. Um Stellenausschreibungen ging es nicht.



Das Bundesverfassungsgericht hat dem Bundesgesetzgeber eine Frist bis zum 31.12.2018 gesetzt, das Personenstandsregister anzupassen. Bis dahin wird der Gesetzgeber voraussichtlich ein neues Geschlecht einführen. Die Bundesregierung hat sich bereits auf die Formulierung „divers“ geeinigt. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird allerdings erwartet, dass die Änderung des Personenstandsregisters einen juristischen Paradigmenwechsel auslösen kann, der sich auch auf die Auslegung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes niederschlägt. Dann kann es geboten sein, mit Stellenausschreibungen ausdrücklich auch ein drittes Geschlecht anzusprechen.

Wann und ob sich diese Sicht bei der Auslegung des § 22 AGG durchsetzt, ist derzeit unsicher. Relevant wäre ein Verstoß zudem nur, wenn tatsächlich ein intersexueller Bewerber bei Ablehnung eine Diskriminierungsklage einreicht. Dies ist statistisch gesehen sehr unwahrscheinlich. Wohl gemerkt sind Intersexuelle keine Transsexuellen. Transsexuelle lassen sich einem bestimmten Geschlecht zuordnen, nur eben nicht ihrem biologischen. Intersexuelle Menschen wollen sich dagegen überhaupt keinem Geschlecht zuordnen lassen. Arbeitgeber, die – wie zurzeit noch fast

alle Unternehmen und auch die meisten öffentlichen Arbeitgeber – an den herkömmlichen Formulierungsweise festhalten, setzen sich deshalb keinen bedeutenden Risiken aus.

Wer ganz sicher gehen will, kann schon jetzt die Formulierungen in den Stellenanzeigen anpassen. Dies könnte wie folgt geschehen:

1. Eine geschlechtsneutrale Stellenbezeichnung schließt auch intersexuelle Menschen ein, lässt sich aber schwer durchhalten.
2. Intersexuelle durch ein \* oder einen \_ zu kennzeichnen (z.B. „Informatiker\*in“ oder „Informatiker\_in“) wird durch einige Stimmen in der juristischen Literatur ebenfalls als diskriminierend empfunden, da Intersexuelle hierdurch als „Lückenbüßer zwischen Mann und Frau auf ein kryptisches Zeichen abgewertet“ würden (so wörtlich Körlings, NZA 2018, 282, 283). Endgültige Rechtssicherheit bietet diese Formulierung also nicht.
3. Empfohlen wird dagegen, die Stellenbezeichnung mit dem Zusatz (m/w/d) zu versehen. Dies soll rechtssicher sein.

# Verzicht auf das Widerspruchsrecht bei Betriebsübergängen

**Bei Betriebsübergängen muss der Arbeitgeber die Betroffenen eigentlich sehr detailliert über alle Hintergründe und Konsequenzen unterrichten (§ 613a Abs. 5 BGB). Tut er dies nicht, kann der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses noch nach Jahren wirksam widersprechen. Da eine ordnungsgemäße Unterrichtung in den meisten Fällen unverhältnismäßig hohen Aufwand bereiten würde, fordern viele Arbeitgeber ihre Arbeitnehmer stattdessen auf, einen Verzicht auf ihr Widerspruchsrecht zu erklären. Bislang ist sehr umstritten, ob ein erklärter Verzicht wirksam wäre. Dies hat das LAG Niedersachsen mit Urteil vom 05.02.2018 (Az. 8 Sa 831/17) bejaht.**

Wird die organisatorische Leitungsmacht über eine Betriebseinheit von einer Gesellschaft auf eine andere übertragen, kommt es zum sog. Betriebsübergang nach § 613a BGB: Kraft Gesetzes gehen die Arbeitsverhältnisse der im Betrieb tätigen Arbeitnehmer automatisch von der übertragenden auf die neue Gesellschaft über, die damit neuer Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten wird. Gleichzeitig erlischt das Arbeitsverhältnis gegenüber der übertragenden Gesellschaft, die ihre Leitungsmacht aufgegeben hatte. Aus Sicht der Arbeitnehmer wird der

Arbeitgeber hierdurch zwangsausgetauscht. Damit dies nicht gegen den Arbeitnehmerwillen erfolgen kann, räumt das Gesetz dem Arbeitnehmer das Recht ein, diesem Arbeitgeberwechsel durch schriftliche Erklärung zu widersprechen, und zwar spätestens innerhalb eines Monats, nachdem er über die Hintergründe und Konsequenzen des Betriebsübergangs ordnungsgemäß unterrichtet wurde. Solange der Arbeitnehmer nicht ordnungsgemäß unterrichtet ist, beginnt diese Monatsfrist nicht zu laufen.

Will der Arbeitgeber das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers also einseitig zum Erlöschen bringen, muss er ein ordnungsgemäßes Unterrichtungsschreiben formulieren und den Arbeitnehmern nachweisbar übermitteln. Hier beginnt für den Arbeitgeber das Problem: Unterrichtet werden muss über den geplanten Zeitpunkt des Übergangs, den Grund für den Übergang, die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen für die Arbeitnehmer sowie die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen. Die Rechtsprechung stellt dabei äußerst hohe Anforderungen an den Informationsumfang und den Detailgrad. Die geforderten Informationen sämtlich zusammenzutragen und sprachlich aufzubereiten, bereitet Arbeitgebern



in jedem Fall sehr hohen Aufwand. Weist das Unterrichtungsschreiben auch nur einen geringfügigen Mangel auf, ist die Unterrichtung unwirksam, das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers besteht fort und die Arbeit war umsonst.

Gerade in verflochtenen Konzernstrukturen kommt es sehr regelmäßig zu Betriebsübergängen, wenn einzelne Betriebsteile zwischen Konzerngesellschaften verlagert werden. Vor allem in solchen Fällen steht der Aufwand, ein ordnungsgemäßes Unterrichtungsschreiben zu formulieren, oft in keinem Verhältnis zu den Konsequenzen. Selbst wenn Arbeitnehmer hier – theoretisch – dem Betriebsübergang noch Jahre später widersprechen könnten, kommt dies praktisch fast nie vor, da der Widerspruch den Arbeitnehmern keine Vorteile brächte, sondern wegen des Wegfalls der alten Stelle beim ehemaligen Arbeitgeber i.d.R. zu einer betriebsbedingten Kündigung führen würde. Wenn Arbeitnehmer einen Aufhebungsvertrag unterschreiben oder den Konzern ganz verlassen, gilt das Widerspruchsrecht übrigens i.d.R. als verwirkt. Deshalb ist es im Rahmen einer Risikokalkulation vertretbar, von der Formulierung eines Unterrichtungsschreibens, das die von der Rechtsprechung gestellten hohen Anforderungen erfüllt, abzusehen.

Um sich dennoch abzusichern, ist es eine verbreitete Praxis, Arbeitnehmer dazu aufzufordern, trotz unzureichender Information auf ihr Widerspruchsrecht nach § 613 Abs. 6 BGB durch

schriftliche Erklärung zu verzichten. Die meisten Arbeitnehmer kommen einer solchen Aufforderung typischerweise nach. Es ist allerdings bislang hochumstritten, ob eine Verzichtserklärung des Arbeitnehmers überhaupt wirksam möglich ist, wenn zuvor nicht ordnungsgemäß unterrichtet wurde. Zwar bejaht dies die h.M. Es gibt aber auch Kritik. Vor allem das LAG Saarland hatte dies zuletzt anders gesehen (vgl. Urteil vom 12.08.2009, Az. 2 Sa 52/09).

Das LAG Niedersachsen hat mit seinem Urteil nun die h.M. gestärkt. Aus Sicht des LAG Niedersachsen ist ein trotz nicht ordnungsgemäßer Unterrichtung erklärter Verzicht grundsätzlich als wirksam anzusehen. Eine endgültige Klärung wird zwar erst eine Entscheidung des BAG bringen. Dennoch kann sich die Praxis, bei Betriebsübergängen Verzichtserklärungen einzuholen, durch diese Entscheidung bestätigt sehen.

## Arbeitsrecht

*Für sämtliche Fragen zum Arbeitsrecht stehen  
Ihnen gerne zur Verfügung:*

Dr. Detlef Grimm  
0221 650 65-129  
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock  
0221 650 65-233  
martin.brock@loschelder.de

Dr. Sebastian Pelzer  
0221 650 65-263  
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.  
0221 650 65-263  
arne.gehrke@loschelder.de

Dr. Stefan Freh  
0221 650 65-129  
stefan.freh@loschelder.de



Dr. Jonas Kühne  
0221 650 65-129  
jonas.kuehne@loschelder.de



# Gesellschaftsrecht

## Deutscher Juristentag empfiehlt Reform des Beschlussmängelrechts im Gesellschaftsrecht

**Vom 26. bis zum 28.09.2018 fand der 72. Deutsche Juristentag in Leipzig statt. Am Deutschen Juristentag nehmen jährlich mehrere tausend Juristen mit dem Ziel teil, an der Fortentwicklung des Rechts aktiv mitzuwirken. Die wirtschaftsrechtliche Abteilung sprach sich in diesem Jahr dafür aus, das Beschlussmängelrecht im Gesellschaftsrecht zu reformieren.**

Das Beschlussmängelrecht wird seit längerer Zeit in der gesellschaftsrechtlichen Literatur als reformbedürftig angesehen. Im Ausgangspunkt können Gremienbeschlüsse (also etwa von Gesellschaftern, Aufsichtsräten oder Vorständen) lediglich wirksam oder nichtig sein. Leidet ein Beschluss an einem formellen Mangel (z.B. weil zu der Gremiensitzung nicht ordnungsgemäß eingeladen wurde) oder an einem materiellen Fehler (indem der Inhalt des Beschlusses selbst gegen Gesetz oder Satzung verstößt), ist der Beschluss nichtig.

