



FEBRUAR 2013

## rechtAKTUELL

- 2 COMPLIANCE FÜR DEN MITTELSTAND
- 6 NEUES KAPITEL DER ARCHITEKTENHAFTUNG
- 8 CLOUD COMPUTING
- 10 WERBUNG MIT GÜTEZEICHEN UND TESTSIEGELN
- 12 DEUTSCHE ARZNEIMITTELPREISBINDUNG GILT AUCH FÜR EU-VERSANDHANDELSAPOTHEKEN
- 14 ARBEITSZEUGNISSE – BUNDESARBEITSGERICHT STÄRKT DIE FORMULIERUNGSFREIHEIT DER ARBEITGEBER
- 16 VERZUGSZINSEN BEIM VOB/B-BAUVERTRAG
- 18 DAS ENDE DES NEWSLETTERS? – OLG MÜNCHEN ZUM „DOUBLE-OPT-IN-VERFAHREN“
- 20 NEUREGELUNG ZUR RECHTSNACHFOLGE BEI BUSSGELDVERFAHREN, BEDEUTUNG FÜR GESELLSCHAFTSRECHTLICHE UMSTRUKTURIERUNGEN UND TRANSAKTIONEN
- 22 KEIN DAUERVERLEIH OHNE ZUSTIMMUNG DES BETRIEBSRATS?
- 24 IMMOBILIENFONDS: NEUER GESETZESENTWURF ZUR UMSETZUNG DER AIFM-RICHTLINIE
- 28 FACEBOOK ALS FORUM FÜR BELEIDIGUNGEN DES ARBEITGEBERS?
- 30 ZULÄSSIGKEIT EINES GRENZÜBERSCHREITENDEN FORMWECHSELS – „VALE“ - ENTSCHEIDUNG DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS
- 32 ZEITABLAUF BEGRÜNDET KEINEN ANSPRUCH AUF ENTFERNUNG EINER ABMAHNUNG
- 34 IN EIGENER SACHE – VERÖFFENTLICHUNGEN UND VORTRÄGE

## COMPLIANCE FÜR DEN MITTELSTAND

Eine Reihe von spektakulären Korruptions- und Kartellfällen in der deutschen Industrie hat das Thema „Compliance“ wiederholt in den Blickpunkt der Öffentlichkeit gerückt. Das Thema betrifft jedoch keineswegs nur börsennotierte Großunternehmen. Kein Unternehmen ist gegen rechtswidriges Verhalten seiner Mitarbeiter oder Geschäftsführer immun. Die wirtschaftlichen Folgen von Rechtsverstößen können gerade für mittelständische Unternehmen gravierend sein. Präventive Maßnahmen sind daher auch im Mittelstand sinnvoll. Dabei sind allerdings die besonderen Strukturen mittelständischer Unternehmen zu beachten, damit Compliance nicht zu unnötiger Bürokratie im Unternehmen führt.

### 1. WAS IST COMPLIANCE?

Unter Compliance versteht man Maßnahmen, die ein Unternehmen ergreift, um die Einhaltung aller Rechtsvorschriften und unternehmensinternen Verhaltensstandards durch die eigenen Mitarbeiter sicherzustellen. Im Unterschied zur Rechtsberatung im konkreten Einzelfall geht es darum, generell und präventiv das Risiko von Rechtsverstößen zu reduzieren. In der Sache ist Compliance damit eine Form des Risikomanagements. So wie technische und finanzielle Risiken im Unternehmen durch geeignete Managementmaßnahmen kontrolliert werden, dient Compliance der Reduzierung von rechtlichen Risiken.

### 2. WARUM COMPLIANCE?

Gesellschaftsrechtlich ist die Durchführung von Compliance-Maßnahmen Teil der allgemeinen Leitungs- und Organisationspflichten, die für jeden Geschäftsführer oder Vorstand gelten. Genauso wie ein Geschäftsleiter für die ordnungsgemäße Buchführung und Bilanzierung der Gesellschaft verantwortlich ist, muss er auch geeignete und angemessene Compliance-Maßnahmen ergreifen.

Die Missachtung dieser Leitungs- und Organisationspflichten kann Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsleiter begründen. Außerdem können die Behörden in bestimmten Fällen (etwa bei Kartellverstößen) Bußgelder wegen Verletzung von Aufsichtspflichten gegen die verantwortlichen Geschäftsleiter persönlich festsetzen. Rechtsverstöße von Mitarbeitern können daher unmittelbare persönliche Folgen für die Geschäftsführung haben, auch wenn die Geschäftsführer daran selbst nicht beteiligt waren.



Dem Unternehmen drohen bei Compliance-Verstößen gravierende finanzielle Konsequenzen. Die Behörden setzen zur Abschreckung häufig Strafzahlungen fest, die an den Umsatz (nicht: Gewinn) des betroffenen Unternehmens anknüpfen und die Erträge eines oder mehrerer Geschäftsjahre aufzehren können. Gewinne aus rechtswidrigen Aktivitäten können von den Behörden abgeschöpft werden. Außerdem drohen Schadensersatzklagen der geschädigten Kunden, die auf ein Vielfaches der Geldbußen abzielen können und erhebliche (interne und externe) Ressourcen binden.

Weitere negative Folgen für das Unternehmen können sein:

**Verlust von Aufträgen:** Nicht nur bei öffentlichen Auftraggebern droht im Fall von Compliance-Verstößen das Ende der Geschäftsbeziehung. Auch private Unternehmen gehen im Zuge ihrer eigenen Compliance-Bemühungen zunehmend dazu über, von ihren Lieferanten und Auftragnehmern rechtstreu und ethisch einwandfreies Verhalten zu verlangen. Compliance-Verstöße können dann zur fristlosen Kündigung von Lieferverträgen führen. Für mittelständische Unternehmen ist dieses Szenario insbesondere dann relevant, wenn sie als Zulieferer größerer Unternehmen tätig sind (und dazu oftmals ausdrücklich die Befolgung des Verhaltens-Kodex ihres jeweiligen Vertragspartners bestätigen müssen). Bei kartellrechtlichen Verstößen können abgeschlossene Verträge ohnehin nichtig sein, ohne dass es noch einer Kündigung durch die Gegenseite bedarf.

**Reputationsschaden:** Schon der Verdacht von korrupten oder wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen (oder auch der Missachtung von Datenschutzregeln) kann den Ruf eines Unternehmens nachhaltig beschädigen. Beispiele dafür aus allen Branchen finden sich fast täglich in der Presse.

Bei der Veräußerung des Unternehmens (etwa im Rahmen einer Nachfolgeregelung) spielt Compliance für potentielle Erwerber eine zunehmende Rolle, da kein Investor mit dem Erwerb eines mittelständischen Unternehmens Compliance-Risiken einkaufen möchte. Detaillierte Fragebögen zu den bisherigen Compliance-Maßnahmen des Verkaufsobjekts sind dementsprechend weit verbreitet. Geeignete Compliance-Maßnahmen sind somit auch ein wichtiger Schritt, um ein Unternehmen überhaupt verkaufsfähig zu machen.

### 3. WO IST COMPLIANCE PRAKTISCH RELEVANT?

Für die Praxis der Unternehmensführung sind Compliance-Maßnahmen in den folgenden Bereichen besonders relevant:

#### **Korruption und Bestechlichkeit**

Die Regeln für die Gewährung von Vorteilen an Amtsträger und Geschäftspartner sind schon lange keine „Kavaliersdelikte“ mehr, die Unternehmen im kurzfristigen Interesse der



Umsatzsteigerung weniger streng als andere Rechtsvorschriften handhaben können. Dies gilt – entgegen einer verbreiteten Fehlvorstellung – auch für geschäftliche Aktivitäten im Ausland. Die besonders strikten US-amerikanischen und englischen Vorschriften (US Foreign Corrupt Practices Act und UK Bribery Act) sind teilweise auch auf deutsche Unternehmen anwendbar. Praktisch besonders bedeutsam sind die Themen Einladungen, Geschenke und Geschäftsessen sowie der Einsatz von Beratern und Vermittlern bei der Geschäftsanbahnung im In- und Ausland.

### **Verhalten im Wettbewerb**

Die Kartellbehörden haben ihre Bemühungen zur Aufdeckung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen auch im Mittelstand in den letzten Jahren spürbar erhöht. Anonyme Anzeigemöglichkeiten für Abnehmer erleichtern ihnen die Arbeit. In das Visier geraten zunehmend nicht nur die „klassischen“ Kartelle (Preis-,

Mengen- und Gebietsabsprachen), sondern auch sonstige Formen des Informationsaustauschs zwischen Wettbewerbern (horizontale Beziehungen). Schon vermeintlich „harmloser“ Kontakt mit Wettbewerbern auf Messen oder in Verbänden kann kritisch sein. Auch im Verhältnis zu Kunden (vertikale Beziehungen) ist nicht alles zulässig, was aus Sicht des einzelnen Unternehmens kaufmännisch sinnvoll erscheinen mag.

### **Umweltschutz**

Die Einhaltung aller umweltrechtlichen Vorschriften ist besonders für produzierende Unternehmen von essentieller Bedeutung.

### **Datenschutz**

Die Erfassung und Verarbeitung der Daten von Kunden und Mitarbeitern unterliegt strengen rechtlichen Vorgaben.



## 4. WIE WIRD COMPLIANCE IM MITTELSTAND UMGESETZT?

Compliance für den Mittelstand umfasst typischerweise – mit unterschiedlichem Schwerpunkt und jeweils unter Beachtung der arbeitsrechtlichen Vorgaben – die folgenden Maßnahmen:

Analyse der spezifischen Compliance-Risiken des Unternehmens (je nach Branche, Vertriebsstruktur, Internationalität des Geschäfts).

Entwurf eines Verhaltenskodex (auch Code-of-Conduct genannt) als Hilfestellung für die Mitarbeiter und zugleich Mittel der positiven Außendarstellung gegenüber Geschäftspartnern.

Mitarbeiterschulungen zu besonders kritischen Themen (Beispiel: Einladungen und Geschenke, Kontakt mit Wettbewerbern im Vertrieb).

Falls erforderlich: Aufarbeitung von Compliance-Verstößen (Befragungen und Durchsicht von Dokumenten).

Eine spezielle Compliance-Organisation wird im Mittelstand in aller Regel aus Kosten- und Größengründen nicht geschaffen. Stattdessen werden entsprechende Funktionen und Aufgaben in die vorhandene Organisationsstruktur integriert. Das Compliance-Programm eines Großunternehmens lässt sich daher nicht einfach auf ein mittelständisches Unternehmen übertragen. Die Kunst besteht darin, mit Augenmaß unternehmensspezifische Compliance-Vorgaben zu schaffen, die im Unternehmen akzeptiert und befolgt werden.



Für Fragen zum Thema Compliance für den Mittelstand stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Martin Empt LL.M.  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-206  
martin.empt@loschelder.de

Steffen Rhein, LL.M.  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-200  
steffen.rhein@loschelder.de



## NEUES KAPITEL DER ARCHITEKTENHAFTUNG

Die Rechtsprechung stellt bekanntlich hohe Anforderungen an die Tätigkeit eines Architekten. Er schuldet eine dauerhaft genehmigungsfähige und auch den übrigen Vorschriften des öffentlichen Rechts genügende Planung. Für die ausführenden Unternehmer hat er eine richtige, klare und eindeutige zeichnerische Darstellung des Bauvorhabens vorzulegen, die jedenfalls schadensträchtige Details in einer jedes Risiko ausschließenden Art und Weise wiedergibt. Die Überwachung der Bauhandwerker hat durch häufige Kontrollen so zu erfolgen, dass ein mangelfreies Bauwerk entsteht. Kritische Arbeiten, die erfahrungsgemäß zu Mängeln führen, sind dabei besonders intensiv zu begleiten.



Für den Architekten fachfremde Leistungen, also solche Leistungen, die in die Zuständigkeit von Fachingenieuren fallen (z.B. Tragwerksplaner, Bauphysiker, technische Gebäudeausrüstung), wurden besondere Pflichten und damit eine Haftung nur begründet, wenn der Architekt

- bei der Auswahl eines erkennbar ungeeigneten Fachingenieurs mitwirkte,
- ihm unzureichende Vorgaben für die Fachplanung an die Hand gab oder

- Mängel nicht beanstandete, die ihm aufgrund der bei einem Architekten üblicherweise vorhandenen Sachkenntnis hätten auffallen müssen.

Vergrößernd ließ sich sagen, die Haftung des Architekten endete dort, wo der Fachingenieur tätig wurde.

Mit einer neueren Entscheidung des OLG Düsseldorf (Urteil vom 17.11.2011 – I-5 U 8/11) wird die Haftung des Architekten weiter verschärft.



Bei einem Bauvorhaben war neben dem Architekten u.a. ein Fachingenieur für die technische Gebäudeausrüstung eingeschaltet worden. Wie sich im Nachhinein herausstellte, waren 90 Brandschutzklappen nicht ordnungsgemäß in Wand oder Decke eingemörtelt, weitere 192 Brandschutzklappen waren nicht fachgerecht in Trockenbauwände eingebaut worden. Der Auftraggeber nahm daraufhin neben dem in erster Linie für die Brandschutzklappen verantwortlichen TGA-Ingenieur auch den Architekten auf Zahlung von knapp 500.000,00 Euro in Regress.

Das OLG Düsseldorf stimmte dem zu. Dabei verwies es auf den Architektenvertrag, mit dem die Grundleistungen des Leistungsbildes der Objektplanung übertragen wurden. Sowohl nach § 15 Abs. 2 LP 8 HOAI a.F. als auch nach Anlage 11 LP 8 c) HOAI n.F. gehört hierzu das „Koordinieren der an der Objektüberwachung fachlich Beteiligten“. Hieraus leitete das Gericht die Verpflichtung ab, insbesondere in sensiblen Bereichen des Brandschutzes die Leistungen der Fachingenieure so zu koordinieren, dass die Handwerker überwacht werden. Dem Architekten wurde vorgeworfen, den Fachingenieur weder zu einer fachtechnischen Abnahme angeleitet noch entsprechende Nachweise für diese Abnahme eingefordert zu haben.

Für Fragen zum Thema „Architektenhaftung“ oder sonstigen Bereichen des Baurechts steht Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Jürgen Lauer  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-194  
[juergen.lauer@loschelder.de](mailto:juergen.lauer@loschelder.de)



Die Entscheidung ist rechtskräftig. Über die Gründe, weshalb die Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesgerichtshof nicht geführt wurde, kann man nur spekulieren. Immerhin liegt die Leistung des Einmörtelns der Brandschutzklappen auf einer Schnittstelle, die man sowohl dem Architekten als auch dem Fachplaner zuweisen muss. Dass derartige Schnittstellen vom Architekten zuverlässig jedenfalls einem Verantwortlichen zugewiesen werden müssen, konnte schon bisher als gesichert angenommen werden.

Sollten aber die Ausführungen des OLG Düsseldorf verallgemeinert werden, wonach der Fachingenieur „anzuleiten“ ist und sich der Architekt entsprechende „Nachweise“ vorlegen zu lassen hat, so kommen auf den Architekten zusätzliche Aufgaben, auf die Berufshaftpflichtversicherer zusätzliche Ausgaben zu. Insbesondere sind die Konturen und Grenzen einer solcherart verstandenen Koordination nur schwer abschätzbar.