Der Gesetzgeber erkannte schon früh, dass es jedenfalls der Bedeutung von Beschlüssen der Hauptversammlung in der Aktiengesellschaft nicht gerecht wird, wenn jeder noch so kleine Fehler zur Nichtigkeit des Beschlusses führt. Schon durch die Aktienrechtsnovelle 1884 schuf der Gesetzgeber daher die Kategorie der Anfechtbarkeit. Leiden Hauptversammlungsbeschlüsse unter Fehlern, sind sie seitdem lediglich anfechtbar. Der Fehler muss innerhalb eines Monats mit der sog. Anfechtungsklage gerichtlich geltend gemacht werden. Passiert dies nicht, wird der Beschluss endgültig wirksam und kann nicht mehr angegriffen werden.

Lediglich bei besonders schweren Fehlern ist der Hauptversammlungsbeschluss nichtig, ohne dass das Gericht den Beschluss durch Anfechtungsurteil für nichtig erklären muss. Es kann dann zwar durch die Nichtigkeitsklage gerichtlich festgestellt werden, dass der Hauptver-

sammlungsbeschluss nichtig ist. Die Nichtigkeit kann aber auch auf jede andere Weise geltend gemacht werden.

Die starre Rechtsfolge Nichtigkeit – ganz gleich wie schwer der Fehler des Beschlusses ist – wird auch abseits des Hauptversammlungsbeschlusses als zu weitgehend empfunden. Das aktienrechtliche Beschlussmängelrecht wird von der Rechtsprechung deshalb im Wesentlichen entsprechend auf Beschlüsse der Generalversammlung der Genossenschaft und der Gesellschafterversammlung der GmbH angewendet. Schon bei dem Prototyp der juristischen Person, dem Verein, wendet der Bundesgerichtshof das aktienrechtliche Beschlussmängelrecht aber jedenfalls nicht ausdrücklich analog an, wenn gleich er versucht ist, die Nichtigkeitsfolge bei weniger schwerwiegenden Fehlern zu vermeiden. Ähnliches gilt für Beschlüsse der Gesellschafter von rechtsfähigen Personengesellschaften (GbR, OHG und KG). Auch auf Vorstands- und Aufsichtsratsbeschlüsse wird das aktienrechtliche Beschlussmängelrecht nicht entsprechend angewendet. Zusammenfassend besteht in vielen Fällen eine große Rechtsunsicherheit, ob überhaupt ein Beschlussmangel vorliegt, welche Folgen er hat und auf welche Weise die Fehler-

haftigkeit des Beschlusses geltend gemacht werden muss.

Der 72. Deutsche Juristentag hat sich deshalb dafür ausgesprochen, ein einheitliches rechtsformübergreifendes Beschlussmängelrecht zu schaffen. Dieses soll insbesondere GmbH, Genossenschaft, Verein und rechtsfähige Personengesellschaften umfassen und die Satzungsautonomie und rechtsformspezifische Besonderheiten beachten. Es soll gesetzlich festgelegt werden, dass auch bei diesen Rechtsformen zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit zu unterscheiden und die Klage innerhalb einer festen Frist zu erheben ist. Zudem sollte nach Auffassung des 72. Deutschen Juristentages den Gerichten in Beschlussmängelverfahren die Möglichkeit eröffnet werden, den Beschluss trotz des Vorliegens von Mängeln nicht für nichtig erklären zu müssen. Vielmehr sollen Nutzen und Gefahren der Anerkennung des fehlerhaften Beschlusses gegeneinander abgewogen werden.

Es bleibt abzuwarten, ob und wann der Gesetzgeber auf den Aufruf des Deutschen Juristentags reagiert. Angesichts der Tatsache, dass das Gesellschaftsrecht nicht im Mittelpunkt gesetzgeberischer Reformüberlegungen steht, ist

die Hoffnung auf eine kurzfristige Reformierung des Beschlussmängelrechts allerdings gering. Die Praxis wird sich daher bis auf Weiteres damit abfinden müssen, dass Rechtsunsicherheiten bestehen. Umso wichtiger ist es deshalb, Beschlüsse äußerst sorgfältig vorzubereiten.

*Für sämtliche Fragen zum Gesellschaftsrecht stehen Ihnen gerne zur Verfügung:*

**Dr. Martin Empt, LL.M.**  
0221 650 65-339  
martin.empt@loschelder.de

**Dr. Marcel Kleemann**  
0221 650 65-266  
marcel.kleemann@loschelder.de



able)



nds)

# Kartellrecht

## Update: Kartellrecht und Onlinevertrieb

**Die Beschränkung des Onlinevertriebs bleibt ein Dauerbrenner im Kartellrecht und hat daher weiterhin höchste Praxisrelevanz. Im folgenden Artikel geben wir ein kurzes Update zum Stand der Rechtsprechung und deren Konsequenzen für Hersteller und Händler.**

Vielfältige Ausprägungen von Vertriebsverboten im Onlinebereich

Die in der Praxis auftretenden Beschränkungen des Onlinevertriebs sind vielgestaltig und reichen vom Verbot nur einzelner Drittplattformen oder Preisvergleichswebsites bis hin zum Komplettverbot des Onlinevertriebs. Über viele dieser Beschränkungen wurde in den letzten Jahren gerichtlich oder kartellbehördlich entschieden. Einer breiteren Öffentlichkeit sind insbesondere die von den Sportartikelherstellern Adidas und Asics auferlegten Plattformverbote bekannt geworden. Die Rechtsprechung befindet sich weiterhin im stetigen Wandel und entwickelt sich von Entscheidung zu Entscheidung fort. Zuletzt entschieden u.a. das OLG Hamburg (Urteil vom 22.03.2018, Az. 3 U 250/16) sowie der EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens des OLG Frankfurt (EuGH, Urteil vom 06.12.2017, Az. C 230/16; siehe nachfolgend OLG Frankfurt, Urteil vom 12.07.2018, Az. 11 U 96/14).

Fallbeispiel: Luxuskosmetik

Das OLG Frankfurt hatte zu entscheiden, ob es zulässig ist, dass die Firma Coty den Vertrieb ihrer Luxuskosmetikartikel im Internet lediglich über Händlerwebsites mit hohen qualitativen Standards zulässt und die Nutzung von Drittplattformen wie Amazon und eBay ausschließt. Die Frage wurde dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt, der zunächst bestätigte, dass die von Coty vertriebenen Produkte ein selektives Vertriebssystem rechtfertigten. Die Sicherstellung des Luxusimages, deren Qualität nicht allein auf materiellen Eigenschaften beruhe, sondern auf ihrem Prestigecharakter, der ihr eine luxuriöse Ausstrahlung verleihe, sei ein Grund, ein selektives Vertriebssystem zu rechtfertigen. Es gäbe Produkte, deren Qualität gerade auf dem ausgestrahlten Prestigecharakter beruhe. Dies sei ein wesentlicher Grund dafür, dass Verbraucher sie von anderen ähnlichen Produkten unterscheiden könnten und weswegen sie bereit sind, höhere Preise zu bezahlen. Dieser Faktor sei derart entscheidend, dass Luxuskosmetika einen eigenen Markt parallel zu normalen Kosmetika des Massenmarktes darstellen würden. Das im Vertriebssystem von Coty enthaltene Plattformverbot stelle auch keine Kernbeschränkung im Sinne der Vertikal-

GVO dar, weil es den Händlern unter bestimmten Bedingungen erlaubt war, Werbung über Online-Suchmaschinen oder Google-Shopping zu betreiben. Zudem können die Produkte über Preisvergleichs-Websites gefunden werden. Daher sind die Produkte für alle Kunden auffindbar. Ferner kann im Internet generell nicht zwischen solchen Kunden unterschieden werden, die online kaufen, und solchen, die nur auf Drittplattformen kaufen. Daher werden Kundengruppen nicht beschränkt im Sinne des Art. 4 lit. b) Vertikal-GVO. Entscheidend war, dass kein Totalverbot des Internetverkaufs ausgesprochen wurde, sondern dass es einheitliche Qualitätskriterien für den Onlinevertrieb gibt, die diskriminierungsfrei und nachvollziehbar angewandt werden.