## CLOUD COMPUTING

Die Tagespresse berichtet immer wieder über Verstöße gegen Datenschutzbestimmungen durch Unternehmen. Die Aufdeckung ist nicht zuletzt auf die verstärkten Kontrollen der Aufsichtsbehörden zurückzuführen. Die Sicherstellung des Datenschutzes beim Cloud Computing ist eines der aktuellen und weitgehend ungelösten Probleme des Datenschutzrechts. Die Einhaltung der Datenschutzbestimmungen verlangt von Unternehmen in der täglichen Praxis ein hohes Maß an Organisation und Problembewusstsein. Dies ist der Vielzahl der datenschutzrechtlichen Regelungen geschuldet, die nicht einheitlich geregelt sind, regelmäßig reformiert werden und dennoch nicht mit den technischen Entwicklungen der Datenerhebung und Datenverarbeitung Schritt halten.

### BEGRIFF UND DATENSCHUTZRECHTLICHE PROBLEMLAGE

„Cloud Computing“ umfasst die Bereitstellung von IT-Dienstleistungen (Infrastruktur, Plattformen, Software) in Netzwerken und ermöglicht Unternehmen u.a., die Datenverarbeitung auszulagern. Bietet Cloud Computing den Unternehmen weitreichende Möglichkeiten, die Nutzung ihrer IT-Infrastruktur effizienter zu gestalten sowie Ressourcen und Kosten zu sparen, bringt es eine ganz Fülle ungelöster rechtlicher Probleme mit sich. Abhängig vom Nutzungsumfang sind die Anforderungen nach dem BDSG sowie die besonderen Vorschriften des Arbeitnehmerdatenschutzes zu beachten. In bestimmten Branchen, etwa im Gesundheitswesen oder in beratenden Berufen (Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte), sind zudem spezifische Datenschutzvorschriften einzuhalten.

Die Sicherstellung des Datenschutzes beim Cloud Computing gestaltet sich problematisch, wenn dem Anwender die einzelnen technischen Verfahrensabläufe der Datenverarbeitung nicht bekannt sind. Deshalb ist die Transparenz für den Datenschutz in der Cloud entscheidendes Kriterium. Der Anwender ist detailliert darüber zu informieren, an welchen Orten die Daten verarbeitet werden, welche Speicherungs- bzw. Back-Up-Prozesse ablaufen, welche Regelungen zur Portabilität im Falle des Anbieterwechsels bestehen, in welchen Abständen Löschungen der Daten erfolgen und wer den Datenschutz beim Cloud-Provider überprüft.

Probleme wirft Cloud Computing vor allem auf, wenn die Datenverarbeitung (auch) außerhalb des EWR-Raums erfolgt. In diesen Fällen obliegt es dem Datenübermittler, für ein ausreichendes Datenschutzniveau beim Empfänger gemäß den anwendbaren

europäischen Vorschriften zu sorgen. Mit einigen Ländern außerhalb des EWR bestehen sog. Safe Harbor-Abkommen, die einen ausreichenden Schutz gewähren können, wenn der Cloud-Anbieter diesem Abkommen unterfällt und regelmäßige Überprüfungen und ggf. Anpassungen beim Datenschutz sichergestellt sind. Sofern der Cloud-Anbieter oder seine Subunternehmen keinem Safe-Harbor-Abkommen unterliegen, sind die von der EU-Kommission vorgegebenen Standardvertragsklauseln für die Datenverarbeitung zu vereinbaren. Diese Klauseln genügen indes nicht in allen Belangen den spezifischen deutschen Regelungen zur Auftragsdatenverarbeitung nach § 11 BDSG, so dass weitergehende Datenschutzvereinbarungen zu treffen sind. Ungelöst ist derzeit die Rechtslage bei Cloud-Anbietern aus den USA bzw. mit einer amerikanischen Muttergesellschaft, weil die US-Behörden nach dem Patriot Act weitgehende Zugriffsrechte auf Daten in der Cloud haben und für solche Zugriffe regelmäßig keine Einwilligung der Betroffenen vorliegt.

Die Rechtsfolgen bei Verstößen gegen das Datenschutzrecht können für Unternehmen empfindlich sein. Neben Geldbußen, Schadensersatzforderungen der Betroffenen und Rufschäden des Unternehmens sind vor allem die Auflagen der Aufsichtsbehörden für das Unternehmen einschneidend. Die Umsetzung der behördlichen Auflagen ist innerhalb kurzer Fristen zu erbringen und nachzuweisen, so dass u.U. ganze Geschäftsbereiche vorübergehend nicht arbeiten können. Die Nichterfüllung der Auflagen kann zu Zwangsgeldern und ggf. zur Untersagung bestimmter Datenverarbeitungsprozesse im Unternehmen führen (§ 38 Abs. 5 BDSG).

### DATENSCHUTZVEREINBARUNGEN MIT CLOUD-PROVIDERN

Für vertragliche Regelungen mit Cloud-Providern gelten die datenschutzrechtlichen Anforderungen in vollem Umfang; die technischen Besonderheiten des Cloud-Computing senken das Datenschutzniveau nicht ab. Wesentliche Bestimmungen sind dabei die Kontrollrechte des Cloud-Anwenders und Datenübermittlers, die Vereinbarung der technischen und organisatorischen Verfahren zum Schutz der Daten sowie die Durchsetzung der Rechte der Betroffenen. Diese Regelungsbereiche werfen in der Praxis Probleme auf, weil sie dem Cloud-Anbieter weitgehende Beschränkungen auferlegen; spiegelbildlich bereitet es den nachfragenden Cloud-Anwendern Schwierigkeiten, diese Bestimmungen gegenüber großen, multi-nationalen Cloud-Anbietern durchzusetzen.

Die technischen und organisatorischen Maßnahmen zur Einhaltung der Datenschutzvorschriften (§§ 11, 9 BDSG) müssen vor allem besondere Vorkehrungen für die ordnungsgemäße Löschung und Trennung der Daten sowie für die Datensicherheit enthalten. Dazu sind im Vertrag Maßnahmen im Einzelnen und konkret darzulegen. Eine einfache Versicherung des Cloud-Anbieters betreffend die Anwendung von Verschlüsselungstechniken und Zutritts- und Anwendungskontrollen sowie die Übernahme von Geheimhaltungsverpflichtungen genügen dafür nicht, auch wenn dies in der Praxis häufig anzutreffen ist.

Auch die Festlegung der notwendigen Kontrollrechte des Datenübermittlers bedarf besonderer Sorgfalt, weil dieser beim Cloud Computing dem Betroffenen gegenüber weiter verantwortlich bleibt. Die Datenschutzbestimmungen verlangen dabei grundsätzlich eine Vor-Ort-Überprüfung des Datenübermittlers, was aber bei Cloud-Lösungen nicht praktikabel ist. Eine Lösung besteht darin, dass sich der Cloud-Anbieter einem Zertifizierungs- bzw. Gütesiegelverfahren zum Datenschutz durch eine unabhängige und kompetente Prüfstelle wie etwa dem BSI unterwirft. Solche Nachweise müssen vom Anbieter auch für jeden eingeschalteten Subunternehmer erbracht werden.

Schließlich ist sicherzustellen, dass der Datenübermittler die Rechte der Betroffenen auf Auskunft, Löschung und Berichtigung wahrnehmen und notfalls gegenüber dem Cloud-Anbieter durchsetzen kann. Die Nichteinhaltung der Datenschutzbestimmungen sollte bei alledem mit einer Vertragsstrafe versehen sein.

#### SORGFALTPFLICHTEN DER UNTERNEHMEN

Die Auslagerung von Datenverarbeitung durch Cloud-Anwendungen verlangt von den Unternehmen umfangreiche Vorbereitungen zur Einhaltung des Datenschutzrechts. Vor der Auslagerung der Datenverarbeitung ist vor allem eine sorgfältige Risikoanalyse durchzuführen, bei der die geplanten Cloud-Leistungen, die Art der betroffenen Daten und die in Frage kommenden Cloud-Anbieter zu prüfen sind. Dabei ist vom Cloud-Anbieter zu verlangen, die Verarbeitungsprozesse offenzulegen und aktuelle und aussagekräftige Zertifikate beizubringen. Soweit EU-Personaldaten verarbeitet werden sollen, muss das Unternehmen prüfen, ob der Cloud-Anbieter sich gemäß dem Safe-Harbor-Abkommen zur Zusammenarbeit mit den EU-Datenschutzaufsichtsbehörden verpflichtet hat. In den Auswahlprozess sind betriebliche Datenschutzbeauftragte und – soweit vorhanden – auch der Betriebsrat einzubinden, wenn Daten von Mitarbeitern betroffen sind.



Bei allen Fragen zum Datenschutz und zum IT-Outsourcing stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Thilo Klingbeil  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-200  
thilo.klingbeil@loschelder.de



Steffen Rhein, LL.M.  
Telefon: : +49 (0) 221 650 65-200  
steffen.rhein@loschelder.de



## WERBUNG MIT GÜTEZEICHEN UND TESTSIEGELN

**KAUM NOCH EIN HERSTELLER VERZICHTET IN DER WERBUNG AUF DEN HINWEIS, DASS SEINE PRODUKTE GETESTET, GEPRÜFT, ZERTIFIZIERT ODER IN SONSTIGER FORM VON EINEM DRITTEN FÜR GUT BEFUNDEN WURDEN. DIE WETTBEWERBSRECHTLICHEN SCHRANKEN DIESER WERBUNG WERDEN JEDOCH HÄUFIG NICHT BEACHTET UND BERGEN HOHE PROZESSRISIKEN.**

### GÜTEZEICHEN UND PRÜFZEICHEN

Die unlautere Werbung mit „Gütezeichen, Qualitätskennzeichen oder Ähnlichem“ hat der Gesetzgeber in Nr. 2 der sogenannten „schwarzen Liste“ des UWG ausdrücklich untersagt. Diese Liste umfasst Geschäftspraktiken, die im Verhältnis zwischen Unternehmen und Verbrauchern ausnahmslos und ohne jegliche Abwägung verboten sind. Der Unternehmer kann sich insbesondere auch nicht darauf berufen, dass ein versehentlicher Ausrutscher in einem Einzelfall vorliege, der nachweislich keine größeren Auswirkungen hatte.



Unter den Begriff fallen sämtliche Auszeichnungen, die aufgrund einer objektiven Prüfung vergeben und vom Verbraucher als ein Hinweis auf eine besondere Güte oder Qualität verstanden werden. Die Zeichen können sich entweder auf das Unternehmen oder auf ein konkretes Produkt beziehen. Typische Beispiele sind die „ISO 9000-Zertifizierung“ oder sonstige Hinweise auf die Einhaltung von Qualitätsmanagementsystemen, ferner sämtliche Zertifikate,

mit denen die Einhaltung bestimmter ökologischer, sozialer oder sicherheitstechnischer Standards gewährleistet wird (z.B. das Zeichen des Forest Stewardship Council FSC). Ebenfalls ein Gütezeichen im Sinne der Vorschrift ist das sogenannte „GS-Zeichen“, mit dem die Gerätesicherheit bestätigt wird.

Eine Werbung mit diesen Zeichen ist unzulässig, wenn sie ohne die Genehmigung oder Zustimmung der verleihenden Stelle verwendet werden. Dies gilt sogar dann, wenn die materiellen Voraussetzungen für eine bestimmte Zertifizierung ohne Weiteres gegeben wären. Die Werbewirkung eines Gütezeichens oder Zertifikats soll nur derjenige beanspruchen können, der auch den entsprechenden Prozess durchlaufen hat.

Die Testsiegel der Stiftung Warentest stellen nach der Ansicht des OLG Köln kein Gütezeichen im Sinne der Nr. 2 des Anhangs dar, weil im Rahmen der vergleichenden Produkttests jeweils neue Testkriterien erarbeitet werden und diese Kriterien nicht außerhalb des Testes als Grundlage für eine objektive Qualitätsbewertung dienen (OLG Köln, Urteil vom 23.02.2011, Az.: 6 U 159/10). Auch das CE-Zeichen, das auf vielen Produkten zu finden ist, ist kein Gütezeichen im Sinne von Nr. 2 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG. Für die Nutzung dieser Zeichen sind andere wettbewerbsrechtliche Schranken zu berücksichtigen.

### WERBUNG MIT TESTERGEBNISSEN

Kann sich ein Produkt als „Testsieger“ einer Untersuchung der Stiftung Warentest bezeichnen, führt dies erfahrungsgemäß zu direkt messbaren Umsatzsteigerungen. Das Testsiegel der Stiftung Warentest genießt überragende Bekanntheit und nur wenigen Testeinrichtungen wird ein vergleichbares Maß an Vertrauen entgegengebracht. Aus diesem Grund hat die Stiftung Warentest die Bedingungen für die Nutzung ihres Logos bzw. Testsiegels streng reglementiert.

In der Praxis werden Auseinandersetzungen jedoch nicht von der Stiftung Warentest, sondern viel häufiger von Wettbewerbern angestrengt, die gegen eine unzulässige Verwendung des verkaufsfördernden Testsiegels vorgehen. Bei der Beurteilung einer solchen Werbung berücksichtigen die Gerichte zwar die Vorgaben der Stiftung Warentest. Gleichwohl kann eine unzulässige Werbung auch vorliegen, wenn der Verwender die Vorgaben der Stiftung Warentest einhält; umgekehrt muss nicht jeder Verstoß gegen die Vorgaben der Stiftung Warentest auch unlauter sein. Eine im Sinne von § 5 UWG irreführende und damit unzulässige Werbung liegt jedoch vor, wenn das Testsiegel der Stiftung Warentest für Produkte verwendet wird, die nicht Gegenstand des Testes waren. Dies gilt auch schon, wenn das getestete Produkt nur geringfügig verändert wurde. So wäre es stets unzulässig, für das Nachfolgemodell eines getesteten Produktes noch mit dem Testsiegel zu werben. Auf die Frage, ob das nachfolgende Modell sogar noch besser wäre als das

ursprünglich getestete Produkt, kommt es dabei nicht an. Vielmehr soll das Vertrauen des Verbrauchers darin geschützt werden, dass er tatsächlich das Produkt erwerben kann, welches Gegenstand der Untersuchung der Stiftung Warentest war.

Unabdingbar ist auch die Angabe der Fundstelle des Heftes, in dem der jeweilige Test veröffentlicht worden ist. Der Verbraucher soll die Möglichkeit haben, sich über den genauen Hintergrund und die Testmethode zu informieren.

Die Pflicht zur Angabe einer Fundstelle besteht auch bei der Werbung mit Testsiegeln weniger bekannter Einrichtungen und bei der Werbung mit selbst durchgeführten oder selbst veranstalteten Tests oder Untersuchungen. Wenn ein Unternehmen mit der Aussage wirbt, dass eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern im Rahmen einer Befragung das Produkt als „ausgezeichnet“ bewertet oder dass eine klinische Untersuchung hervorragende Faltenglättung bestätigt habe, dann muss der Verbraucher genauere Informationen über die Befragung und den Test erhalten können. Es ist also erforderlich, die Werbung mit der Angabe einer Fundstelle zu kombinieren, unter der weitere Informationen erhältlich sind. Allein das Unterlassen dieser Fundstellenangabe macht die Werbung unzulässig.

#### CE-ZEICHEN

Mit dem CE-Kennzeichen (Konformitätszeichen) bestätigt der Hersteller, dass sein Produkt den Vorgaben der jeweils einschlägigen europäischen Norm entspricht. Bei dieser Kennzeichnung handelt es sich im Regelfall nicht um ein Gütezeichen im Sinne von Nr. 2 des Anhangs zum UWG, weil die Prüfung und Zertifizierung durch den Hersteller selbst und nicht durch einen unabhängigen Dritten erfolgt.