### Fallbeispiel: Nahrungsergänzungsmittel

In dem vor dem OLG Hamburg verhandelten Fall wurde das Verbot, „über eBay und vergleichbare Internethandelsplattformen“ die hochwertigen Nahrungsergänzungsmittel und Kosmetika eines Herstellers zu vertreiben, behandelt. Das OLG betonte, dass qualitativ-selektive Vertriebssysteme nicht nur Luxusprodukten vorbehalten seien, sondern auch für sonstige qualitativ hochwertige Waren zulässig sein könnten. Im vorliegenden Fall war ein derartiges Vertriebssystem unter Ausschluss von Drittplattformen zulässig, da der Vertrieb der Ware auf umfassende Beratungs- und Betreuungsleistungen ausgerichtet ist, um den Kunden von der hohen Qualität des Produktes zu

überzeugen und ein besonderes Produktimage aufzubauen oder zu erhalten. Bedeutend an dieser Entscheidung ist, dass es sich in dem Fall nicht um Luxusprodukte handelte. Vielmehr handelte es sich um Produkte besonderer Qualität. Das selektive Vertriebssystem hat nicht die Funktion, ein Luxusprestige aufrechtzuerhalten, sondern das passende Produkt für den jeweiligen Kunden zu finden und ihn dabei individuell beraten zu können.

### Praxisrelevanz

Die Diskussion um die Zulässigkeit von Vertriebsbeschränkungen im Onlinebereich ist noch lange nicht zu Ende. Die Gerichtsentscheidungen zeigen, dass jeder Fall individuell zu beurteilen ist und es dabei vor allem auf die Marktanteile der Hersteller/Händler, die vertriebenen Produkte sowie die Eigenarten der konkreten Beschränkung ankommt. Letztere sind vielgestaltig, die Rechtsprechung bietet immer mehr Anhaltspunkte, um eine zulässige Beschränkung unter Inkaufnahme eines gewissen Restrisikos zu gestalten. Aufgrund der erheblichen Bußgeldrisiken sowie der erhöhten Wachsamkeit des Bundeskartellamts und der EU-Kommission haben insbesondere Hersteller darauf zu achten, eine umfassende kartellrechtliche Risikobewertung vorzunehmen.

## Kartellrecht

*Für sämtliche Fragen zum Kartellrecht stehen  
Ihnen gerne zur Verfügung:*

**Dr. F. Thilo Klingbeil**  
0221 650 65-200  
thilo.klingbeil@loschelder.de

**Dr. Simon Kohm**  
0221 650 65-200  
simon.kohm@loschelder.de





# Lauterkeitsrecht

## Das unvollkommene Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG)

Seit 120 Jahren sind das UWG und seine Vorläufergesetze merkwürdige Zwitter: Mit ihrer Hilfe sollte und soll das werbliche Verhalten von Unternehmen auf dem Markt überwacht werden. Diese Aufgabe hat man aber nicht einer Ordnungsbehörde übertragen, sondern fast 100 Jahre lang den Mitbewerbern überlassen. Als dann unter dem Einfluss der europäischen Gesetzgebung und Rechtsprechung mehr und mehr der Verbraucher neben den Mitbewerber als Schutzsubjekt des Gesetzes in den Mittelpunkt rückte, wurden Verbrauchervereine und andere Institutionen zur Geltendmachung der Ansprüche nach dem UWG im Sinne der Verbraucher bedeutsamer. Dies öffnete die Möglichkeit von Missbräuchen. Das Anspruchssystem des UWG geriet in Schieflage, da die Mitbewerber Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche geltend machen konnten, nicht aber die Verbraucher. Um diese Schieflage jedenfalls teilweise zu beseitigen, schuf der Gesetzgeber bei seiner großen UWG-Reform im Jahre 2004 einen sog. Gewinnabschöpfungsanspruch. Damit diejenigen, die durch unlauteres Verhalten Gewinne erzielten, diese nicht behalten konnten, sollten Verbrauchervereine und andere Institutionen berechtigt sein, diese Gewinne, sog. Streuschäden, abzuschöpfen. Allerdings sollten diese Verbraucher-

vereine diese Gewinne nicht für sich selbst geltend machen dürfen. Sie müssen zu Gunsten der Staatskasse geltend gemacht werden. Die Kosten, die durch diese Prozesse entstehen, dürfen von den Vereinen aus den Gewinnen genommen werden. Voraussetzung ist natürlich, dass der Prozess erfolgreich ist. Das Risiko trägt der Verbraucherverein. All dies wird vom Bundesamt der Justiz, einer dem Bundesjustizministerium nachgeordneten Behörde mit Sitz in Bonn, geregelt und überwacht.

Alle Fachkreise sagten diesem neuen Anspruch (§ 10 UWG) einen Misserfolg voraus. In der Tat fanden sich nur wenige Vereine, die in Einzelfällen bereit waren, zu Gunsten der Staatskasse auf eigenes Risiko Ansprüche geltend zu machen. Insoweit konnten Unternehmen, die häufig in großem Stil unlautere Gewinne erzielten, weil sie z.B. bei Verbrauchern Kosten geltend machten, die nach den Regelungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unzulässig waren, ihre Gewinne ungestört behalten.

Das änderte sich, als ein Verbraucherverein auf die Idee kam, die Prozessrisiken auf einen Prozessfinanzierer zu verlagern. Prozessfinanzierer sind Unternehmen, die sich erboten, bei

Prozessen, die sie für aussichtsreich halten, die Prozesskosten zu übernehmen, wenn ihnen ein Prozentsatz der im Prozess erzielten Erlöse zufällt. Parteien, die entweder nicht die nötigen Mittel haben, um teure Prozess zu führen, oder sich ganz einfach nicht trauen, können so den Prozess ohne Risiko führen. Geht der Prozess verloren, trägt der Prozessfinanzierer die Kosten. Gewinnt die Partei, muss sie einen Prozentsatz – zwischen 10 und 30 % je nach Streitwert – an den Prozessfinanzierer abgeben.

Der Verbraucherverein, der den Anspruch nach § 10 UWG geltend machen wollte, beauftragte nun einen Prozessfinanzierer. Es ging um zu Unrecht erhobene Kosten einer Telefongesellschaft. Die Gewinne der Gesellschaft, die durch diese unrechtmäßig berechneten und vereinnahmten Kosten erwirtschaftet wurden, lagen jährlich bei mehr als 10 Mio. Euro. Vorsorglich hatte der Prozessfinanzierer vor Beginn des Prozesses das Bundesamt der Justiz gefragt, ob die Anteile an den erzielten Gewinnen, die dem Prozessfinanzierer zustehen sollte, wenn der Prozess erfolgreich geführt würde, als Kosten anerkannt würden, die aus den Gewinnen erstattet werden dürfen. Das Bundesamt für Justiz hatte diese Frage bejaht. Auf dieser Basis verklagte der Verein das Unternehmen, das sich zu Unrecht um mehr als 10 Mio. Euro bereichert hatte. Landgericht und Oberlandesgericht Düsseldorf hatten keine Bedenken, dass dieses Vorgehen zulässig sei. Das sieht der BGH anders. In einem

Urteil vom 13.09.2018 (Az. I ZR 26/17) führt er aus, dass diese Art der Prozessführung unzulässig sei. Die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG setze voraus, dass nicht aus sachfremden Motiven gehandelt werde. Das habe der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung – nicht im Gesetz – ausdrücklich festgelegt. Es sei aber sachfremd, wenn von diesen Gewinnen ein Prozessfinanzierer Vorteile habe. Es sei auch sachfremd, wenn der Rechtsanwalt des Wettbewerbsvereins hieran verdiene, weil er für die Prüfung des Vertrages mit dem Prozessfinanzierer eine zusätzliche Gebühr nach dem RVG erhalte. Schließlich sei es sachfremd, wenn eine Behörde, hier das Bundesamt für Justiz, letztlich darüber entscheide, welche Prozesse geführt würden.

Das Urteil des BGH überzeugt in seiner dogmatischen Begründung nicht. Vor allen Dingen hat es zwei sehr negative Konsequenzen:

- § 10 UGW wird auch für die nächsten Jahrzehnte in seinem Dornröschenschlaf bleiben, in dem sich diese Vorschrift seit ihrer Schaffung befunden hat.
- Alle Unternehmen, die sich insbesondere im Bereich der allgemeinen Geschäftsbedingungen zu Lasten der Verbraucher bereichern, können zwar auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Unredliches Verhalten kann gestoppt werden. Die hierbei erzielten Vorteile können auf Dauer behalten werden.

## Lauterkeitsrecht

Der BGH hat als reine Rechtsinstanz an der Wirklichkeit vorbeigeurteilt. Landgericht und Oberlandesgericht als Tatsacheninstanzen standen hier dem praktischen Problem wesentlich näher.

Zwei Hoffnungen bleiben:

- Der Verbraucherverein wird gegen die Entscheidung des BGH Verfassungsbeschwerde einlegen, da nach seiner Überzeugung in seine grundrechtlich geschützte Tätigkeit eingegriffen wird.
- Die Klage des Verbrauchervereins ist als unzulässig zurückgewiesen worden. Das bedeutet, dass der Anspruch nach § 10 UWG nicht verbraucht ist, sondern erneut geltend gemacht werden kann. Da das wettbewerbswidrige Verhalten der Beklagten im konkreten Falle nicht zweifelhaft ist, findet der Verbraucherverein vielleicht den Mut, gegebenenfalls im Wege der Prozesskostenhilfe den Prozess erneut zu versuchen.

*Für sämtliche Fragen des Lauterkeitsrechts steht Ihnen gerne zur Verfügung:*

**Prof. Dr. Michael Loschelder**

**0221 650 65-124**

**[michael.loschelder@loschelder.de](mailto:michael.loschelder@loschelder.de)**





# Vergaberecht

## Vergaberechtliche Spätfolgen von Kartellverstößen

**Ein aufgedecktes Kartell zieht für die beteiligten Unternehmen stets erhebliche Folgen nach sich. Neben dem kartellbehördlichen Ermittlungsverfahren sehen sich Kartellsünder vermehrt mit privatrechtlichen Schadensersatzklagen konfrontiert. Aber nicht nur die Aufarbeitung der Vergangenheit und die Kompensation etwaiger Schäden stellt Unternehmen vor immense Herausforderungen, sondern auch die Gefahr, in öffentlichen Vergabeverfahren aufgrund der Kartellbeteiligungen künftig unberücksichtigt zu bleiben bzw. ausgeschlossen zu werden. Ein aktuelles Urteil des EuGH bietet sowohl für öffentliche Auftraggeber als auch Auftragnehmer Anlass, sich vertieft mit den vergaberechtlichen Spätfolgen von Kartellverstößen auseinanderzusetzen.**

### Gefahr eines Ausschlusses

Kartellbeteiligten Unternehmen, die nur oder zumindest auch für die öffentliche Hand tätig werden und daher an öffentlichen Vergabeverfahren teilnehmen, ist dringend anzuraten,

die Gefahr eines Ausschlusses aufgrund Kartellbeteiligungen ernst zu nehmen. Erlangt der öffentliche Auftraggeber Kenntnis von der Kartellbeteiligung, sei es aufgrund öffentlicher Berichterstattung, Pressemitteilungen der Kartellbehörden oder durch Wettbewerber, besteht die konkrete Gefahr, dass die betroffenen Unternehmen gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB ausgeschlossen werden. Unerheblich ist dabei, ob sich die Wettbewerbsverstöße gegen den Auftraggeber gerichtet haben oder überhaupt in einem Zusammenhang zur Vergabe öffentlicher Aufträge standen. Die Vorschrift ist auch nicht auf rein nationale Sachverhalte begrenzt. Ebenfalls betroffen sind – wie im Ausgangsfall der EuGH-Entscheidung – Unternehmen, die an einem Kronzeugenprogramm teilgenommen haben.

### Entscheidung des EuGH

Der EuGH hatte darüber zu urteilen, inwieweit ein am Schienenkartell beteiligtes Unternehmen mit dem öffentlichen Auftraggeber kooperieren

muss, um Selbstreinigungsmaßnahmen nachzuweisen. Auch ging es um die Frage, ab wann die Frist für einen möglichen Ausschluss wegen kartellrechtswidriger Verhaltensweisen beginnt. Der EuGH entschied mit Urteil vom 24.10.2018 (Az. C124/17), dass der öffentliche Auftraggeber von einem Wirtschaftsteilnehmer, dessen Verantwortung für einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht festgestellt worden ist, verlangen können muss, dass er die Entscheidung der Wettbewerbsbehörde vorlegt. Ferner hat der EuGH entschieden, dass die mögliche Ausschlussfrist von drei Jahren erst ab dem Datum der Entscheidung der Kartellbehörde beginnt.

### Frühzeitige Maßnahmen zur Selbstreinigung und deren Überprüfung

Um die vergaberechtlichen Konsequenzen einer Kartellbeteiligung möglichst gering zu halten, ist Unternehmen dringend anzuraten, frühestmöglich nachweisbare Maßnahmen zur Selbstreinigung gemäß § 125 GWB in die Wege zu leiten. Hierzu gehört, den entstandenen Schaden wieder gut zu machen, die begangenen Rechtsverstöße in Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden und dem Auftraggeber aufzuklären und konkrete technische und organisato-

rische Maßnahmen getroffen zu haben weiteres Fehlverhalten künftig zu vermeiden. Nach der Entscheidung des EuGH muss die Kooperation mit dem Auftraggeber soweit gehen, dass diesem auch die relevanten Dokumente aus dem Kartellverfahren vorgelegt werden müssen. Mit Blick auf die vom EuGH getroffene Entscheidung zur Länge der Ausschlussfrist, kann Unternehmen nur angeraten werden, frühestmöglich mit den Selbstreinigungsmaßnahmen zu beginnen. Besonders wichtig ist, dass diese nicht nur oberflächlich und pro forma erfolgen (beispielsweise durch bloße Bestellung eines Strohmanns als neuen Geschäftsführer), sondern nachweisbar und strukturell in das Geschäft und die Struktur des Unternehmens eingreifen. Öffentliche Auftraggeber profitieren von der Entscheidung des EuGH. Über das Instrument der Selbstreinigung können sie künftig vertieften Einblick in die kartellbehördlichen Akten nehmen, auch um eigene Schadensersatzansprüche zu untermauern. Auftraggeber haben bei der Überprüfung der Selbstreinigungsmaßnahmen spiegelbildlich darauf zu achten, dass diese nicht nur vorgeschoben, sondern tatsächlich erfolgt sind, um den gesetzlichen Zweck, also die künftige Vermeidung von Rechtsverstößen, zu erfüllen.

## Vergaberecht

*Für sämtliche Fragen zum Vergaberecht stehen  
Ihnen gerne zur Verfügung:*

Dr. F. Thilo Klingbeil  
0221 650 65-200  
thilo.klingbeil@loschelder.de

Dr. Simon Kohm  
0221 650 65-200  
simon.kohm@loschelder.de





# Gesellschaftsrecht

## Limitation Language in Darlehensverträgen

**Bei der Aufnahme von Darlehen haben Unternehmen der Bank üblicherweise Sicherheiten zu gewähren. Die hierfür in Betracht kommenden Vermögensgegenstände (z.B. Grundstücke, Konten, Anlagen, Warenlager) werden im Konzern häufig nicht von der das Darlehen aufnehmenden Holding, sondern von Tochtergesellschaften gehalten. Gleiches gilt im Kontext von Unternehmenskäufen, bei denen der Käufer üblicherweise ein vermögensloses Vehikel ist. Auch hier befinden sich die als Sicherheiten in Betracht kommenden Vermögensgegenstände im Eigentum der Zielgesellschaft oder deren Tochtergesellschaften.**

Gewähren die (ggf. zukünftigen) Tochtergesellschaften auf Veranlassung des Darlehensnehmers die von der Bank geforderten Sicherheiten, übernehmen diese damit das Ausfallrisiko des Darlehensnehmers gegenüber der Bank. Fällt der Darlehensnehmer später aus, verwertet die Bank die Sicherheiten der Tochtergesellschaften, wodurch Vermögen von der betreffenden Tochtergesellschaft an die Bank fließt. Davon wiederum profitiert mittelbar der Darlehensnehmer, da er in Höhe des Verwertungserlöses von seiner Darlehensverbindlichkeit gegenüber der Bank frei wird.

Handelt es sich bei den Tochtergesellschaften um GmbHs oder GmbH & Co. KGs, können derartige Leistungen der Tochtergesellschaft an ihren Gesellschafter (den Darlehensnehmer)

im Hinblick auf die Kapitalerhaltungsregeln (§§ 30, 31 GmbHG) problematisch sein, denn diese verbieten es GmbHs grundsätzlich, Vermögen an ihre Gesellschafter auszukehren, soweit dadurch das Stammkapital der GmbH beeinträchtigt wird. Ein Verstoß gegen § 30 GmbHG begründet Ansprüche der GmbH (i) gegen ihren Gesellschafter auf Herausgabe der geleisteten Zuwendung (§ 31 Abs. 1 GmbHG) sowie (ii) gegen ihre Geschäftsführer auf Schadensersatz (§ 43 Abs. 3 S. 1 GmbHG).

Diesem Haftungsrisiko wurde bislang durch sog. Limitation Language im Darlehensvertrag begegnet: Danach war die Verwertung von Sicherheiten durch die Bank nur insoweit zulässig, als dadurch nicht das Stammkapital der betreffenden Tochtergesellschaft beeinträchtigt wurde. Auf diese Weise sollte ein Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsregeln vermieden werden.

Nach der jüngsten Rechtsprechung des BGH kommt es für die Frage der Beeinträchtigung des Stammkapitals jedenfalls bei Realsicherheiten (insb. Grundschuld, Verpfändung, Sicherungsübereignung) jedoch nicht auf den (späteren) Zeitpunkt der Verwertung, sondern auf den (früheren) Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheiten an, weil nach Auffassung des BGH bereits die Bestellung eine Leistung der Tochtergesellschaft an ihren Gesellschafter i.S.d. § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG darstellt.

Was heißt das nun für die Praxis?

1. Da die neue Rechtsprechung die Bestellung der Realsicherheit in den Mittelpunkt stellt, ist die bislang verwendete Limitation Language nach allgemeiner Auffassung nicht mehr erforderlich, da sie an den späteren Zeitpunkt der Verwertung der Sicherheit anknüpft. Dieser Zeitpunkt hat für die Kapitalerhaltungsregeln im Kontext der Gewährung von Realsicherheiten jedoch keine Bedeutung mehr.