Trotzdem ist bei der werblichen Nutzung des CE-Zeichens Zurückhaltung geboten. Gerade weil das Zeichen vom Hersteller selbst angebracht wird, verbietet sich der Hinweis „CE-geprüft“. Eine solche Aussage wird vom durchschnittlichen Verbraucher als ein Hinweis darauf verstanden, dass ein neutraler Dritter eine Untersuchung des Produktes vorgenommen hat. Da dies bei der Selbstausszeichnung nicht der Fall ist, ist dieser Hinweis irreführend (OLG Frankfurt, Urteil vom 21.06.2012, Az.: 6 U 24/11).

Eine besondere und gerichtlich noch nicht geklärte Situation liegt vor, wenn – z.B. bei bestimmten Medizinprodukten – die Konformität nicht vom Hersteller bescheinigt wird, sondern eine sogenannte „benannte Stelle“ an dem Konformitätsbewertungsverfahren beteiligt sein muss. In diesem Fall obliegt die Prüfung der Einhaltung europäischer Normen einem Dritten, dessen Kennziffer auch zusätzlich zu dem CE-Zeichen auf dem Produkt anzugeben ist. Das CE-Zeichen i.V.m. der Kennziffer einer „benannten Stelle“ dürfte daher ein Gütezeichen im Sinne von Nr. 2 des Anhangs zum UWG darstel-

len. Schließlich ist zu beachten, dass das CE-Zeichen in diesen Fällen nicht beliebig mit weiteren Angaben und Prüfzeichen kombiniert werden darf. So verbietet § 9 Abs. 1 Satz 2 des Medizinproduktegesetzes z.B. das Anbringen von Zeichen, welche Dritte hinsichtlich der Bedeutung der CE-Kennzeichnung in die Irre führen können. In der Vergangenheit wurde bereits einmal das zusätzliche Anbringen eines GS-Zeichens als eine Verletzung dieser Vorschrift gerügt.

#### FAZIT

Die Verwendung von Prüfzeichen, Gütezeichen und Testsiegeln bietet nicht wenige wettbewerbsrechtliche Schwierigkeiten. Erhebliche Risiken ergeben sich für den Hersteller insbesondere, wenn die wettbewerbswidrige Kennzeichnung unmittelbar auf dem Produkt oder seiner Verpackung angebracht ist. In diesem Fall könnte ein Wettbewerber nicht nur eine Werbekampagne, sondern den gesamten weiteren Vertrieb des Produktes im Wege einer einstweiligen Verfügung stoppen. Dies kann erhebliche, ja sogar existenzbedrohende Konsequenzen für ein Unternehmen haben.

Für Fragen zur Werbung mit Gütezeichen und Testsiegeln oder zu sonstigen Bereichen des Wettbewerbsrechts steht Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Stefan Maaßen, LL.M.  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-134  
stefan.maassen@loschelder.de



## DEUTSCHE ARZNEIMITTELPREISBINDUNG GILT AUCH FÜR EU-VERSANDHANDELSAPOTHEKEN

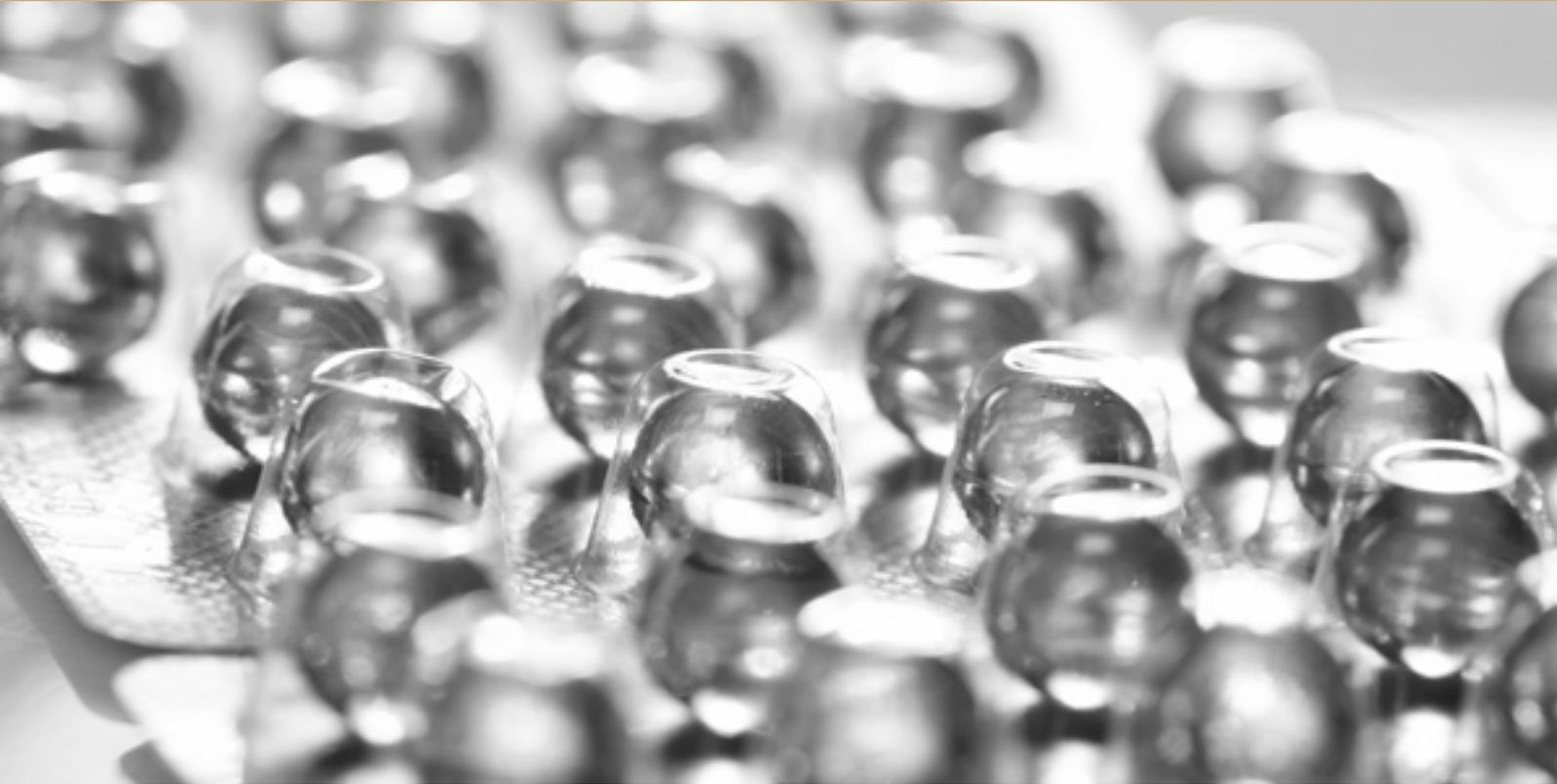


Verschreibungspflichtige Arzneimittel unterliegen nach deutschem Recht einer Preisbindung: Die zulässigen Apothekenabgabepreise werden durch das Arzneimittelgesetz in Verbindung mit der Arzneimittelpreisverordnung bestimmt. Diese Preisbindung gilt auch für Versandhandelsapotheken, die in anderen EU-Mitgliedstaaten ansässig sind und die verschreibungspflichtige Arzneimittel an Kunden in Deutschland versenden. Diese bislang u.a. zwischen dem Bundesgerichtshof und dem Bundessozialgericht umstrittene Frage hat der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe in Deutschland nun entschieden (Beschl. v. 22.08.2012, Az.: GmS-OGB 1/10).

### PREISREGULIERUNG IN DEUTSCHLAND

Nach § 78 Abs. 2 Satz 2 Arzneimittelgesetz ist insbesondere für verschreibungspflichtige Arzneimittel ein einheitlicher Apothekenabgabepreis zu gewährleisten. Methodisch geschieht dies durch die Festlegung von Preisspannen (§ 78 Abs. 1 Arzneimittelgesetz i.V.m. der Arzneimittelpreisverordnung): Die Arzneimittelpreisverordnung legt u.a. für verschreibungspflichtige Arzneimittel die Spannen fest, die durch den Großhandel bis hin zu den Apotheken auf den Herstellerabgabepreis des pharmazeutischen Unternehmens aufgeschlagen werden dürfen. Die zwischen Herstellerabgabepreis und Verkaufspreis der Apotheke für ein Arzneimittel liegende Preisspanne wird damit verbindlich.

Sinn und Zweck dieser Vorgaben ist es, einheitliche Arzneimittelverkaufspreise zu erreichen. Ein Preiswettbewerb auf den verschiedenen Handelsstufen vom Großhandel bis hin zu den Apotheken wird damit ausgeschlossen. Aus gesundheitspolitischen Gründen soll durch diese Vorgaben verhindert werden, dass für benötigte Arzneimittel zunächst ein Preisvergleich durchgeführt wird. Zudem soll die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit der Apotheken sichergestellt werden und so eine flächendeckende Versorgung mit für den Schutz der öffentlichen Gesundheit erforderlichen Arzneimitteln gewährleistet werden.



#### ANWENDBARKEIT AUF IMPORTARZNEIMITTEL?

Umstritten war nun, ob dieses Preisregime nur für solche verschreibungspflichtige Arzneimittel gilt, die in einer Apotheke in Deutschland verkauft werden, oder aber auch für Arzneimittel, die von einer in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union ansässigen Versandhandelsapotheke an Kunden in Deutschland versendet werden.

Das Bundessozialgericht hatte dies insbesondere aufgrund des Territorialitätsprinzips verneint: Die Arzneimittelpreisvorschriften gälten als klassisches hoheitliches Eingriffsrecht nur für Arzneimittel, die im Inland verkauft werden, nicht aber für Importarzneimittel (BSG, Urt. v. 28.07.2008, Az.: B 1 KR 4/08 R). Für diese Auffassung könnte auch die unionsrechtlich verankerte Warenverkehrsfreiheit sprechen, die ungerechtfertigte Beeinträchtigungen des Warenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten verbietet. Denn durch eine Anwendung der Arzneimittelpreisregulierung auch auf die Apothekenabgabepreise von außerhalb Deutschlands ansässigen Versandhandelsapotheken könnte der Arzneimittelabsatz in Deutschland für diese erschwert werden.

Der Bundesgerichtshof hat sich dagegen für eine Anwendbarkeit der Arzneimittelpreisregulierung auf Versandhandelsapotheken ausgesprochen (BGH, Vorlagebeschluss vom 09.09.2010, Az.: I ZR 72/08). Maßgeblich ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofes alleine, dass das Arzneimittel in Deutschland abgegeben wird. Auch die unionsrechtliche Warenverkehrsfreiheit stehe dem nicht entgegen: Selbst wenn diese durch eine Anwendbarkeit des Arzneimittelpreisregulierungsregimes beeinträchtigt würde, sei diese Beeinträchtigung jedenfalls aus Gründen des Gesundheitsschutzes gerechtfertigt. Der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes hat dies nun bestätigt.

#### AUSWIRKUNGEN DER ENTSCHEIDUNG

Unterbunden worden ist durch die Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe in Deutschland ein Preiswettbewerb ausländischer Versandhandelsapotheken: Auch diese haben die Preisbildungsvorgaben zu beachten und einen einheitlichen Apothekenabgabepreis insbesondere für verschreibungspflichtige Arzneimittel zu gewährleisten.

Preisnachlässe und auch eine Vielzahl von Bonussystemen, durch die sich der Apothekenabgabepreis mittelbar verringert, sind damit für diese Arzneimittel ausgeschlossen. So ist es beispielsweise unzulässig, einem Kunden Einkaufsgutscheine auszuhändigen, wenn dieser verschreibungspflichtige Arzneimittel erwirbt.

Für Fragen zum Anwendungsbereich der Arzneimittelpreisbindung oder zu sonstigen Bereichen des Arzneimittelrechts steht Ihnen gerne zur Verfügung:



Dr. Kristina Schreiber  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-222  
[kristina.schreiber@loschelder.de](mailto:kristina.schreiber@loschelder.de)

## ARBEITSZEUGNISSE – BUNDESARBEITSGERICHT STÄRKT DIE FORMULIERUNGSFREIHEIT DER ARBEITGEBER



**Thank you**

Zu den Folgen der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses gehört häufig die Diskussion um das dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber ausgestellte Zeugnis, wenn der Arbeitnehmer mit den Formulierungen des Arbeitgebers nicht einverstanden ist und Änderungen, bis ins Detail der Formulierung, verlangt. Falls eine gütliche Verständigung scheitert, drohen

Rechtsstreitigkeiten um den Zeugnisinhalt. In zwei Urteilen hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) zuletzt noch einmal ausdrücklich die Freiheit des Arbeitgebers in der Formulierung des Zeugnisses betont, die solchen Forderungen von Arbeitnehmern Grenzen setzt.

Bereits mit Urteil vom 15.11.2011 (9 AZR 386/10) wies das BAG die Klage eines Arbeitnehmers ab, der mit der folgenden Formulierung in seinem Zeugnis nicht einverstanden war:

*„Wir haben Herrn K. als sehr interessierten und hoch motivierten Mitarbeiter kennengelernt, der stets eine sehr hohe Einsatzbereitschaft zeigte.“*

Der Arbeitnehmer sah in dem Wort „kennengelernt“ eine unzulässige Distanzierung des Arbeitsgebers von der eigentlichen Aussage. Dem folgte das BAG jedoch nicht: aus dem insgesamt positiven Gesamtzusammenhang des Zeugnisses werde deutlich, dass der Arbeitgeber inhaltlich hinter seiner Aussage stehe. Ein gemäß § 109 Gewerbeordnung verbotener „Geheimcode“ liege nicht vor.

Mit Urteil vom 11.12.2012 (9 AZR 227/11) bestätigte das BAG seine Rechtsprechung, dass der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf die in guten Zeugnissen übliche Schlussformel – mit Ausdruck des Bedauerns über das Ausscheiden, dem Dank für die geleistete Arbeit und Wünschen für die Zukunft – habe. Diese Formulierung ist zwar auch aus Sicht des BAG nicht beurteilungsneutral, sondern geeignet, die objektiven Zeugnisaussagen zu Führung und Leistung des Arbeitnehmers zu bestätigen oder zu relativieren: Einen Anspruch auf eine Schlussformel gebe es jedoch nicht, da für diesen keine gesetzliche Grundlage gegeben sei.

Das BAG betont damit noch einmal ausdrücklich die Formulierungsfreiheit des Arbeitgebers und verneint eine Verpflichtung zu immer stärker reglementierten, formelhafteren und damit inhaltsleeren Zeugnissen. Der Arbeitgeber darf sprachliche Differenzierungsmöglichkeiten nutzen, ohne sich die unzulässige Nutzung von „Geheimcodes“ vorwerfen lassen zu müssen. Trotz des vom Zeugnisrecht geforderten grundsätzlichen Wohlwollens des Arbeitgebers bleibt daher eine differenzierte Leistungsbeurteilung im Zeugnis möglich.

Dass weniger gute Leistungen der Arbeitnehmer nicht offen angesprochen werden, sondern umschrieben werden, erklärt sich dabei nicht nur aus dem gesetzlichen Erfordernis, dass Zeugnisse wohlwollend sein müssen, sondern häufig aus dem Versuch des Arbeitgebers, ein Zeugnis so zu formulieren, dass dessen eigentlicher Sinn zwar anderen Arbeitgebern, nicht jedoch dem betroffenen Arbeitnehmer selbst deutlich wird. Die Umschreibung und Verschleierung negativer Aussagen dient dann auch dazu, lästigen Zeugnisstreitigkeiten aus dem Weg zu gehen.