Stattdessen ist die Limitation Language zu modifizieren: Statt auf die Verwertung muss nunmehr auf die Bestellung der Sicherheit abgestellt werden. Der Betrag, den der Darlehensgeber bei einer späteren Verwertung der Sicherheit realisieren kann, wird dabei auf denjenigen Betrag begrenzt, der im Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheit das Stammkapital der Tochtergesellschaft nicht beeinträchtigt hätte.

2. Üblicherweise wird eine solche modifizierte Limitation Language von der Bank jedoch nicht akzeptiert, weil die Tochtergesellschaft selbst prüfen kann, ob durch die Bestellung der Sicherheit gegen die Kapitalerhaltungsregeln verstoßen wird. In einer solchen Situation sollten die Geschäftsführer der Tochtergesellschaft deshalb zur Vermeidung der unbeschränkten persönlichen Haftung vor der Bestellung der Sicherheit umfassend prüfen, ob

- i. der Darlehensnehmer wahrscheinlich dazu in der Lage sein wird, das Darlehen bei Fälligkeit zurückzuzahlen (die Ausfallprognose), und
- ii. die (fiktive) Verwertung der Realsicherheit durch den Darlehensgeber zum Zeitpunkt ihrer Bestellung das Stammkapital der Tochtergesellschaft beeinträchtigen würde (die Beeinträchtigungsprognose).

Führt die Prüfung dazu, dass entweder ein Ausfall des Darlehensnehmers unwahrscheinlich ist oder das Stammkapital nicht beeinträchtigt würde, können die Geschäftsführer der Tochtergesellschaft die Sicherheiten auch ohne Limitation Language bestellen. Eine nachträgliche Verschlechterung der Zahlungsfähigkeit des Darlehensnehmers oder des Wertes der Realsicherheit ist insoweit ebenso wenig von Belang wie der im Rahmen der späteren Verwertung tatsächlich erzielte Verwertungserlös und die damit verbundene (spätere) Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Situation der Tochtergesellschaft. Für die notwendige kaufmännische Beurteilung sollten dabei alle für die zukünftige Rückzahlungsfähigkeit des Darlehensnehmers relevanten Informationen herangezogen, überprüft und kritisch hinterfragt werden. Eine fundierte und belastbare Einschätzung dürfte jedenfalls eine Überprüfung der Business- und Liquiditätspläne des Darlehensnehmers erfordern. Dazu ist den Geschäftsführern anzuraten, weitere über den Darlehensnehmer verfügbare Unterlagen für die Prüfung heran-

zuziehen, wie z.B. Jahresabschlüsse, einen Financial Due Diligence-Bericht, das von der Bank erstellte Kreditnehmer-Rating sowie sonstige Ratings oder Markt- und Branchenanalysen für das Geschäft des Darlehensnehmers. Zudem sollten die Prüfungs- und Bewertungsüberlegungen zu Beweis Zwecken umfassend dokumentiert werden.

3. Obwohl sich der BGH in diesem Zusammenhang bislang nur mit Realsicherheiten befasst hat, ist davon auszugehen, dass das Vorstehende auch für Personalsicherheiten (insb. Bürgschaft, Garantie, Schuldbeitritt) gilt.

*Bei Rückfragen zur Limitation Language in Darlehensverträgen stehen Ihnen zur Verfügung:*

**Dr. Felix Ebbinghaus, LL.M.**  
0221 650 65-224  
felix.ebbinghaus@loschelder.de

**Svenja Fröhlich**  
0221 650 65-224  
svenja.froehlich@loschelder.de





# Markenrecht

## Markeninhaber aufgepasst: BGH beschränkt Zuständigkeit deutscher Gerichte bei der Verletzung von Unionsmarken im Internet

**Die Sicherstellung des Markenschutzes durch die Anmeldung von Unionsmarken erfreut sich insbesondere bei international tätigen Unternehmen großer Beliebtheit. Sie gewährt dem Inhaber durch eine einzige Anmeldung einen Markenschutz in der gesamten EU. Durch den einheitlichen Schutz sinken nicht nur der Verwaltungsaufwand und die Kostenbelastung. Auch im Verletzungsfall ist die Unionsmarke ein effizientes Mittel. Der Markeninhaber kann Ansprüche auf Unterlassung einer rechtsverletzenden Benutzung seiner Marke vor einem Unionsmarkengericht durchsetzen und eine Entscheidung erstreiten, die in der gesamten EU gilt.**

Die Vorteile der Unionsmarke werden durch ein jüngeres Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) in einem entscheidenden Punkt geschwächt: So ist insbesondere bei Markenverletzungen im Internet keineswegs sicher, dass Rechte aus einer Unionsmarke auch vor deutschen Gerichten durchgesetzt werden können. Vielmehr ist eine leichte Durchsetzung von Ansprüchen in manchen Fällen nur auf der Grundlage einer nationalen deutschen Marke möglich (BGH, Urteil vom 9.11.2017, Az. I ZR 164/16 – „Parfummarken“).

### Hintergrund

In dem entschiedenen Fall wollte die Klägerin als Inhaberin oder exklusive Lizenznehmerin zahlreicher für Parfümeriewaren eingetragener Unionsmarken Ansprüche wegen der Verletzung dieser Marken geltend machen.

Die Beklagte handelt mit Parfüm- und Kosmetikartikeln und hat ihren Geschäftssitz in Italien. Sie unterhält einen Internetauftritt unter einer italienischen Top Level Domain (.it), der auch in

deutscher Sprache verfügbar ist. Der Internetauftritt eröffnet keine direkte Bestellmöglichkeit; es werden jedoch Kontaktdaten angegeben, über die Interessenten die Beklagte erreichen und Angebote anfordern können. Nachdem ein Unternehmen mit Sitz in Deutschland Kontakt zu der Beklagten aufgenommen hatte, verkaufte die Beklagte diesem deutschen Unternehmen 150 Parfums der zugunsten der Klägerin geschützten Unionsmarke „Davidoff“ und übergab sie in Italien an eine vom Käufer beauftragte Spedition. Die Klägerin sah darin eine Markenverletzung, weil die Parfums nicht mit ihrer Zustimmung innerhalb der EU in Verkehr gebracht worden seien. Wegen dieser Markenverletzung sowie der drohenden Verletzung weiterer Marken erhob die Klägerin Klage vor dem Landgericht München I.

Der Rechtsstreit drehte sich im Wesentlichen um die Frage, ob deutsche Gerichte überhaupt zuständig sind.

### Rechtlicher Rahmen

Ein Gericht ist zu einer Entscheidung in der Sache nur berufen, wenn seine Zuständigkeit gegeben ist. Weist ein Rechtsstreit Bezüge zu mehreren Staaten auf (hier also Deutschland und Italien), stellt sich insbesondere die Frage, ob die Gerichte des einen oder des anderen Staates anzurufen sind (sog. „internationale Zuständigkeit“).

Für Klagen wegen der Verletzung oder drohenden Verletzung einer Unionsmarke sieht die Verordnung (EU) 2017/1001 über die Unionsmarke (Unionsmarkenverordnung) vor, dass grundsätzlich die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig sind, in dem der Beklagte seinen Sitz oder eine Niederlassung hat. Daneben können

Klagen auch bei „den Gerichten des Mitgliedsstaats anhängig gemacht werden, in dem eine Verletzungshandlung begangen worden ist oder droht“. Dies gilt aber nicht bei der Verletzung nationaler Marken. In diesem Fall richtet sich die Zuständigkeit nach der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüssel-Ia-Verordnung). In diesem Fall sind neben den Gerichten des Sitzstaates auch die Gerichte „des Ortes [zuständig], an dem das schädigende Ereignis“ – hier also die Markenverletzung – „eingetreten ist oder einzutreten droht“.

### Entscheidung des BGH

Der Bundesgerichtshof hat in dem „Parfümmarken“-Urteil festgestellt, dass die deutschen Gerichte nicht zuständig sind, soweit die Klägerin die Beklagte wegen der Verletzung oder drohenden Verletzung von Unionsmarken in Anspruch nimmt. Anknüpfungspunkt für die internationale Zuständigkeit sei der Mitgliedsstaat, in dem eine Verletzungshandlung begangen worden ist oder droht. Dieser Anknüpfungspunkt zielt auf den Mitgliedsstaat, in dem sich der Vorfall, der der behaupteten Verletzung zugrunde liegt oder zu ereignen droht, und nicht auf den Mitgliedsstaat, in dem die Verletzung ihre Wirkungen entfaltet.

Bei einer Verletzungshandlung über das Internet sei der Ort des schadensbegründenden Ereignisses im Sinne der Unionsmarkenverordnung nicht der Ort, an dem die Internetseite abgerufen werden kann, sondern der Ort, an dem der Prozess der Veröffentlichung des Angebots durch den Wirtschaftsteilnehmer auf seiner Internetseite in Gang gesetzt worden ist. Im Streitfall

sei mangels abweichender Anhaltspunkte davon auszugehen, dass die Verletzungshandlung in Italien begangen worden sei.