Für das Verständnis des Zeugnisinhalts sind Urteile wie die des BAG entscheidend. Wenn kein durchsetzbarer Anspruch auf eine Schlussformel besteht, bekommt die freiwillig vom Arbeitgeber in das Zeugnis aufgenommene Schlussformel ihren Wert als tatsächliche Bekräftigung des Zeugnisinhalts. Eine fehlende oder unvollständige Schlussformel deutet, auch bei im übrigen positiver Bewertung, Vorbehalte des Arbeitgebers an. Wirklich gut sind damit weiterhin nur Zeugnisse mit einer vollständigen Schlussformel des gängigen Typs:

*„Wir danken ihm für die geleistete Arbeit, bedauern sein Ausscheiden und wünschen ihm für seine berufliche und persönliche Zukunft alles Gute und weiterhin viel Erfolg.“*

Für Fragen zum Thema Arbeitszeugnis oder zu sonstigen Bereichen des Arbeitsrechts stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Martin Brock  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-233  
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-129  
sebastian.pelzer@loschelder.de



## VERZUGSZINSEN BEIM VOB/B-BAUVERTRAG

DIE VOB/B WURDE IM JAHRE 2012 GEÄNDERT. DER AUFTRAGGEBER GERÄT NACH § 16 ABS. 5 NR. 3 SATZ 3 UND 4 VOB/B 2012 SPÄTESTENS 30 TAGE NACH ZUGANG DER RECHNUNG IN ZAHLUNGSVERZUG.



Nach § 16 VOB/B 2009 wurden Ansprüche aus Abschlagszahlungen binnen 18 Werktagen nach Zugang der Aufstellung fällig, der Anspruch auf die Schlusszahlung spätestens innerhalb von zwei Monaten nach Zugang der Schlussrechnung. Zahlte der Auftraggeber nicht innerhalb der Fälligkeit, musste der Auftragnehmer ihm eine angemessene Nachfrist zur Zahlung setzen. Erst vom Ende der Nachfrist an entstand ein Anspruch des Auftragnehmers auf Zahlung von Verzugszinsen. Der Auftragnehmer musste mithin gegebenenfalls länger als zwei Monate auf sein Geld warten, ohne Zinsen beanspruchen zu können. Die Geltendmachung von Verzugszinsen hat für den Auftragnehmer eine wirtschaftliche Bedeutung, seitdem ein Zinssatz von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu zahlen ist, § 288 Abs. 2 BGB.

Nunmehr wurde mit Änderung des § 16 VOB/B 2012 die Europäische Richtlinie 2011/7/EU vom 16.02.2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Zahlungsverzugsrichtlinie) in Deutschland umgesetzt. Danach soll ein Gläubiger Anspruch auf Verzugszinsen haben, ohne dass es einer Mahnung bedarf.

Nach § 16 Abs. 5 Nr. 3 Satz 3 und 4 VOB/B 2012 ist der Auftragnehmer berechtigt, 30 Tage nach Zugang der Schlussrechnung oder Abschlagsrechnung Verzugszinsen geltend zu machen. Voraussetzung ist, dass der Auftragnehmer seine vertraglichen und gesetzlichen Verpflichtungen erfüllt hat, eine rechtzeitige Zahlung nicht erfolgte

und der Auftraggeber für den Zahlungsverzug verantwortlich ist. Ausnahmsweise kann aufgrund gesonderter Vereinbarung die Zahlungsfrist auf 60 Tage verlängert werden. Eine Mahnung, also eine gesonderte Zahlungsaufforderung, ist zur Geltendmachung von Verzugszinsen nicht mehr erforderlich.

Diese Regelung der VOB/B 2012 gilt seit dem 14.07.2012. Sie ist anwendbar auf Verträge, in denen die VOB/B wirksam in den Vertrag einbezogen wurde.

Hieraus ergeben sich zwei Folgefragen:

### 1. AUF WELCHE VERTRÄGE FINDET DIE VOB/B 2012 ANWENDUNG?

Im Bereich öffentlicher Aufträge gilt die VOB/B 2012 im Unterschwellenbereich nach entsprechenden Einführungserlassen, im Oberschwellenbereich nach Änderung der Vergabeverordnung.

Im Vertragsverhältnis zu privaten Auftraggebern stellt sich die Frage, welche vertragliche Vereinbarung getroffen wurde. Vielfach befindet sich in Bauverträgen die Formulierung, dass die VOB/B in der derzeit geltenden Fassung Vertragsbestandteil sein soll. Dies hat zur Folge, dass auf Verträge, die nach dem 13.07.2012 geschlossen wurden, die VOB/B 2012 Anwendung findet (Brandenburgi-

sches OLG, Urteil vom 24.03.2008, 12 U 189/07). Wird „die VOB/B“ in einen Vertrag einbezogen, ist nach dem vermuteten Parteiwillen davon auszugehen, dass sich die Vereinbarung auf die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltende Fassung der VOB/B bezieht (§§ 133, 157 BGB). Dies entspricht dem allgemeinen Rechtsgedanken, dass für Verträge diejenigen Bestimmungen gelten, die zur Zeit des Vertragsschlusses in Kraft sind (OLG Frankfurt, Urteil vom 30.10.1997, 1 U 53/96).

## **2. GELTEN DIE REGELUNGEN ZU VERZUGSZINSEN AUCH FÜR ALTVERTRÄGE?**

In Altverträgen, die vor dem 14.07.2012 geschlossen wurden, ist die VOB/B 2012 nicht Inhalt der vertraglichen Vereinbarungen. Dennoch dürfte in vielen Fällen der Auftragnehmer berechtigt sein, Verzugszinsen 30 Tage nach Eingang der Rechnung beim Auftraggeber zu beanspruchen.

Die Regelungen des § 16 Abs. 3 Nr. 1 und 16 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B 2009 stellen eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers dar und eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild des Bürgerlichen Gesetzbuches, wonach sowohl bei Abschlagsrechnungen als auch bei Schlussrechnungen Verzug innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Rechnung eintritt, § 288 BGB. Diese Regelungen der VOB/B 2009 halten somit einer isolierten Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB nicht stand (beispielhaft BGH, Urteil vom 20.08.2009, VII ZR 212/07; OLG Düsseldorf, IBR 2006, 193; OLG Celle, BauR 2010, 1764).

Zu prüfen ist für den einzelnen Bauvertrag, ob eine isolierte Inhaltskontrolle der einzelnen VOB/B Bestimmungen möglich ist mit der Folge, dass diese Bestimmungen nicht wirksam vereinbart wurden und hinsichtlich der Verzugszinsen die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung finden können. Bei Bauverträgen, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist, kann die VOB/B als Ganzes wirksam vereinbart und eine isolierte Inhaltskontrolle ausgeschlossen sein. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn der Vertrag keinerlei inhaltliche Abweichungen von der VOB/B enthält. Seit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 22.01.2004 (BGH, BauR 2004, 668) wird davon ausgegangen, dass jede inhaltliche Abweichung von der VOB/B als eine Störung des von ihr beabsichtigten Interessenausgleichs zu bewerten ist. Dies hat zur Folge, dass in solchen Fällen eine Inhaltskontrolle der einzelnen Bestimmungen der VOB/B stattfindet.

Handelt es sich bei dem Auftraggeber eines Bauvertrags um einen Verbraucher, ist eine isolierte Inhaltskontrolle stets zulässig (BGH, BauR 2008, 1603).

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass der Auftragnehmer sowohl bei Verträgen, die nach dem 13.07.2012 geschlossen wurden, als auch bei Altverträgen in der Regel Verzugszinsen 30 Tage nach Zugang der jeweiligen Rechnung geltend machen kann. Bei Altverträgen, die nicht mit einem Verbraucher geschlossen wurden, muss der Vertrag, sofern die VOB/B in Bezug genommen wurde und der Vertrag vom Auftraggeber gestellt worden ist, lediglich eine inhaltliche Abweichung von der VOB/B enthalten.

Für Fragen zum Thema „Verzugszinsen beim VOB/B-Bauvertrag“ oder zu sonstigen Fragen im Bereich des Baurechts steht Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Andreas Fink  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-195  
andreas.fink@loschelder.de



## DAS ENDE DES NEWSLETTERS? – OLG MÜNCHEN ZUM „DOUBLE-OPT-IN-VERFAHREN“

Das OLG München hat mit Urteil vom 27.09.2012 entschieden, dass der Versand einer E-Mail, mit der zur Bestätigung einer Newsletter-Bestellung im „Double-opt-in-Verfahren“ aufgefordert wird, bei fehlender ausdrücklicher Einwilligung selbst dann rechtswidrig ist, wenn diese E-Mail keinerlei Werbebotschaften enthält.

### HINTERGRUND

Werbung per E-Mail ist mittlerweile ein fester Bestandteil des Online-Marketings. Die Vorschrift des § 7 Abs. 2 Nr. 3 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) bestimmt jedoch, dass E-Mail-Werbung stets eine unzumutbare Belästigung darstellt, wenn der Adressat nicht zuvor eine ausdrückliche Einwilligung erteilt hat. Darüber hinaus begründet die unaufgeforderte Zusendung einer Werbe-Mail, sofern der Empfänger Unternehmer ist, einen rechtswidrigen Eingriff in dessen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Gegenüber Privatpersonen stellen unaufgeforderte Werbe-Mails eine Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar.

Will ein Unternehmen also einen elektronischen Newsletter oder eine sonstige Werbe-Mail versenden, so muss im Vorfeld die Einwilligung des Empfängers eingeholt werden. Die Erteilung einer solchen Einwilligung hat das werbende Unternehmen im Zweifel auch nachzuweisen.

Die meisten Newsletter-Dienste sind so aufgebaut, dass durch die Eingabe einer E-Mail-Adresse in ein dafür vorgesehenes Eingabefeld der Newsletter bestellt werden kann. Wird auf diese Weise eine E-Mail-Adresse eingetragen und der Newsletter angefordert, so reicht dies jedoch noch nicht für die Annahme, der Inhaber dieser Adresse habe auch eine Einwilligung im vorgenannten Sinne erteilt. Denn es ist durchaus möglich, dass nicht der Inhaber selbst, sondern ein Dritter die E-Mail-Adresse eingetragen hat. Um dies im Ergebnis ausschließen zu können, wurde in der Praxis das sog. Double-opt-in-Verfahren entwickelt. Dieses Verfahren funktioniert wie folgt:

Wenn eine E-Mail-Adresse in die Bestellmaske eingetragen wird, versendet der Betreiber des Dienstes automatisch eine Bestätigungsmail an die eingetragene Adresse. Diese Bestätigungsmail enthält in der Regel noch keine Werbung, sondern lediglich den Hinweis, dass die betreffende E-Mail-Adresse für einen Newsletter-Dienst angemeldet wurde. Darüber hinaus wird der Empfänger aufgefordert, die Bestellung durch das „Anklicken“ eines Links zu bestätigen. Nur dann, wenn er diesen Link auch tatsächlich anklickt, die Bestellung also bestätigt, erhält er den eigentlichen Newsletter. Klickt er den Link hingegen innerhalb einer bestimmten Frist nicht an, so wird die E-Mail-Adresse automatisch aus dem System des Betreibers gelöscht und der Inhaber erhält keine weiteren E-Mails.



Bislang bestand innerhalb von Rechtsprechung und juristischer Literatur weitgehend Einigkeit, dass ein solches „Double-opt-in-Verfahren“ für den Nachweis einer Einwilligung ausreicht. Der Bundesgerichtshof (BGH) führte in einer Entscheidung aus dem Jahre 2011 (Urt. v. 10.02.2011 – I ZR 164/09) im Zusammenhang mit einem Online-Gewinnspiel aus:

*„Geht ein Teilnahmeantrag elektronisch ein, so kann dessen Absender durch eine E-Mail um Bestätigung seines Teilnahmewunsches gebeten werden. Nach Eingang der erbetenen Bestätigung kann angenommen werden, dass der Antrag tatsächlich von der angegebenen E-Mail-Adresse stammt. Hat der Verbraucher durch Setzen eines Häkchens in dem Teilnahmeformular bestätigt, dass er mit der Übersendung von Werbung einverstanden ist, ist grundsätzlich hinreichend dokumentiert, dass er in E-Mail-Werbung an diese E-Mail-Adresse ausdrücklich eingewilligt hat.“*

Hiervon zu trennen ist die Frage, ob bereits die erste Bestätigungsmail „Werbung“ im Sinne des § 7 UWG darstellt. In diesem Fall wäre auch für eine solche Bestätigungsmail eine vorherige Einwilligung erforderlich. Zu dieser Frage enthält das vorgenannte Urteil des BGH zumindest keine ausdrücklichen Feststellungen. Gleichwohl bestand bislang auch hier weitgehend Einigkeit, dass die erste Bestätigungsmail jedenfalls dann keiner vorherigen Einwilligung bedarf, wenn sie noch keine Werbebotschaft enthält und lediglich der Verifikation der Anmeldung dient. Dieser Auffassung ist das OLG München (Urt. v. 27.09.2012 – 29 U 1682/12) nun entgegengetreten.

## ZUM SACHVERHALT

Im dem Fall, den das OLG München zu entscheiden hatte, erhielt die Klägerin von der Beklagten insgesamt zwei E-Mails. Bei der ersten E-Mail handelte es sich um eine Bestätigungs-Mail in der eingangs beschriebenen Form. Diese E-Mail enthielt keine Werbung, sondern lediglich einen Bestätigungs-Link. Die zweite E-Mail enthielt sodann den Hinweis, dass die E-Mail-Adresse nunmehr für den Versand von Newslettern im Verteiler hinterlegt sei. Die Klägerin wandte sich gegen beide E-Mails und verlangte von der Beklagten Unterlassung, da sie hinsichtlich der Zusendung dieser E-Mails keine Einwilligung erteilt habe.

## DIE ENTSCHEIDUNG DES OLG MÜNCHEN

Bezüglich der ersten Bestätigungs-Mail gelangte das OLG München zu dem Ergebnis, dass der Klägerin ein Unterlassungsanspruch zusteht. Auch eine E-Mail, mit der zur Bestätigung einer Bestellung im „Double-opt-in-Verfahren“ aufgefordert wird, falle unter das Verbot des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG. Einer Einordnung der Bestätigungs-Mail als Werbung stehe nicht entgegen, dass die E-Mail selbst keine Werbebotschaft enthält. Denn der Begriff der „Werbung“ sei weit auszulegen und umfasse jede Äußerung mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder Dienstleistungen zu fördern. Dies sei bei der Bestätigungs-Mail der Fall. Sie verfolge zwar auch den Zweck, eine ausdrückliche Einwilligung in den Erhalt weiterer Werbe-Mails zu erlangen. Gleichwohl bestehe ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Förderung der wirtschaftlichen Tätigkeit der Beklagten. Angesichts dessen sei auch für die Versendung der Bestätigungs-Mail eine vorherige Einwilligung der Klägerin erforderlich gewesen. Eine solche liege nicht vor und könne auch mittels des „Double-opt-

in-Verfahrens“ nicht nachgewiesen werden. Zwar sei vorliegend davon auszugehen, dass die Klägerin den Link innerhalb der Bestätigungs-Mail angeklickt habe, da die zweite E-Mail unstrittig erst in diesem Fall versandt wird. Eine Einwilligung liege damit jedoch lediglich bezüglich der zweiten E-Mail, nicht jedoch hinsichtlich der ersten Bestätigungs-Mail vor.

## AUSWIRKUNGEN FÜR DIE PRAXIS

Die Entscheidung des OLG München, die innerhalb der juristischen Literatur heftig kritisiert wurde, könnte – sollte sie Bestand haben – weitreichende Konsequenzen nicht nur für den Betrieb eines Newsletter-Dienstes, sondern auch für alle anderen Erscheinungsformen des Online-Direktmarketings haben, im Rahmen derer ein „Double-opt-in-Verfahren“ zum Einsatz kommt. Stellt bereits die erste Bestätigungs-Mail „Werbung“ i.S.d. § 7 UWG dar, die nur nach vorheriger Einwilligung zulässig ist, bleibt kaum eine praxistaugliche Alternative, eine Einwilligung für den Versand von Werbe-Mails einzuholen. Da jede dahingehende Kontaktaufnahme auf elektronischem oder auch telefonischem Wege nach der Argumentation des OLG München unter das Verbot des § 7 UWG fiele, bliebe einzig und alleine die Möglichkeit, eine Einwilligung per Post einzuholen, was jedoch angesichts der damit verbundenen Kosten realitätsfern ist. Es bleibt daher zu hoffen, dass der BGH alsbald Gelegenheit erhält, die Entscheidung des OLG München zu revidieren. Schließlich hat sich das „Double-opt-in-Verfahren“ in der Praxis nicht nur bewährt, sondern auch weitgehend etabliert. Die durch das Urteil des OLG München hervorgerufene Rechtsunsicherheit sollte daher schnellstmöglich beseitigt werden.

Wenn Sie Fragen zur Online-Werbung und zu Haftungsrisiken im Internet haben, wenden Sie sich gerne an:

Dr. Thomas Schulte-Beckhausen

Telefon: +49 (0) 221 650 65-134

thomas.schulte-beckhausen@loschelder.de



Dr. Sebastian Hühner

Telefon: +49 (0) 221 650 65-134

sebastian.huehner@loschelder.de



# NEUREGELUNG ZUR RECHTSNACHFOLGE BEI BUSSGELDVERFAHREN, BEDEUTUNG FÜR GESELLSCHAFTSRECHTLICHE UMSTRUKTURIERUNGEN UND TRANSAKTIONEN

ERWIRBT EIN UNTERNEHMEN DAS VERMÖGEN ODER TEILE DES VERMÖGENS EINES ANDEREN UNTERNEHMENS, STELLT SICH DIE FRAGE, WELCHE HAFTUNGSTATBESTÄNDE AUF DAS ÜBERNEHMENDE UNTERNEHMEN ÜBERGEHEN. HABEN ETWA ORGANE ODER MITARBEITER DES ÜBERNOMMENEN UNTERNEHMENS IN DER VERGANGENHEIT BUSSGELDTATBESTÄNDE ERFÜLLT UND WAREN DIESE VERSTÖSSE DEM UNTERNEHMEN AUCH ZURECHENBAR, KOMMT ES DARAUF AN, OB DIE BUSSGELDHAFTUNG AUF DAS ÜBERNEHMENDE UNTERNEHMEN ÜBERGEHT. DIESE FRAGE STELLT SICH INSBESONDERE BEI KARTELLVERSTÖSSEN, DIE ZU SEHR HOHEN GELDBUSSEN FÜHREN KÖNNEN. BISHER ENTHÄLT DAS DEUTSCHE ORDNUNGSWIDRIGKEITENGESETZ (OWiG) KEINE REGELUNG ÜBER DIE RECHTSNACHFOLGE IN DIE BUSSGELDHAFTUNG. IM RAHMEN DER 8. GWB-NOVELLE SOLL JETZT EIN RECHTSNACHFOLGETATBESTAND FÜR DIE FÄLLE DER GESAMTRECHTSNACHFOLGE (Z.B. VERSCHMELZUNG) UND DER PARTIELLEN GESAMTRECHTSNACHFOLGE DURCH AUFSPALTUNG IN § 30 ABS. 2A OWiG EINGEFÜGT WERDEN.

## DERZEITIGE RECHTSLAGE

§ 30 Abs. 1 OWiG bestimmt, in welchen Fällen gegen ein Unternehmen aufgrund des Verhaltens seiner vertretungsberechtigten Organe oder leitenden Mitarbeiter ein Bußgeld festgesetzt werden kann (sogenannte Verbandsgeldbuße). § 30 OWiG beinhaltet derzeit keine Regelung für Fälle, bei denen das Unternehmen zwar noch zum Zeitpunkt der rechtswidrigen Handlung, aber nicht mehr bei der Verhängung oder Vollstreckung der Geldbuße existiert, weil es z.B. in der Zwischenzeit auf ein anderes Unternehmen verschmolzen wurde. Hier ist das deutsche Recht lückenhaft.

Dies hat sich insbesondere in den kartellrechtlichen Bußgeldverfahren „Versicherungsfusion“ und „Transportbeton“ gezeigt. In beiden Fällen wurde ein Unternehmen, dessen Mitarbeiter zurechenbar gegen das Kartellrecht verstoßen hatten, auf ein anderes Unternehmen verschmolzen. Der BGH hat 2011 in beiden Fällen entschieden, dass gegen den Gesamtrechtsnachfolger (also das aufnehmende Unternehmen) nur dann für das Verhalten des früheren Unternehmens ein Bußgeldbescheid verhängt werden kann, wenn zwischen dem früheren Unternehmen und dem durch

die Verschmelzung entstandenen Unternehmen „nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise nahezu Identität“ besteht. Dies war in beiden Fällen nicht gegeben. Die Gesamtrechtsnachfolger wurden jeweils freigesprochen.

## GEPLANTE ÄNDERUNG VON § 30 OWiG

Im Rahmen der 8. GWB-Novelle soll nun in § 30 Abs. 2a OWiG eine ausdrückliche Regelung eingefügt werden, wonach in den Fällen einer Gesamtrechtsnachfolge oder einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge durch Aufspaltung nach § 123 UmwG die Geldbuße auch gegen den oder die Rechtsnachfolger festgesetzt werden kann. Dabei darf die Geldbuße gegenüber dem Rechtsnachfolger den Wert des übernommenen Vermögens sowie die Geldbuße, die gegenüber dem Rechtsvorgänger angemessen gewesen wäre, nicht übersteigen.

Eine darüber hinausgehende umfassende Regelung der Rechtsnachfolge in die Bußgeldhaftung ist allerdings nicht geplant, obwohl die europarechtliche Rechtsnachfolgehaftung im Kartellrecht deutlich weiter geht als die geplante Änderung von § 30 OWiG. Die deutsche Neuregelung erfasst bislang keine Fälle der Einzelrechtsnachfolge, wenn also zum Beispiel im Rahmen eines Asset Deals wesentliche Vermögenswerte von einem Unternehmen auf ein anderes Unternehmen übertragen werden. Die Bundesregierung hat allerdings angekündigt, die neuen Vorschriften ein Jahr nach Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle zu überprüfen. Danach soll entschieden werden, ob weitergehende Regelungen erlassen werden sollen.

## BEDEUTUNG FÜR GESELLSCHAFTSRECHTLICHE UMSTRUKTURIERUNGEN UND TRANSAKTIONEN

Bei der Planung und Durchführung gesellschaftsrechtlicher Umstrukturierungen und Transaktionen ist in Zukunft zu beachten, dass der Gesamtrechtsnachfolger eines Unternehmens bzw. im Falle der Ausgliederung auch der Teilrechtsnachfolger generell haftet und nicht nur dann, wenn wirtschaftliche Identität für die zurechenbaren Kartellverstöße der Organe bzw. leitenden Mitarbeiter des Rechtsvorgängerunternehmens besteht. Dies ist nicht nur für die Due Diligence von erheblicher Bedeutung, sondern auch für die Gestaltung der Umstrukturierung oder Transaktion und die Verhandlung von vertraglichen Garantie- und Freistellungsregelungen. Der Verkäufer muss noch umfassender Auskunft über behördliche Untersuchungen und kartellrechtliche Risiken geben; der Käufer muss seine Risikoanalyse einschließlich der Höhe denkbarer Kartellbußen vertiefen.



Weitere Änderungen in diesem Bereich bleiben abzuwarten. Das Bundeskartellamt hat jedenfalls gegenüber der Bundesregierung deutlich strengere Regelungen, nicht nur zur Rechtsnachfolge, sondern auch zur Haftung der Konzernobergesellschaften gefordert.

#### INKRAFTTRETEN DER 8. GWB-NOVELLE

Die 8. GWB-Novelle sollte eigentlich zum 01.01.2013 in Kraft treten. Der Gesetzesentwurf wurde am 18.10.2012 durch den Bundestag verabschiedet. Der Bundesrat hat am 23.11.2012 den Vermittlungsausschuss angerufen, so dass der genaue Zeitpunkt des Inkrafttretens noch nicht feststeht. Es ist allerdings derzeit nicht davon auszugehen, dass die geplante Änderung von § 30 OWiG vor Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle noch einmal überarbeitet wird, da dieses Thema zwischen Bundesrat und Bundestag nicht streitig ist.

Bei Fragen zur achten GWB Novelle und ihrer Bedeutung für gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen und Transaktionen stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Thilo Klingbeil  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-200  
thilo.klingbeil@loschelder.de

Dr. Frank Heerstraßen  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-180  
frank.heerstrassen@loschelder.de

Dr. Sandra Orlikowski-Wolf  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-180  
sandra.orlikowski-wolf@loschelder.de

Steffen Rhein, LL.M.  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-200  
steffen.rhein@loschelder.de



## KEIN DAUERVERLEIH OHNE ZUSTIMMUNG DES BETRIEBSRATS?

Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern sind seit der Neufassung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) vom 1.12.2011 zunehmend Gegenstand von Entscheidungen der Arbeitsgerichtsbarkeit. Ein für die Praxis brisantes Problem stellt die neuere Rechtsprechung zur Einstellung von Leiharbeitnehmern auf Dauerarbeitsplätzen dar.

### ENTSCHEIDUNGEN DER ARBEITSGERICHTE

Stets beabsichtigten Arbeitgeber, Leiharbeitnehmer auf Arbeitsplätzen einzusetzen, welche dauerhaft im Betrieb vorhanden waren. Die Betriebsräte verweigerten die Zustimmung zu dieser Einstellung. Im arbeitsgerichtlichen Prozess sahen die Arbeitsgerichte die Zulässigkeit dieser Zustimmungsverweigerung unterschiedlich.

Das Arbeitgericht Cottbus (Beschlüsse vom 25.04.2012, Az.: 2 BV 8/12 und vom 05.09.2012, Az.: 2 BV 75/12) sah ebenso wie das LAG Berlin-Brandenburg (Beschluss vom 19.12.2012, Az.: 4 TaBV 1163/12) in der nicht nur vorübergehenden Einstellung von Leiharbeitnehmern einen Verstoß gegen § 1 Abs. 1 S. 2 bzw. Abs. 3 Nr. 2 AÜG. Die Arbeitnehmerüberlassung sei nach den Zielsetzungen der europäischen Richtlinie und gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG nur vorübergehend gestattet. Der Begriff „vorübergehend“ orientiere sich dabei am Befristungsrecht nach § 14 Abs. 1 TzBfG und sei damit längstens auf zwei Jahre begrenzt. Leiharbeitnehmer dürften daher nicht auf

Stamm- bzw. Dauerarbeitsplätzen eingesetzt werden, wie es hier geschehen sei. Stelle der Arbeitgeber trotzdem Leiharbeitnehmer auf Dauerarbeitsplätzen ein, begründe dies einen Verstoß gegen das AÜG, der den Betriebsrat nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG berechtigte, seine Zustimmung zur Einstellung des Leiharbeitnehmers zu verweigern.

Das LAG Niedersachsen geht in seiner Entscheidung vom 19.09.2012 (Az.: 17 TaBV 124/11) noch weiter. Hier hatte der Arbeitgeber grundsätzlich nur noch Leiharbeitnehmer eingestellt, um eine Senkung der Personalkosten zu erreichen. Das könne nach Ansicht des LAG Niedersachsen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles einen institutionellen Rechtsmissbrauch nach § 242 BGB darstellen, der ebenfalls das Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG begründe.

Das Arbeitsgericht Leipzig (Beschlüsse vom 23.03.2012, Az.: 5 BV 85/11 und vom 15.02.2012, Az.: 11 BV 79/11) sowie das LAG Düsseldorf (Beschlüsse vom 02.10.2012, Az.: 17 TaBV 38/12 und 17 TaBV

48/12) haben sich dieser Auslegung des AÜG nicht angeschlossen. In ähnlich gelagerten Fällen entschieden sie, dass die Regelungen des AÜG kein Verbot der dauerhaften Einstellung von Leiharbeitnehmern begründeten. Denn nach der Gesetzesbegründung diene die Regelung lediglich der Klarstellung, dass das deutsche Modell der Arbeitnehmerüberlassung den europarechtlichen Vorgaben der Leiharbeitsrichtlinie entspreche. Die Norm untersage die dauerhafte Einstellung von Leiharbeitnehmern als solche nicht mit hinreichender Sicherheit. Der Betriebsrat könne deshalb die Zustimmung zu einer Einstellung nicht verweigern.

#### MEINUNGSSTAND UND STELLUNGNAHME

Die Frage, ob der Einsatz eines Leiharbeitnehmers auf einem dauerhaft im Betrieb bestehenden Arbeitsplatz gegen das AÜG verstößt, ist höchstrichterlich noch nicht entschieden. Dieser Ansicht haben sich neben der zitierten Rechtsprechung jedoch auch einige Stimmen aus der Literatur angeschlossen (Fitting, BetrVG, 26. Aufl. 2012, § 99 Rdn. 192a; Hamann, NZA 2011, 70 (75)). Andere sind der Auffassung, dass das AÜG mit § 1 Abs. 1 S. 2 lediglich eine klarstellende Funktion im Hinblick auf die Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie habe (Teusch, NZA 2012, 1326).

Legt man die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung des BAG zugrunde, setzt ein Gesetzesverstoß nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG voraus, dass die personelle Maßnahme als solche rechtswidrig ist. Es muss in dem Gesetz, gegen das verstoßen wird, hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen, dass der Zweck der betroffenen Norm darin besteht, die personelle Maßnahme selbst zu verhindern. Die Regelung des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG bezweckt indes nicht, die Einstellung von Leiharbeitnehmern als solche zu verhindern (so auch Teusch, NZA 2012, 1326 (1330)). Zweck der Neuregelung war es zudem, die Arbeitnehmerüberlassung in der Europäischen Union zu harmonisieren, nicht sie einzuschränken.

#### FOLGEN FÜR DIE PRAXIS

Nach einer Anzahl von untergerichtlichen Entscheidungen liegen inzwischen immerhin schon mehrere Entscheidungen von Landesarbeitsgerichten vor, die jedoch kaum gegensätzlicher hätten ausfallen können. Man darf darauf gespannt sein, wie das BAG in den anhängigen Rechtsbeschwerdeverfahren entscheiden wird. Der bis dahin bestehenden Rechtsunsicherheit sollte mit Blick auf die regional geltenden Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte begegnet werden. Arbeitgeber können sich auf die Entscheidungen des ArbG Leipzig und des LAG Düsseldorf beziehen.