Anders ist die Rechtslage hingegen in Bezug auf nationale deutsche Marken: Der Bundesgerichtshof bestätigt insoweit, dass der „Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht“ im Sinne der Brüssel-Ia-Verordnung sowohl den Ort des für den Schaden ursächlichen Geschehens als auch den Ort der Verwirklichung des Schadenserfolgs erfasst. Ausdrücklich hält der Bundesgerichtshof fest, dass der Ort der Verwirklichung des Schadenserfolgs im Falle einer Markenverletzung in dem Staat liegt, in dem die Marke geschützt ist. Unter diesem Gesichtspunkt seien die Gerichte des Mitgliedsstaats, in dem eine nationale Marke geschützt ist, für die Entscheidung über eine behauptete Verletzung dieser Marke international zuständig.

Verletzt der Beklagte also aus dem Ausland eine nationale deutsche Marke, kann er nach Wahl des Klägers entweder vor einem deutschen oder vor einem ausländischen Gericht verklagt werden. Diese Wahlmöglichkeit hat der Markeninhaber im Falle der Verletzung einer Unionsmarke hingegen nicht.

### Praxishinweis

Die „Parfümmarken“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs zeigt, dass prozessrechtliche Fragen von größter Bedeutung für die Anmeldestrategie sind:

Während dem Markeninhaber im Falle der Verletzung einer nationalen deutschen Marke regelmäßig der Weg zu den deutschen Gerichten

## Markenrecht

offensteht, ist ihm dieser bei der Verletzung einer Unionsmarke unter Umständen verschlossen: Wurde die Verletzung – im rechtlichen Sinne – in einem anderen Mitgliedstaat begangen, müssen regelmäßig die Gerichte dieses Staates angerufen werden, um die Rechte aus der Unionsmarke durchzusetzen.

Markeninhaber, die ihre Markenrechte vor deutschen Gerichten durchsetzen wollen, sollten die „Parfümmarken“-Entscheidung daher zum Anlass nehmen, ihr Markenportfolio zu überprüfen. Insbesondere wenn Markenverletzungen über das Internet drohen, empfiehlt es sich – trotz aller Vorteile des Unionsmarkensystems –, die eigenen Kennzeichen zusätzlich durch nationale deutsche Marken zu schützen. Nur in diesem Fall ist sichergestellt, dass Ansprüche wegen einer Verletzung der Marke vor einem deutschen Gericht – und damit in der Regel innerhalb eines überschaubaren Zeitraums und zu kalkulierbaren Kosten – durchgesetzt werden können.

*Für sämtliche Fragen zum deutschen, europäischen und internationalen Markenrecht stehen Ihnen gerne zur Verfügung:*

Dr. Stefan Maaßen, LL.M.  
0221 650 65-231  
stefan.maassen@loschelder.de

Dr. Patrick Pommerening  
0221 650 65-134  
patrick.pommerening@loschelder.de





# Datenschutzrecht

## Abmahnfähigkeit von Datenschutzverstößen auch nach ersten Gerichtsentscheidungen umstritten

**Bereits in unserem Sonderheft zur DSGVO hatten wir uns mit der Abmahnfähigkeit von Datenschutzverstößen befasst. Die mit dem Inkrafttreten der DSGVO befürchtete Abmahnwelle ist zwar ausgeblieben, das Damoklesschwert der wettbewerbsrechtlichen Abmahnung hängt aber nach wie vor über den Köpfen zahlreicher Unternehmen. Dass diese Sorge angesichts zweier nun vorliegender divergierender Gerichtsentscheidungen weiterhin berechtigt ist und wie eine unternehmensinterne Risikobewertung aussehen kann, lesen Sie in diesem Artikel.**

### Die Abmahnung als privates Instrument des Wettbewerbsrechts

Eine Abmahnung verfolgt das Ziel, einen Mitbewerber außergerichtlich zur Unterlassung eines bestimmten Verhaltens zu verpflichten. Im Falle einer Abmahnung wegen belästigender Werbung, gesetzeswidriger AGB oder eines unvollständigen Impressums soll sich der Abgemahnte in einer Unterlassungserklärung dazu verpflichten, den abgemahnten Wettbewerbsverstoß künftig zu unterlassen und im Fall der Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe zu zahlen. Die DSGVO sieht selbst keine direkte Möglichkeit einer Abmahnung bei Rechtsverstößen vor, so-

dass hier der Umweg über das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) genommen werden muss.

### Der Begriff der Marktverhaltensregel

„Unlauter“ und damit abmahnfähig im Sinne des UWG handelt allerdings nur, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und wenn ein Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen. Das Wettbewerbsrecht spricht dann von einem Verstoß gegen eine „Marktverhaltensregel“. Ob die DSGVO und das BDSG solche Marktverhaltensregeln enthalten und daher wettbewerbsrechtliche Abmahnungen ermöglichen, war bereits vor Erlass und ist weiterhin umstritten, was sich an zwei jüngst ergangenen Gerichtsentscheidungen zeigt:

Nach Auffassung des Landgerichts Bochum sind Verstöße gegen die DSGVO-Informationspflichten, konkret durch eine unzureichende Datenschutzerklärung auf der Homepage (Az. I-12 O 85/18), nicht abmahnfähig. Grund hierfür sei, dass die DSGVO die Beschwerderechte in

Art. 77 - 84 abschließend regelt. Demnach könnten z.B. Verbände Datenschutzrechtsverletzungen geltend machen, nicht aber Mitbewerber. Dies sei ihnen auch nicht unter Rückgriff auf das UWG gestattet. Aus Art. 1 Abs. 1 DSGVO folge, dass die Verordnung vorrangig die Freiheit natürlicher Personen und nicht den Wettbewerb schützen will. Dies sieht das Landgericht Würzburg anders und untersagte einer Rechtsanwältin den Betrieb ihrer Website mangels hinreichender Datenschutzerklärung und Verschlüsselung der Homepage (Az. 11 O 1741/18 UWG). Derartige Verstöße gegen die DSGVO seien abmahnfähig, da es sich um einen unlauteren Rechtsbruch im Sinne des UWG handle. Zuletzt hatte sich das Oberlandesgericht Hamburg in seinem noch nicht veröffentlichten Urteil (Az. 3 U 66/17) mit der Frage der grundsätzlichen Abmahnfähigkeit einer unzureichenden Datenschutzerklärung zu befassen und kommt ebenfalls zu dem Ergebnis, dass wettbewerbsrechtliche Abmahnungen von Datenschutzverstößen im Einzelfall möglich sein können und nicht von vorneherein ausgeschlossen sind.

Auch die juristische Literatur ist sich uneinig. Mehrheitlich wird die Qualifizierung als Marktverhaltensregelung im Einzelfall für möglich gehalten. Ziel der DSGVO sei in erster Linie die Durchsetzung des Grundrechts auf Datenschutz. Insbesondere Persönlichkeitsrechte natürlicher Personen sollten gegenüber Unternehmen gewahrt werden. Personenbezogene Daten spielten allerdings auch im Wettbewerb zwischen Unternehmen eine erhebliche Rolle und der Umgang mit Daten durch die Unternehmen kann die Interessen von Verbrauchern beeinträchtigen. Ein generelles Ausscheiden der Datenschutz-

normen als Marktverhaltensregel scheint daher kaum möglich.

### Unternehmensinterne Risikobewertung

Im Ergebnis müssen Unternehmen derzeit davon ausgehen, dass wettbewerbsliche Abmahnungen wegen Verstößen gegen die DSGVO grundsätzlich möglich sind und von Gerichten als rechtmäßig angesehen werden. Für die interne Risikobewertung stellt sich daher die Frage, welche Unternehmensbereiche und Geschäftsmodelle besonders von Abmahnungen wegen Datenschutzverstößen betroffen sind.

Die Voraussetzungen einer wirksamen Abmahnung dürften vor allem dann anzunehmen sein, wenn die konkrete Datenverarbeitung eine gewisse Kommerzialisierung der Daten beinhaltet, z.B. bei der Verarbeitung zu Werbezwecken oder wenn der Betroffene aufgrund fehlender Informationen nicht in der Lage war, eine informierte Einwilligung zu treffen. Maßgeblich für die Qualifizierung als Marktverhaltensregelung sollten auch die Auswirkungen für den Betroffenen im Falle eines Verstoßes gegen die Schutznorm der DSGVO sein.

Jeweils im Zusammenhang mit werblichen Aktivitäten ist eine Einstufung als Marktverhaltensregelung denkbar im Falle nicht ordnungsgemäßer

- Nutzung von Daten zu Werbezwecken ohne Einwilligung (Art. 6 DSGVO),
- Gestaltung der Einwilligungsformulars (Art. 7 Abs. 2 DSGVO),

## Datenschutzrecht

- Bereitstellen einer Widerrufsmöglichkeit (Art. 7 Abs. 3 DSGVO),
- Informationspflichten (Art. 13, 14 DSGVO),
- Nutzung von Daten zur Direktwerbung trotz Widerruf (Art. 21 Abs. 3 DSGVO).

Anders gestaltet sich hingegen die Rechtslage im Falle eines fehlenden Verfahrensverzeichnis und fehlender Folgenabschätzung oder eines fehlenden Notfallplans für Datenpannen. Bei diesen Bestimmungen der DSGVO handelt es sich um rein innerbetriebliche Vorgänge, welche allenfalls geringe und mittelbare Auswirkungen für den Betroffenen haben und den Wettbewerber nicht zu einer Abmahnung berechtigen dürften.