Allerdings hat das LAG Berlin-Brandenburg in einem Urteil vom 09.01.2013 (Az.: 15 Sa 1635/12) das Risiko für den Entleiher erhöht. Es hat bei nicht nur vorübergehendem Entleih zur Kostensenkung einen strukturellen Rechtsmissbrauch gesehen und ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher angenommen. Bis zu einer Klärung durch das Bundesarbeitsgericht besteht also – zumindest in Berlin und Brandenburg – ein ganz erhebliches Risiko ungewollten dauerhaften Personalzuwachses für entleihende Arbeitgeber. Wie rechtspolitisch geprägt das Vorgehen der Kammer des LAG ist, zeigt, dass eine andere Kammer noch im Oktober 2012 (Urteil vom 16.10.2012 – Az. 7 Sa 1182/12) ausdrücklich eine andere Auffassung vertreten hatte.

Für Fragen zur Einstellung von Leiharbeitnehmern stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Martin Brock  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-233  
martin.brock@loschelder.de



Dr. Friederike Linden  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-129  
friederike.linden@loschelder.de



# IMMOBILIENFONDS: NEUER GESETZENTWURF ZUR UMSETZUNG DER AIFM-RICHTLINIE

Am 21.07.2011 ist die EU-Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds („AIFM-Richtlinie“) in Kraft getreten. Ziel dieser Richtlinie ist es, das Management von alternativen Investmentfonds innerhalb der EU einheitlich stärker zu beaufsichtigen und zu regulieren. Die AIFM-Richtlinie ist bis zum 22.07.2013 in das jeweilige nationale Recht umzusetzen. Am 12.12.2012 hat die Bundesregierung einen überarbeiteten Gesetzentwurf zur Umsetzung der AIFM-Richtlinie veröffentlicht. Der darin enthaltene Entwurf eines Kapitalanlagegesetzbuches („KAGB“) beinhaltet erstmalig eine weitreichende und abschließende Regulierung von Immobilienfonds und ihrem Management in Deutschland.

## ANWENDUNGSBEREICH DES KAGB

Das KAGB ersetzt das Investmentgesetz („InvG“) und findet auf sämtliche Fondsstrukturen in Deutschland Anwendung. Zentraler Begriff des KAGB ist das Investmentvermögen. Unter den Begriff Investmentvermögen fallen sowohl Strukturen für gemeinsame Anlagen in Wertpapiere (sog. „OGAW“) als auch Alternative Investmentfonds (sog. „AIF“), zu denen auch Immobilienfonds gehören.

Das KAGB regelt die unterschiedlichen Strukturen von Immobilienfonds umfassend. Dies bedeutet zum einen, dass durch das KAGB erstmals auch geschlossene Immobilienfonds und ihr Management spezialgesetzlich reguliert werden. Zum anderen wurde damit auch der ursprüngliche Vorschlag verworfen, die Anlageform der offenen Immobilienfonds auslaufen zu lassen.

## ABGRENZUNG: OFFENE VERSUS GESCHLOSSENE FONDS

Die Unterscheidung zwischen offenen und geschlossenen Immobilienfonds richtet sich wie bisher danach, wie die Rücknahme der Fondsanteile organisiert ist. Bei offenen Immobilienfonds besteht grundsätzlich die Pflicht, die Anteile während der Laufzeit des Fonds (täglich) zurückzunehmen. Bei geschlossenen Fonds ist eine Anteilsrückgabe erst am Ende der Laufzeit des jeweiligen Fonds möglich.

Aufgrund der in der Vergangenheit immer wieder auftretenden Liquiditätsprobleme von offenen Immobilienfonds soll allerdings die bisher vorgesehene Möglichkeit der täglichen Rückgabe von

Fondsanteilen bei Publikumsfonds stark eingeschränkt werden: Das KAGB sieht hierzu vor, die Rücknahme der Fondsanteile nur noch einmal im Jahr zu ermöglichen. Infolge von aufgenommenen Bestandsschutzregeln kommt diese Änderung für die bestehenden Publikumsfonds jedoch nur eingeschränkt zur Anwendung.

Im Wesentlichen wurden im Übrigen für offene Immobilienfonds die bislang im InvG normierten Vorschriften in das KAGB übertragen, so dass es zu keiner grundlegenden Änderung des Regelungskonzepts kommen wird. So werden die Fonds, die sich an Privatanleger wenden (sog. „Publikumsfonds“), weiterhin streng reguliert, während den Fonds für professionelle Anleger bzw. den Fonds für semiprofessionelle Anleger mit einer Mindestinvestitionssumme von 200.000 Euro (sog. „Spezialfonds“) größere Gestaltungsspielräume eingeräumt werden.

Das KAGB überträgt die Unterscheidung zwischen Publikums- und Spezialfonds auch auf die geschlossenen Fonds und führt für diese in gesonderten Abschnitten umfangreiche Regelungen ein. Insofern stehen daher grundsätzlich die folgenden vier Fondsstrukturen als Immobilienfonds zur Verfügung:

- Offener Publikumsfonds
- Offener Spezialfonds
- Geschlossener Publikumsfonds
- Geschlossener Spezialfonds

## WESENTLICHE REGELUNGEN DES KAGB

Die wesentlichen Regelungen des KAGB im Hinblick auf inländische Immobilienfonds und ihr Management lassen sich wie folgt zusammenfassen:

### *Erlaubnis- bzw. Registrierungspflicht der Kapitalverwaltungsgesellschaft*

Die Verwaltung von offenen oder geschlossenen Immobilienfonds erfolgt nach dem KAGB durch sog. Kapitalverwaltungsgesellschaften („KVG“) die an die Stelle der bisherigen Kapitalanlagegesellschaft treten. Die KVG benötigen für ihren Geschäftsbetrieb ab dem 22.07.2013 grundsätzlich eine Erlaubnis durch die BaFin. Für die Erteilung dieser Erlaubnis haben die KVG bestimmte Anforderungen (insbesondere in den Bereichen Mindestkapital, Anlagebedingungen, Risikomanagement und Liquiditätsmanagement) zu erfüllen und obliegen gegenüber der BaFin dazu fortlaufend Berichtspflichten.

Das KAGB sieht jedoch für KVG von Fonds, die u.a. bestimmte Volumen nicht überschreiten (100 Mio. Euro bei fremdfinanzierten Fonds bzw. 500 Mio. Euro bei nicht fremdfinanzierten Fonds), Ausnahmen vor. Diese KVG unterliegen statt einer Erlaubnis- nur einer Registrierungspflicht mit eingeschränkten Berichtspflichten. Auch die übrigen Vorschriften des KAGB finden auf diese KVG nur teilweise Anwendung.

### *Zulässige Rechtsformen*

Als Rechtsform für die KVG der offenen Immobilienfonds stehen – wie bisher auch für die Kapitalanlagegesellschaften – die AG und die GmbH zur Verfügung. Zusätzlich sieht das KAGB die Möglichkeit vor, die KVG in der Rechtsform der GmbH & Co. KG zu betreiben. Die Investments der offenen Fonds erfolgen weiterhin über ein Sondervermögen.

Das KAGB lässt für geschlossene Immobilienfonds die Rechtsform der Investment-Aktiengesellschaft und der Investment-Kommanditgesellschaft zu. Die in der bisherigen Praxis übliche Gestaltung von geschlossenen Immobilienfonds als GmbH & Co. KG ist daher auch nach dem KAGB zulässig.

### *Regelung der erwerbbaaren Vermögensgegenstände*

Das KAGB enthält weiterhin konkrete Vorgaben, in welche Vermögensgegenstände offene Publikumsfonds investieren dürfen. Hierzu gehören insbesondere das Eigentum und Erbbaurechte an Mietwohn- und Geschäftsgrundstücken, unbebaute Grundstücke aber nur, sofern diese für eine alsbaldige eigene Bebauung bestimmt und geeignet sind. Der Erwerb von Immobiliengesellschaften ist ebenfalls möglich, aber ebenfalls streng reglementiert.

Die Anlagevorgaben für die geschlossenen Publikumsfonds sind weniger streng. Hier wird im Wesentlichen auf den Begriff der „Immobilien“ abgestellt, wobei neben Direktinvestments auch der Erwerb von Immobiliengesellschaften möglich sein soll. Immobilien umfassen nach der gesetzlichen Definition im KAGB pauschal Grundstücke, grundstücksgleiche Rechte und vergleichbare Rechte anderer Staaten.

Die Spezialfonds beider Fondsarten dürfen schließlich grundsätzlich in sämtliche Vermögensgegenstände investieren, soweit für diese ein Verkehrswert ermittelbar ist.





### *Fremdkapitalaufnahme*

Im Hinblick auf offene Publikumsfonds hält sich das KAGB an die bereits im InvG enthaltenen Grenzen, also insbesondere eine Obergrenze von 30 % des Vermögenswertes für die Aufnahme von Fremdkapital.

Das KAGB gestattet den geschlossenen Publikumsfonds auch beim Leverage einen größeren Spielraum zu: Die Begrenzung für die Aufnahme von Fremdkapital liegt bei maximal 60 % des Wertes des Fonds.

Im Hinblick auf die übrigen Fondsstrukturen enthält das KAGB keine feste Grenze für die Kreditaufnahme. Dem Management obliegt jedoch gegenüber der BaFin im Hinblick auf die Höhe der eingesetzten Leverage und der Einhaltung dieser Begrenzung eine Anzeigepflicht.

### *Anlagebedingungen*

Das KAGB sieht weiterhin vor, dass die Anlagebedingungen von Publikumsfonds sowie deren Änderungen, wie bislang nach dem InvG, einer Genehmigung durch die BaFin bedürfen. Auch offene und geschlossene Spezialfonds müssen nach dem KAGB nunmehr ihre Anlagebedingungen bei der BaFin vorlegen. Jedoch besteht insoweit kein Genehmigungserfordernis.

### *Vertrieb*

Das KAGB enthält schließlich Regelungen über den Vertrieb von Anteilen an Fonds. Diese Vorschriften betreffen zunächst die Verpflichtung der KVG, der BaFin einen beabsichtigten Vertrieb anzuzeigen. Darüber hinaus regelt das KAGB die Veröffentlichungspflichten der KVG im Zusammenhang mit dem Vertrieb gegenüber den jeweiligen Anlegern. Der Umfang dieser Informationen richtet sich maßgeblich danach, ob es sich um einen Publikums- oder Spezialfonds handelt.

Sämtliche den Anlegern zur Verfügung gestellte, wesentliche Anlegerinformationen unterliegen der Prospekthaftung. Das KAGB sieht erstmals vor, dass neben der KVG auch derjenige, der die Anteile an einem Fonds im eigenen Namen gewerbsmäßig verkauft, einer eigenen Prospekthaftung unterliegt. Die Regelungen im KAGB treten dabei neben die Regelungen des Wertpapierprospektgesetzes. Die Vorschriften des ab 01.01.2013 in Kraft getretenen Vermögensanlagegesetzes werden dagegen durch die Regelungen im KAGB vollständig verdrängt.

### *Anwendbarkeit der Regelungen des KAGB auf bestehende Fondsstrukturen*

Die Vorschriften des KAGB finden grundsätzlich nur auf Immobilienfonds Anwendung, die nach dem 22.07.2013 aufgelegt werden. Das KAGB enthält jedoch umfassende Übergangsvorschriften, wonach die Vorschriften des KAGB (teilweise) auch auf bereits zu diesem Zeitpunkt bestehende Fondsstrukturen anzuwenden sind. So sind grundsätzlich alle KVG, die bereits vor dem 22.07.2013 einen

Fonds verwaltet haben, bis zum 21.07.2014 verpflichtet, einen Antrag auf Erlaubnis bzw. Registrierung bei der BaFin zu stellen. KVG können auch ohne Zulassung unter bestimmten Umständen bis zum 21.01.2015 neue Fonds verwalten und vertreiben.

Das KAGB sieht allerdings besondere Übergangsregelungen für einzelne Fondsstrukturen vor.

Im Hinblick auf bestehende offene Fonds und deren Management, die bislang eine Erlaubnis nach dem InvG innehaben, gilt der Grundsatz, dass die einschlägigen Vorschriften des InvG bis zum Inkrafttreten der angepassten Anlagebedingungen bzw. den Eingang des Zulassungsantrags bei der BaFin weiter Anwendung finden, jedoch maximal bis zum 21.07.2014. Ab diesem Zeitpunkt finden ausschließlich die Vorschriften des KAGB Anwendung.

Im Hinblick auf geschlossene Fonds sieht das KAGB vor, dass KVG, die nach dem 22.07.2013 keine zusätzlichen Anlagen mehr tätigen, grundsätzlich keiner Zulassungspflicht nach dem KAGB unterliegen. Für diese Fonds bleibt es daher bei der alten Rechtslage. Gleiches gilt im Wesentlichen auch für geschlossene Fonds, deren Zeichnungsfrist vor dem 21.07.2011 abgelaufen ist und die für einen Zeitraum aufgelegt wurden, der spätestens am 22.07.2016 endet.

## Fazit

Die Einführung des KAGB in der derzeit vorgesehenen Form führt zu einer Vielzahl von gesetzlichen Neuerungen für Immobilienfonds sowie deren Management. Diese Neuregelungen betreffen insbesondere geschlossene Fonds, die erstmals spezialgesetzlich umfassend geregelt werden.

Um auch unter dem KAGB eine reibungslose Fortführung des bisherigen Geschäftsbetriebs zu gewährleisten, sollte daher zeitnah geprüft werden, ob die Voraussetzungen für die Erteilung einer Erlaubnis bzw. Registrierung vorliegen oder Anpassungsbedarf besteht. Auch sollte im Einzelfall überprüft werden, ob durch die zeitnahe Auflegung neuer Immobilienfonds vor Einführung des Kapitalanlagegesetzbuchs Vorteile der Bestandsschutzregelungen ausgenutzt werden können.

Es ist zu erwarten, dass es im Laufe des weiteren Gesetzgebungsverfahrens noch an verschiedenen Stellen zu Änderungen des aktuellen Entwurfs des KAGB kommen wird. Nach derzeitigem Stand ist aber davon auszugehen, dass das KAGB bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist am 22.07.2013 in Kraft treten wird.

Wenn Sie weitere Fragen zum Thema „Immobilienfonds“ oder sonstigen Bereichen des Immobilienwirtschaftsrechts haben, wenden Sie sich gerne an:



Dr. Stefan Stock  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-286  
stefan.stock@loschelder.de



Dr. Nikolai Wolff  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-183  
nikolai.wolff@loschelder.de



Dr. Philipp Jansen  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-180  
philipp.jansen@loschelder.de

## FACEBOOK ALS FORUM FÜR BELEIDIGUNGEN DES ARBEITGEBERS?

Facebook ist kündigungrechtlich im Arbeitsrecht angekommen. Immer häufiger haben sich die Gerichte mit Kündigungen zu befassen, die auf beleidigenden Äußerungen von Arbeitnehmern über Kollegen, Vorgesetzte oder den Arbeitgeber bei Facebook beruhen. Einige aktuelle Entscheidungen möchten wir Ihnen vorstellen.