Doch nicht immer gestaltet sich die Einordnung als Marktverhaltensregelung eindeutig. Bei vielen Normen der DSGVO ist es weiterhin fraglich und umstritten, inwieweit sich der Verletzter durch einen Verstoß objektiv einen nicht ganz unerheblichen Wettbewerbsvorsprung verschafft oder verschaffen könnte und dadurch die Marktchancen seiner Mitbewerber mindert. In solchen Fällen sollte anhand einer Abwägung des Einzelfalls bestimmt werden, ob die Datenschutznorm als Marktverhaltensregelung qualifiziert werden kann.

*Für den monatlichen Datenschutz-Newsletter können Sie sich auf unserer Homepage anmelden.*

*Für sämtliche Fragen des Datenschutzrechts stehen Ihnen gerne zur Verfügung:*

**Dr. Kristina Schreiber**  
0221 650 65-337  
kristina.schreiber@loschelder.de

**Dr. Simon Kohm**  
0221 650 65-200  
simon.kohm@loschelder.de





# Erbrecht

## Vererbbarkeit des digitalen Nachlasses

**Mit Urteil vom 12.07.2018 (Az. III ZR 183/17) hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass auf Servern gespeicherte, digitale Inhalte vererblich sind. Mit dem Tod des Nutzers eines Onlinedienstes erwerben seine Erben einen Anspruch auf Zugang zu dem Account des Verstorbenen und den zugehörigen Daten. Der Vererbbarkeit steht weder das postmortale Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen noch das Fernmeldegeheimnis oder das Datenschutzrecht entgegen. Die Entscheidung hat auch in geschäftlichen Zusammenhängen erhebliche Auswirkungen auf die Vererbung serverbasierter Kommunikation.**

### Analoger und digitaler Nachlass

Im Erbrecht gilt der Grundsatz der Universalsukzession. Danach geht das Vermögen des Erblassers als Ganzes auf die Erben über. Die Vererbbarkeit des sog. digitalen Nachlasses ist in der Vergangenheit kontrovers diskutiert worden. Zum digitalen Nachlass gehören sowohl die auf körperlichen Speichermedien – etwa auf einer Festplatte – befindlichen Daten als auch jene Daten, die im Internet oder in einer Cloud gespeichert sind. Diese serverbasierte Speicherung beruht in der Regel auf vertraglichen Beziehungen zu Anbietern von E-Mail-Konten, Clouddiensten, sozialen und beruflichen Netzwerken oder Online-Zahlungsdiensten.

Körperliche Speichermedien gehen mit dem Tod des Erblassers mitsamt ihrem Dateninhalt in das Eigentum des Erben über. Bis zu der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 12.07.2018 war die Vererbbarkeit von serverbasierten Daten jedoch umstritten. Das Schicksal dieser Daten nach dem Tod des Nutzers wird immer bedeutsamer: Gerade in geschäftlichen Zusammenhängen findet inzwischen ein Großteil der Kommunikation per E-Mail statt. Internetdienste ersetzen zunehmend Unterlagen aus Papier. Für die Erben ist daher auch die Kenntnis der nicht auf einem lokalen Speichermedium befindlichen Daten des Erblassers von großer Bedeutung – zur Geltendmachung oder Bedienung von Forderungen, zur Abwehr von möglicher Haftung sowie zur Fortführung oder Kündigung und Abwicklung von Geschäftsbeziehungen.

### Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 12.07.2018

In dem vom Bundesgerichtshof am 12.07.2018 entschiedenen Fall hatte eine Mutter als Erbin Zugang zu dem Facebook-Konto ihrer verstorbenen Tochter verlangt. Der zwischen der Verstorbenen und Facebook geschlossene Nutzungsvertrag war laut dem Bundesgerichtshof nach dem Tod der Nutzerin mit allen Rechten und Pflichten auf ihre Erben übergegangen. Von diesem Nutzungsvertrag ist auch der

Anspruch auf Zugang zu dem Account und den dazugehörigen, auf einem Server befindlichen Daten erfasst. Diesen Zugang musste Facebook nach dem Tod der Nutzerin den nunmehr in den Vertrag eingetretenen Erben gewähren. Im Rahmen der Begründung seiner Entscheidung hat der Bundesgerichtshof eine Vielzahl bis dahin offener Fragen einer Klärung zugeführt. Die Erwägungen sind auch auf die Vererbbarkeit anderer serverbasierter Inhalte wie E-Mails oder Cloud-Daten und die zugrundeliegenden Nutzungsverträge übertragbar.

Der Vererbbarkeit des Nutzungsvertrags steht laut dem Bundesgerichtshof zunächst weder das postmortale Persönlichkeitsrecht des Nutzers noch ein schutzwürdiges Vertrauen der Kommunikationspartner des Verstorbenen entgegen. Auch höchstpersönliche analoge Dokumente, zum Beispiel Tagebücher und Briefe, werden vererbt. Digitale Inhalte sind nicht anders zu behandeln. Auf das Speicher- bzw. Trägermedium – Papier, Festplatte oder Server – kann es dabei nicht ankommen. Der Grad des Vertraulichkeitsinteresses sowohl des Absenders als auch des Empfängers bleibt in allen Fällen gleich. Gegenüber dem verfassungsrechtlich geschützten Erbrecht tritt dieses Vertraulichkeitsinteresse des Erblassers und der Kommunikationspartner zurück. Dritte müssen sowohl bei analoger als auch bei digitaler Kommunikation damit rechnen, dass Erben nach dem Tod des Kommunikationspartners Kenntnis von den Inhalten erlangen können.

Der Vererbbarkeit des Zugangs zu einem Benutzerkonto steht auch das Fernmeldegeheimnis nicht entgegen. Das Fernmeldegeheimnis schützt nur lebende Personen. Mit dem Tod des Nutzers wird der Erbe neuer Vertragspartner des Providervertrags und untersteht damit selbst dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses.

Auch das Datenschutzrecht hindert die Vererbbarkeit des Zugangsanspruchs nicht. Die Bereitstellung der Daten durch den Provider an die Erben dient der Erfüllung des Nutzungsvertrags und ist damit rechtmäßig. Zudem haben Erben in der Regel ein vom Datenschutzrecht anerkanntes Interesse daran, Informationen über Ansprüche und Verbindlichkeiten aus den Inhalten des Benutzerkontos zu erhalten.

Auf einem Server befindliche Daten des Erblassers werden somit im Ergebnis nicht anders behandelt als auf einem Speichermedium befindliche Daten oder analoge Post. Der Zugang der Erben zu den entsprechenden Informationen soll nicht von dem Zufall abhängen, ob der Verstorbene eine E-Mail etwa ausgedruckt oder sie auf einem Server belassen hat.

### Auswirkungen der Entscheidung

Die Entscheidung stärkt die Rechtsstellung der Erben, die zur ordnungsgemäßen Abwicklung des Nachlasses nunmehr gleichermaßen Zugriff auf verkörperte wie auf digitale Daten des Verstorbenen erhalten. Die Erwägungen des Bundesgerichtshofs lassen sich ohne weiteres auf

## Erbrecht

andere serverbasierte Inhalte wie E-Mails, Cloud-Daten etc. und die zugrundeliegenden Nutzungsverträge übertragen.

Serviceprovider werden Erben auf Vorlage des Erbscheins daher zukünftig Zugang zu auf Servern gespeicherten Informationen ermöglichen müssen. Unternehmen können nach dem Tod ihrer Mitarbeiter im Hinblick auf betriebliche Daten Herausgabeansprüche gegen die Erben zustehen. Das gilt auch, wenn Organe von juristischen Personen versterben. Sollen andere Personen als die Erben Zugriff auf Teile des digitalen Nachlasses erhalten, muss dies testamentarisch geregelt werden.

*Für weitere Fragen zum digitalen Nachlass und zum Erbrecht stehen Ihnen gerne zur Verfügung:*

**Dr. Wilfried Rüffer**  
0221 650 65-214  
wilfried.rueffer@loschelder.de

**Antonia Reitter**  
0221 650 65-214  
antonia.reitter@loschelder.de



## JUVE AWARDS 2018

### Kanzlei des Jahres für Immobilien- und Baurecht

JUVE Awards 2018:  
Loschelder ist Kanzlei des  
Jahres für Immobilien- und  
Baurecht

Loschelder ist bei den JUVE Awards 2018 als Kanzlei des Jahres für Immobilien- und Baurecht ausgezeichnet worden. Die Partner Dr. Walter Klein und Dr. Stefan Stock nahmen den Preis im Rahmen einer festlichen Preisverleihung am 25. Oktober 2018 in der Alten Oper in Frankfurt am Main entgegen.

Der JUVE Verlag prämiiert jährlich in insgesamt 18 Kategorien Wirtschaftskanzleien und Inhouse-Abteilungen, die in Mandatsarbeit und Marktpositionierung durch eine besonders erfolgreiche Tätigkeit aufgefallen sind. Die Kategorie „Kanzlei des Jahres für Immobilien- und Baurecht“ umfasst das gesamte Spektrum des Immobilienwirtschaftsrechts sowie des privaten und öffentlichen Baurechts. Inhaltliche Schwerpunkte bilden die Beratung bei Transaktionen

und Projektentwicklungen einschließlich der baubegleitenden Rechtsberatung und Prozessführung.