### ENTSCHEIDUNGEN DER ARBEITSGERICHE

In einem Fall des Arbeitsgerichts Hamm (Urteil vom 16.05.2012, Az.: 3 Ca 2597/11) hatte ein Arbeitnehmer seinen Vorgesetzten auf der Pinnwand seines Facebook-Profiles als „Wichser“, „faules Schwein“ und „Drecksau“ bezeichnet. Das Arbeitsgericht entschied, dass in diesem Fall zwar keine fristlose, wohl aber eine ordentliche, verhaltensbedingte Kündigung zulässig sei. Die verwendeten Ausdrücke seien besonders derbe. Zudem sei die Kundgabe der beleidigenden Äußerungen fast schon betriebsöffentlich, vergleichbar einem Aushang am Schwarzen Brett erfolgt, da die Mehrheit der Freunde des Klägers bei Facebook auch bei dem beklagten Arbeitgeber beschäftigt war. Eine außerordentliche Kündigung lehnte das Gericht lediglich aufgrund des Alters des Klägers und seiner langjährigen Betriebszugehörigkeit ab.

Beim Arbeitsgericht Bochum (Urteil vom 09.02.2012, Az.: 3 Ca 1203/11) wandte sich ein Arbeitgeber gegen Äußerungen zweier ehemaliger Arbeitnehmerinnen. Diese hatten das Unternehmen auf ihren Facebook-Profilen unter anderem als „armseligen Saftladen“ und ihren Vorgesetzten als „arme Pfanne von Chef“ bezeichnet. Die Klage wurde mit der Begründung abgewiesen, die Äußerungen seien noch von der Meinungsäußerungsfreiheit gedeckt, weil der Dialog nicht öffentlich, sondern nur für einen überschaubaren Personenkreis zugänglich gewesen sei.

Die gleiche Kammer des Arbeitsgerichts Bochum gab im Urteil vom 29.03.2012 (Az.: 3 Ca 1283/11) einer Kündigungsschutzklage eines Auszubildenden in erster Instanz statt. Der Auszubildende hatte in seinem öffentlich einsehbaren Facebook-Profil unter dem Stichwort „Arbeitgeber“ die Begriffe „Menschenschinder & Ausbeuter; Leibeigener, dämliche Scheiße für Mindestlohn –20%“ eingetragen. Das Arbeitsgericht begründete die Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung damit, dass das gesamte Facebook-Profil des Klägers auf eine unreife Persönlichkeit und auf mangelnde Ernsthaftigkeit schließen lasse. Die zweite Instanz sah das anders: Auf die Berufung des Arbeitgebers erachtete das LAG Hamm (Urteil vom 10.10.2012, Az.: 3 Sa 644/12) die außerordentliche Kündigung als wirksam. Die Äußerung sei einer Vielzahl von Personen zugänglich gewesen. Der 26-jährige Auszubildende habe mit den Auswirkungen dieser Äußerungen auf den Bestand seines Ausbildungsverhältnisses rechnen müssen.

Das Arbeitsgericht Duisburg (Urteil vom 26.09.2012, Az.: 5 Ca 949/12) hatte sich mit einer Kündigung eines Arbeitnehmers zu

beschäftigen, der seine Arbeitskollegen, die auch größtenteils auf Facebook mit ihm befreundet waren und sein Profil einsehen konnten, als „Speckrollen“ und „Klugscheißer“ betitelt hatte. Grundsätzlich seien grobe Beleidigungen des Arbeitgebers oder der Kollegen geeignet, eine Kündigung auch ohne vorherige Abmahnung zu rechtfertigen. Ein beleidigender Eintrag bei Facebook könne nicht mit einer einfachen mündlichen Äußerung unter Kollegen gleichgestellt werden. Denn der Facebook-Eintrag werde nachhaltig im Internet aufgezeichnet und könne bis zu einer etwaigen Löschung immer wieder nachgelesen werden. Dabei sei unerheblich, ob der Eintrag nur für Freunde oder für alle Nutzer sichtbar war. Trotz dieser Pflichtverletzung des Arbeitnehmers hielt das Arbeitsgericht die Kündigung jedoch für unwirksam, weil der Kläger aufgrund von vorangegangenen Denunzierungen durch Kollegen im Affekt gehandelt habe. Zudem habe er die Kollegen nicht namentlich benannt.

Das Arbeitsgericht Dessau-Großlau (Urteil vom 21.03.2012, Az.: 1 Ca 148/11) hat eine Kündigung als unwirksam eingestuft, die auf einem Facebook-Eintrag des Ehemannes der Arbeitnehmerin beruhte. Der Ehemann der Klägerin hatte Vorstandsmitglieder des Arbeitgebers der Klägerin als „Sparkassenschweine“ betitelt und ergänzt, dass „irgendwann alle Schweine vor dem Metzger“ stünden. Diesem Kommentar schloss sich die Arbeitnehmerin dadurch an, dass sie den „Gefällt mir“-Button anklickte. Zur Begründung führte das Gericht aus, dass zweifelhaft sei, ob diese Handlung angesichts der 25-jährigen Betriebszugehörigkeit überhaupt eine fristlose Kündigung rechtfertigen könne. Hinzu komme, dass die Betätigung des Buttons in der Regel eine spontane Reaktion ohne nähere inhaltliche Reflexion sei und daher in ihrem Bedeutungsgehalt nicht zu hoch eingeschätzt werden dürfe. Aufgrund dieser Erwägungen sei allenfalls eine Abmahnung gerechtfertigt.

### FOLGEN FÜR DIE PRAXIS

Die genannten Urteile sind nur einige einer zunehmenden Flut von Entscheidungen, in denen es um die Wirksamkeit von Kündigungen oder Abmahnungen aufgrund beleidigender Äußerungen auf Facebook oder anderen sozialen Netzwerken gegenüber Vorgesetzten und Kollegen geht. Die Problematik, ob solche beleidigende Äußerungen einen Grund für Abmahnungen oder fristlose Kündigungen darstellen, ist höchststrichterlich nicht entschieden.

Denkbar wäre es, die Rechtsprechung des BAG zu Äußerungen, die unter Kollegen im vertraulichen Rahmen getätigt werden, zu



übertragen. In jedem Fall sollte danach differenziert werden, ob das Profil, auf dem die Äußerungen getätigt wurden, von einer Vielzahl von Personen eingesehen werden kann und somit der „private Rahmen“ der Äußerungen überschritten ist (ArbG Bochum 29.3.2012 - 3 Ca 1203/11). Andererseits bleiben auch solche nur von „Freunden“ einsehbare Äußerungen im Netz nachhaltig erhalten und sind jederzeit wieder abrufbar (ArbG Duisburg 26.9.2012 – 5 Ca 949/12). Es wird deshalb wohl – wie sonst auch bei verhaltensbedingten Kündigungen im Zusammenhang mit Beleidigungen – eine Einzelfallentscheidung bleiben, die sich daran orientiert, inwiefern die jeweilige Äußerung geeignet ist, dem Betriebsfrieden zu schaden und wie sich der Arbeitnehmer sonst im Verhältnis zu seinen Kollegen verhalten hat. In jedem Fall warnen wir vor Kündigungen ohne gründliche vorherige rechtliche Bewertung.

Für Fragen wegen Kündigung aufgrund einer Beleidigung des Arbeitgebers oder zu sonstigen Bereichen des Arbeitsrechts stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Detlef Grimm  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-129  
detlef.grimm@loschelder.de

Dr. Friederike Linden  
Telefon: : +49 (0) 221 650 65-129  
friederike.linden@loschelder.de



# ZULÄSSIGKEIT EINES GRENZÜBERSCHREITENDEN FORMWECHSELS – „VALE“ - ENTSCHEIDUNG DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat einen grenzüberschreitenden Formwechsel vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit für zulässig erachtet (Urteil vom 12.07.2012 – C-278/10 (Vale Epitesi kft)). Damit ist es nunmehr möglich, dass Gesellschaften über die Staatsgrenzen hinweg in eine Rechtsform eines anderen EU-Mitgliedsstaats wechseln, wenn sie ihre wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit zukünftig in dem anderen EU-Mitgliedsstaat ausüben.

## SACHVERHALT

Eine italienische GmbH (VALE Costruzioni Srl) beantragte unter Hinweis auf ihre Absicht, ihren Sitz und ihre Tätigkeit nach Ungarn zu verlegen, ihre Löschung im Handelsregister. Die zuständige Registerbehörde in Rom entsprach dem Antrag und vollzog die Löschung unter der Überschrift „Löschung und Sitzverlegung“. In der Folge schlossen die Beteiligten einen Gesellschaftsvertrag für eine ungarische GmbH (VALE Építési kft), zahlten das nach ungarischem Recht erforderliche Gesellschaftskapital ein und beantragten beim Handelsregistergericht in Budapest die Eintragung der Gesellschaft unter Angabe der italienischen GmbH als Rechtsvorgängerin. Nach Zurückweisung der Eintragung durch zwei Instanzen richtete der Oberste Gerichtshof ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH.

## UNZULÄSSIGE BESCHRÄNKUNG DER NIEDERLASSUNGSFREIHEIT

Der EuGH hält eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 und 54 AEUV für gegeben, wenn wie hier eine nationale Regelung eine unterschiedliche Behandlung von Gesellschaften in Abhängigkeit davon vornimmt, ob es sich um eine innerstaatliche oder grenzüberschreitende Umwandlung handelt. Zwar kann die Niederlassungsfreiheit grundsätzlich aufgrund zwingender Gründe des Allgemeininteresses beschränkt werden. Solche Gründe liegen nach Ansicht des EuGH hier aber nicht vor, da das ungarische Recht grenzüberschreitende Umwandlungen pauschal ausschließt und damit über das erforderliche Maß hinausgeht. Generell nicht als Rechtfertigung für eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit kommt das Fehlen europarechtlicher Vorschriften für grenzüberschreitende Umwandlungen in Betracht. Anzuwenden sind vielmehr die beiden betroffenen nationalen Rechtsordnungen unter Beachtung der Niederlassungsfreiheit.

Zu beachten ist, dass ein grenzüberschreitender Formwechsel nach der Auffassung des EuGH voraussetzt, dass sich die betreffende

Gesellschaft tatsächlich in dem anderen EU-Mitgliedsstaat ansiedelt und dort ihre wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Für den vorliegenden Sachverhalt bedeutet dies, dass der isolierte Formwechsel, also ein Wechsel in eine Rechtsform eines anderen EU-Mitgliedsstaats ohne begleitende reale Aktivitäten in dem anderen Staat, europarechtlich nicht geboten ist.



## FAZIT UND HANDLUNGSEMPFEHLUNG

Die „VALE“-Entscheidung des EuGH stellt einen weiteren Schritt in der Entwicklung zu einer größeren grenzüberschreitenden Mobilität von Gesellschaften innerhalb der EU dar. Durch einen grenzüberschreitenden Formwechsel wird es Gesellschaften ermöglicht, unter Beibehaltung der wirtschaftlichen und rechtlichen Identität den Unternehmensstandort in einen wirtschaftlich interessanteren EU-Mitgliedsstaat zu verlagern und zudem etwaige Vorteile des dortigen Rechtssystems zu nutzen. Besonderer Vorteil eines solchen Formwechsels ist in der Praxis, dass bestehende Verträge fortgelten und keine aufwendigen Vertragsübernahmen unter Einbeziehung der jeweiligen Vertragspartner erforderlich sind. Wichtig ist aber, dass nach den Vorgaben des EuGH ein solcher Formwechsel nur dann möglich ist, wenn die „wirkliche“ wirtschaftliche Tätigkeit tatsächlich in einen anderen Mitgliedstaat verlagert wird. Welche Anforderungen an dieses Kriterium zu stellen sind, bleibt abzuwarten.

Zu unterscheiden ist der grenzüberschreitende Formwechsel von den bislang bereits bestehenden Möglichkeiten einer grenzüberschreitenden Verschmelzung innerhalb der EU und die Verlegung des effektiven Verwaltungssitzes einer Gesellschaft aus einem EU-Mitgliedsstaat nach Deutschland. Bei einer grenzüberschreitenden

Verschmelzung wird eine Gesellschaft über die Staatsgrenzen hinaus auf eine andere bereits bestehende Gesellschaft verschmolzen und erlischt damit. Auf die aufnehmende Gesellschaft bleibt weiterhin das für diese Gesellschaft geltende Recht anwendbar. Darüber hinaus besteht nach der Rechtsprechung des EuGH für Gesellschaften aus einem EU-Mitgliedsstaat weiterhin die Möglichkeit, den effektiven Verwaltungssitz unter Beibehaltung der ausländischen Rechtsform nach Deutschland zu verlegen. Anders als bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel kommt es auch bei dieser Alternative somit nicht zu einem Wechsel des anwendbaren Rechts auf die Gesellschaft.

Schließlich ist für die Praxis von entscheidender Bedeutung, dass der EuGH es ausdrücklich offen gelassen hat, wie der grenzüberschreitende Formwechsel konkret ablaufen soll und die Ausgestaltung des Verfahrens vielmehr den nationalen Gesetzgebern vorbehalten hat. Bis zu einer gesetzlichen Neuregelung in Deutschland kann ein grenzüberschreitender Formwechsel nur über eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Rechtsformwechsel im Umwandlungsgesetz erreicht werden. Aus diesem Grund bestehen derzeit jedoch noch große Rechtsunsicherheiten, da die bestehenden Vorschriften auf Rechtsformwechsel von inländischen Gesellschaften zugeschnitten sind. Es ist daher zu empfehlen, die weitere gesetzliche Entwicklung abzuwarten.

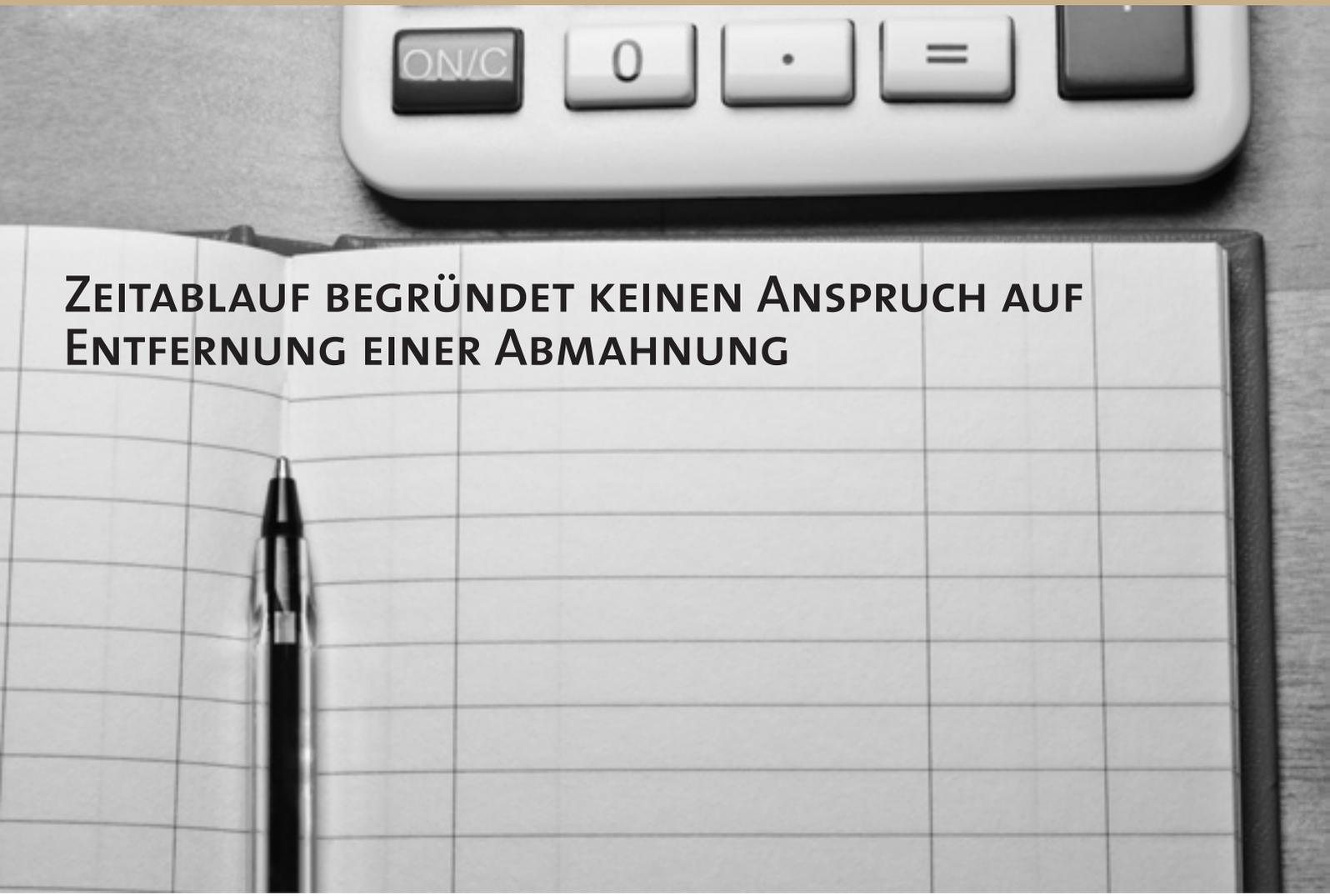
Wenn Sie weitere Fragen zum Thema „grenzüberschreitender Formwechsel“ oder sonstigen Bereichen des Gesellschaftsrechts haben, wenden Sie sich gerne an:

Dr. Nikolai Wolff  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-183  
nikolai.wolff@loschelder.de



Dr. Philipp Jansen  
Telefon: : +49 (0) 221 650 65-180  
philipp.jansen@loschelder.de





## ZEITABLAUF BEGRÜNDET KEINEN ANSPRUCH AUF ENTFERNUNG EINER ABMAHNUNG

Mit einer Abmahnung werden in der Regel mehrere Zwecke verfolgt. Zum einen hat sie die Funktion, dem Arbeitnehmer zu verdeutlichen, dass sein in der Abmahnung beanstandetes Verhalten nicht geduldet wird (Rügefunktion). Des Weiteren warnt sie den Arbeitnehmer vor möglichen Konsequenzen für den Wiederholungsfall (Warnfunktion), und schließlich dokumentiert der Arbeitgeber das Fehlverhalten des Arbeitnehmers (Dokumentationsfunktion). Abmahnungen werden regelmäßig für längere Zeit in den Personalakten des Beschäftigten aufbewahrt. Das BAG entschied nun im Urteil vom 19.07.2012 (Az. 2 AZR 782/11), dass zu Recht ergangene Abmahnungen aus einer Personalakte erst dann entfernt werden müssen, wenn das gerügte Verhalten für das Arbeitsverhältnis in jeder Hinsicht bedeutungslos geworden ist und die Abmahnung damit ihre genannten Funktionen verliert.

### SACHVERHALT

Die Klägerin ist bei der Beklagten seit 2000 beschäftigt. Seit 2006 war sie als Haushaltssachbearbeiterin an der von der Beklagten geführten Volkshochschule tätig. Im Jahr 2007 kam der Klägerin das dabei zu führende Kassenbuch abhandeln. Statt dies ordnungsgemäß zu melden, legte sie selbst einen provisorischen Ersatz an. Dies fiel der Beklagten später auf. Daraufhin versuchte die Klägerin den Eindruck zu erwecken, die Verantwortung für den Verlust des Kassenbuchs treffe ihre Vertreterin. Erst ein Jahr später (2008) erteilte die Beklagte der Klägerin für dieses Verhalten eine Abmahnung. Die Klägerin verlangte im Jahr 2011 die Rücknahme der Abmahnung und deren Entfernung aus der Personalakte. Die Vorinstanzen hatten der Klage stattgegeben.

### BEWERTUNG DURCH DAS BAG

Auf die Revision der Beklagten hob das BAG das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurück.

Ein Anspruch auf Rücknahme und Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte bestand im vorliegenden Fall nach Auffassung des

BAG nicht. Zur Begründung führt es aus, dass Personalakten eine Sammlung von Urkunden und Vorgängen darstellten, die die persönlichen und dienstlichen Verhältnisse eines Mitarbeiters betreffen und in einem inneren Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis stünden. Sie sollten ein möglichst vollständiges und wahrheitsgemäßes Bild über diese Verhältnisse geben. Demzufolge könne ein Arbeitnehmer gemäß §§ 242, 1004 Abs. 1 BGB nur in Ausnahmefällen die Entfernung auch solcher Aktenvorgänge verlangen, die auf einer richtigen Sachverhaltsdarstellung beruhten.

Ein solcher Ausnahmefall sei nur gegeben, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt seien:

Zum einen müsse eine Interessenabwägung im Einzelfall ergeben, dass die weitere Aufbewahrung zu unzumutbaren beruflichen Nachteilen für den Arbeitnehmer führen könne. Zum anderen müsse der beurkundete Vorgang für das Arbeitsverhältnis rechtlich bedeutungslos geworden sein. Erst nach Erlöschen aller Funktionen einer Abmahnung bestehe ein Anspruch auf Entfernung einer zu Recht erteilten Abmahnung. Dieser Anspruch setze deshalb nicht nur voraus, dass die Abmahnung ihre Warnfunktion verloren habe. Vielmehr dürfe der Arbeitgeber darüber hinaus kein berechtigtes Interesse mehr an der Dokumentation der gerügten Pflichtverletzung haben. Dieses Interesse könne der Arbeitgeber jedoch mit einer in Zukunft eventuell anstehenden Entscheidung über eine Versetzung, die Erteilung von Zeugnissen oder Beurteilungen oder eine verhaltensbedingte Kündigung begründen. Dies hänge jedoch von den Umständen des Einzelfalles und insbesondere von der Schwere der Pflichtverletzung ab. So könne ein hinreichend lange zurückliegender, nicht schwerwiegender und durch bestandungsfreies Verhalten faktisch überholter Pflichtverstoß seine Bedeutung auch für eine später erforderlich werdende Interessen-

abwägung gänzlich verlieren. Eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung im Vertrauensbereich werde demgegenüber eine erhebliche Zeit von Bedeutung sein.

Eine fest bemessene Frist für die Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte gibt es – was das BAG deutlich herausstellt – nicht. Aus diesen Gründen bestand im vorliegenden Fall kein Anspruch der Klägerin auf Entfernung der Abmahnung aufgrund des reinen Zeitablaufs.

#### FOLGEN FÜR DIE PRAXIS

In der Praxis herrscht der weit verbreitete Irrtum, eine Abmahnung müsse spätestens nach drei Jahren aus der Personalakte entfernt werden. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG gibt es jedoch keine fest bemessene Frist zur Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte. Das BAG verdeutlicht in dieser Entscheidung, dass der Arbeitnehmer die Entfernung einer zu Recht erteilten Abmahnung erst dann verlangen kann, wenn das durch die Abmahnung gerügte Verhalten für das Arbeitsverhältnis in jeder Hinsicht rechtlich bedeutungslos geworden ist.

Je nach den Umständen des Einzelfalles dürfen Abmahnungen daher auch über sehr lange Zeiträume in der Personalakte belassen werden. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der sog. Emmely-Entscheidung des BAG (Urteil vom 10.6.2010, Az. 2 AZR 541/09). Danach muss ein langjährig unbelastetes Arbeitsverhältnis im Rahmen einer kündigungsrechtlichen Interessenabwägung erheblich zugunsten des Arbeitnehmers berücksichtigt werden. Umgekehrt ist es rechtlich geboten, Belastungen des Arbeitsverhältnisses mit Blick auf eine etwaige spätere Kündigung auch gerichtsfest zu dokumentieren.

Bei weiteren Fragen zur Entfernung von Abmahnungen aus der Personalakte oder sonstigen Bereichen des Arbeitsrechts stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Sebastian Pelzer  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-129  
sebastian.pelzer@loschelder.de



Dr. Friederike Linden  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-129  
friederike.linden@loschelder.de



## ERSTER KOMMENTAR ZUR ANREIZREGULIERUNGS- VERORDNUNG

Im Dezember 2012 ist ein von unserem Partner Dr. Raimund Schütz mit herausgegebener Kommentar zur Anreizregulierungsverordnung in der Erstaufgabe erschienen; an dem Buch haben aus unserer Sozietät auch Herr Dr. Cedric Meyer und Frau Dr. Kristina Schreiber mitgewirkt.

Seit 2009 müssen die über 1000 Netzbetreiber in Deutschland die Entgelte für die Nutzung ihrer Strom- und Gasnetze nach der Methode der Anreizregulierung bilden. Grundlage hierfür ist die Verordnung über die Anreizregulierung der Energieversorgungsnetze.

Das vorliegende Werk bietet erstmals eine umfassende Kommentierung dieser Anreizregulierungsverordnung. Mitherausgeber ist, neben Herrn Dr. Raimund Schütz, Herr Prof. Dr. Bernd Holznagel (Münster).

Der Kommentar bietet den Rechtsanwendern eine schnelle Orientierung. Er erläutert die Anreizregulierungsverordnung prägnant und praxisnah unter Berücksichtigung der gesetzlichen und unionsrechtlichen Vorgaben. Auch die ökonomischen Aspekte der Anreizregulierung sind systematisch, ausführlich und verständlich dargestellt.



## EBENFALLS ERSCIENEN

### DR. JÜRGEN LAUER

Haftung des Architekten und Bauunternehmers  
*C.H.Beck, 6. Auflage, München, 2012 (mit RiOLG Christoph Wurm)*

### DR. DETLEF GRIMM

Rechte des Betriebsrats bei unternehmensinternen Ermittlungen  
*ArbRB 8/2012, S. 241 ff. (mit Stefan Freh)*

### DR. SEBASTIAN HÜHNER

Google AdWords-Markenbeschwerde:  
Unlautere Behinderung des Mitbewerbers?  
*GRUR-Prax 2012, S. 369 f.*

### DR. JOCHEN MÖLLER

Die Vorteilsanrechnung bei nützlichen Pflichtverletzungen  
im Kapitalgesellschafts- und Kartellrecht  
*Peter Lang Verlag, Frankfurt/Main, 2012*

### DR. TANJA DÖRRE

Besteuerung der Umsätze aus Softwareprojekten  
*Der Betrieb 2012, S. 1409 ff.*

### DR. NIKOLAI WOLFF / DR. SANDRA ORLIKOWSKI-WOLF

Die Haftung des Steuerberaters nach dem EuGH-Urteil vom  
17.02.2005 in den Rechtssachen „Linneweber“ und „Aktritis“  
*DStR 2012, S. 2457 ff.*

## VORTRÄGE UNSERER ANWÄLTE

**DR. DETLEF GRIMM**

Neuer Beschäftigtendatenschutz und Einstellungsverfahren  
15.02.2013 in Hamburg / *BeckAkademie*

**DR. SEBASTIAN PELZER / DR. MARTIN BROCK**

Update Arbeitsrecht  
19.-20.02.2013 in Düsseldorf / *Management Circle*

**DR. THOMAS SCHULTE-BECKHAUSEN**

Fachanwaltslehrgang Gewerblicher Rechtsschutz  
28.02.-01.03.2013 in Berlin / *DeutscheAnwaltAkademie*

**DR. CEDRIC C. MEYER**

Aktuelles Wasserrecht  
18.03.2013 in Hamburg / *TÜV-Rheinland Akademie*

**DR. CEDRIC C. MEYER**

Umweltrecht für Umweltbeauftragte  
20.-21.03.2013 in Mainz / *Akademie Fresenius*

**DR. JÜRGEN LAUER**

Beschleunigung in Baurechtsverfahren  
22.03.2013 in Dresden / *ARGE Baurecht*

**DR. STEFAN MASSEN, LL.M.**

Werbung und Recht für Juwelierbetriebe  
10.-11.04.2013 in Sonthofen / *IFH Juwelier-Kolloquium*

**DR. VOLKER SCHOENE**

Einführung in das deutsche und europäische Markenrecht  
(mit Wolfgang Berlit)  
12.04.2013 in München / *BeckAkademie*

**DR. CEDRIC C. MEYER**

Betriebsbeauftragte für Gewässerschutz  
22.-25.04.2013 in Essen / *Haus der Technik*

**DR. DETLEF GRIMM**

Kölner Tage Arbeitsrecht 2013 - Zielvereinbarungen und  
Wirtschaftsabschwung  
25.04.2013 in Köln / *Verlag Otto Schmidt*

**DR. DETLEF GRIMM / DR. MARTIN BROCK**

Update Arbeitsrecht  
26.04.2013 in Frankfurt / *BeckAkademie*

**DR. DETLEF GRIMM / DR. MARTIN BROCK**

Update Arbeitsrecht  
14.06.2013 in Hamburg / *BeckAkademie*

**DR. CEDRIC C. MEYER**

Aktuelles Wasserrecht  
20.06.2013 in Nürnberg / *TÜV-Rheinland Akademie*

**DR. CEDRIC C. MEYER**

Kombinierte Fortbildung für Immissionsschutz-, Störfall-, Abfall-  
und Gewässerschutzbeauftragte  
25.-26.06.2013 in Lindau/Bodensee / *Haus der Technik*

**DR. DETLEF GRIMM**

Neuer Beschäftigtendatenschutz und Einstellungsverfahren  
05.07.2013 in München / *BeckAkademie*

**DR. STEFAN MAASSEN, LL.M.**

Kompaktkurs Wettbewerbsrecht  
12.-14.09.2013 in Düsseldorf / *DeutscheAnwaltAkademie*

**DR. MARTIN BROCK / DR. STEFAN MAASSEN, LL.M.**

IP und Personal  
17.09.2013 in Frankfurt/Main / *RAK Frankfurt/Main*

**DR. STEFAN STOCK, MScRE**

Real Estate  
Oktober 2013 in Hamburg / *ADI Hamburg*

**DR. VOLKER SCHOENE**

Einführung in das deutsche und europäische Markenrecht  
(mit Wolfgang Berlit)  
11.10.2013 in Köln / *BeckAkademie*

**DR. CEDRIC C. MEYER**

Betriebsbeauftragte für Gewässerschutz  
14.-17.10.2013 in Essen / *Haus der Technik*

**DR. DETLEF GRIMM**

Neuer Beschäftigtendatenschutz und Einstellungsverfahren  
15.11.2013 in Köln / *BeckAkademie*

**DR. MARTIN BROCK / DR. STEFAN MAASSEN, LL.M.**

Know-how-Schutz  
20.11.2013 in Frankfurt/Main / *RAK Frankfurt/Main*

**DR. DETLEF GRIMM / DR. MARTIN BROCK**

Update Arbeitsrecht  
06.12.2013 in Düsseldorf / *BeckAkademie*

# DIE PUBLIKATION „RECHT AKTUELL“

ist eine unregelmäßig erscheinende Veröffentlichung von Loschelder Rechtsanwälte 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 Internet-Homepage unter [www.loschelder.de](http://www.loschelder.de) abgerufen werden. Dort finden Sie auch weitere Veröffentlichungen unserer Sozietät.

## LOSCHELDERRECHTSANWÄLTE

Konrad-Adenauer-Ufer 11  
50668 Köln

Telefon +49 (0) 221 65065-0  
Telefax +49 (0) 221 65065-110

[www.loschelder.de](http://www.loschelder.de)