In der JUVE-Bewertung werden besonders die „Top-Qualität“ und das „unternehmerische Denken“ von Loschelder hervorgehoben. Mandanten wie Wettbewerber lobten die „große Transaktionserfahrung“, „hohe Professionalität“ und „extreme Verlässlichkeit“ sowie die gute Zusammenarbeit der einzelnen Fachbereiche. JUVE findet: „Ihr Mandantentstamm liest sich wie das Who-is-who der Immobilienbranche und stünde auch manch größerem Wettbewerber gut zu Gesicht“.

Grundlage für die Verleihung der jährlich vergebenen JUVE Awards sind die umfangreichen Recherchen der JUVE-Redaktion für das „JUVE Handbuch Wirtschaftskanzleien“, die in diesem Jahr auf mehr als 20.000 Kontakten mit unterschiedlichen Marktteilnehmern beruhen. Das seit 1999 jährlich herausgegebene Handbuch gibt einen umfassenden Überblick aller Wirtschaftskanzleien in Deutschland.

Das JUVE Handbuch 2018/2019 erschien am 26. Oktober 2018.

Loschelder-Anwälte sind Mitautoren der 3. Auflage des „Handbuch des Fachanwalts Gewerblicher Rechtsschutz“

Die Loschelder-Anwälte Dr. Stefan Maaßen, LL.M. und Dr. Patrick Pommerening sind Mitautoren des „Handbuch des Fachanwalts Gewerblicher Rechtsschutz“, das in der 3. Auflage im Carl Heymanns Verlag erschienen ist. Das Kompendium enthält eine umfassende und praxisnahe Darstellung aller Bereiche des Gewerblichen Rechtsschutzes, die ausschließlich durch spezialisierte Anwälte erfolgt.

Stefan Maaßen und Patrick Pommerening haben die Darstellung von §§ 1 - 4a UWG völlig neu verfasst. Die Kommentierung umfasst sowohl die Grundbegriffe des UWG einschließlich der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel wie auch die höchst praxisrelevanten Vorschriften zur Marktverhaltensregelung (§ 3a UWG), zum





Mitbewerberschutz (§ 4 UWG) sowie die neu in das UWG eingeführte Vorschrift zu aggressiven Geschäftspraktiken (§ 4a UWG). Darüber hinaus hat Dr. Maaßen die Vorschriften über den Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen (§§ 17 - 19 UWG) neu kommentiert. Die Vorgaben der neuen europäischen Richtlinie über den Schutz von Geschäftsgeheimnissen (RL 2016/943) sind bereits berücksichtigt.

---

### Neue Veröffentlichung mit Loschelder-Beteiligung: „Anlagenbezogener Gewässerschutz – Handbuch für Industrie-Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen“

Das 250-seitige Handbuch wird von Herrn Dipl.-Ing. Frank Oswald, Leiter der Abteilung HSEQ der Rosneft Deutschland GmbH, zusammen mit dem bei Loschelder für das Umweltrecht verantwortlichen Partner Dr. Cedric Meyer herausgegeben und wird Ende des Jahres im Erich Schmidt Verlag erscheinen.

Mit der neuen Verordnung über Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen (AwSV) wird das bisherige, teilweise sehr unterschiedliche jeweilige Landesrecht (Länder-VAwS) bundesweit einheitlich geregelt. In dem praxisorientierten Handbuch werden die wichtigsten aktuellen Fragen behandelt. So wird u.a. erläutert, was Betreiber und Prakti-



ker vor Ort, Wasserbehörden, Sachverständige und Juristen gegenüber den bisherigen Länder-VAwS neu beachten müssen. Im weiteren Fokus stehen die Themen Bagatellgrenze, Dokumentation zu Prüfungen bei prüfpflichtigen Anlagen, Abfallgemische im Betrieb sowie Entwässerung von Niederschlagswasser. Alle wesentlichen Kernaspekte der neuen Regelungen der AwSV werden in diesem Werk aus Sicht der technischen und behördlichen Überwachung, der Anlagenplanung, der Gesetzgebung und der Rechtsberatung beleuchtet.

---



## In eigener Sache

### Neue Veröffentlichung mit Loschelder-Beteiligung: „Handbuch des Softwarerechts: Softwareverträge aus Anbieter- und Anwendersicht“

Im Deutschen Anwaltverlag ist kürzlich das „Handbuch des Softwarerechts: Softwareverträge aus Anbieter- und Anwendersicht“ erschienen. Das von den Rechtsanwältinnen Michael Intveen, Prof. Klaus Gennen und Dr. Michael Karger herausgegebene 800-seitige Werk behandelt in 28 Kapiteln die typischen Rechtsfragen bei der Beschaffung und beim Betrieb von Software. Die Besonderheit besteht darin, dass die einzelnen Themenbereiche jeweils aus Sicht des Anbieters und des Anwenders dargestellt sind und daher dem Leser eine interessengerechte Gestaltung im Einzelfall ermöglichen. Das Handbuch soll allen im Softwarebereich tätigen Juristen helfen – auf wissenschaftlichem Niveau und zugleich praxisnah.

Das Kapitel zur Softwarekooperation mit dem Schwerpunkt Kartellrecht übernahmen Dr. Thilo Klingbeil und Dr. Simon Kohm.



## Weitere Veröffentlichungen

Dr. Patrick Pommerening  
Unlautere Vertragsdurchführung – Zur Komplementarität von Lauterkeitsrecht und Vertragsrecht in der Phase nach Vertragsschluss  
Carl Heymanns Verlag, Köln, 2018

---

Dr. Detlef Grimm / Dr. Jonas Kühne  
Die vorsorgliche Global-Einwilligung des Arbeitnehmers in die Datenvereinbarung – Zweck; Anforderungen und Muster  
ArbRB 2018, S. 218 ff.

---

Dr. Detlef Grimm  
Das Arbeitnehmerdatenschutzrecht in der DSGVO und dem BDSG neuer Fassung  
jM 2018, S. 278 ff. (zusammen mit Malte Göbel)

---

Prof. Dr. Michael Loschelder  
Buchbesprechung zu Paul Ströbele/Franz Hacker/ Frederik Thiering:  
Markengesetz Kommentar; 12. Auflage  
GRUR, 7/2018, S. 714 ff.

---

Dr. Detlef Grimm / Dr. Jonas Kühne  
Informations- und Unterrichtungspflicht nach der DSGVO - Muster eines „Beipackzettels“ zum Arbeitsvertrag  
ArbRB 2018, S. 18 ff.

---

Dr. Detlef Grimm / Dr. Jonas Kühne  
Löschkonzept nach der DSGVO  
ArbRB 2018, S. 144 ff.

---

Dr. Detlef Grimm  
Die „Rahmenbetriebsvereinbarung-DSGVO“ als Mittel zur Umsetzung der neuen Datenschutzvorgaben – Teil 2 Formulierungsvorschlag  
ArbRB 2018, S. 122 ff.

Dr. Raimund Schütz  
Regulierung in der digitalen Medienwelt – fünf aktuelle Herausforderungen  
MMR 2018, S. 36 ff.

---

Dr. Kristina Schreiber  
Das Energiewirtschaftsrecht im Jahr 2017  
N&R 2/2018, S. 85 ff.

---

Dr. Detlef Grimm  
Die „Rahmenbetriebsvereinbarung-DSGVO“ als Mittel zur Umsetzung der neuen Datenschutzvorgaben – Teil 1 Gestaltungsgrundsätze und rechtlicher Rahmen  
ArbRB 2018, S. 78 ff.

---

Dr. Sandra Orlikowski-Wolf  
Auswirkungen der Änderungen der kaufrechtlichen Mängelhaftung zum 1.1.2018 auf AGB im B2B-Verkehr  
ZIP, 2018, S. 360 ff.

---

Prof. Dr. Michael Loschelder  
Festschrift für Wolfgang Büscher  
Carl Heymanns Verlag, 2018, S. 513 ff.

---

Dr. Detlef Grimm / Dr. Jonas Kühne  
Neufassung der Institutsvergütungsverordnung – Verschärfte Vorgaben für die variable Vergütung im Bankensektor  
ArbRB 2018, S. 23 ff.

## **Impressum**

Herausgeber:  
LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE  
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11  
50668 Köln  
Tel. 0221 65065-0  
Fax 0221 65065-110  
info@loschelder.de  
www.loschelder.de

Konzept, Gestaltung:  
wiehl, Co.

Fotografie:  
iStock/gettyimages, Asbach

A close-up photograph of gold bars and coins. The image is heavily filtered with a warm, golden-brown color. In the foreground, two gold coins are visible, both stamped with the number '50'. The background shows the curved surface of a gold bar, also with a '50' marking. The lighting creates soft highlights and shadows, emphasizing the metallic texture.

Loschelder

Konrad-Adenauer-Ufer 11  
50668 Köln

0221 650 65-0  
[www.loschelder.de](http://www.loschelder.de)