

MELCHERS

LAW

14 | AUSGABE
JULI/AUGUST 2009

**DAS INFORMATIONSMEDIUM
VON MELCHERS FÜR MANDANTEN UND PARTNER**

**MIT BEITRÄGEN UNSERER BÜROS IN
HEIDELBERG, FRANKFURT AM MAIN UND BERLIN**

MELCHERS LAW: EDITORIAL

Sehr geehrte Leserin,
sehr geehrter Leser,



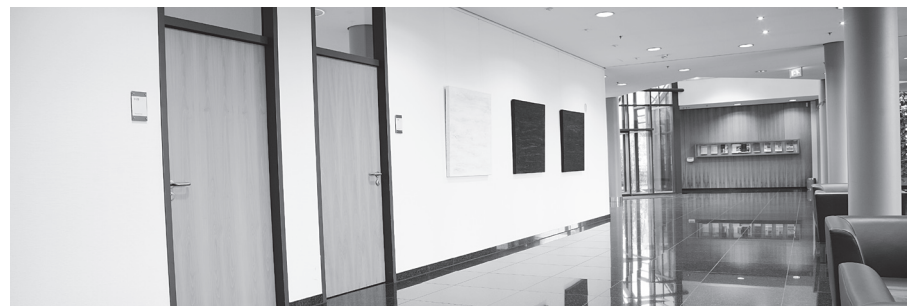
während eine neue Entscheidung des BGH zum GmbH-Recht Anlass zur Entwarnung bei Dienstleistungsabreden im Rahmen der Kapitalaufbringung gibt, wie Herr Dr. Masuch in der vorliegenden Ausgabe unserer MELCHERS LAW berichtet, ist eine Entwarnung vor den Folgen des zum 1.1.2009 in Kraft getretenen

Bauforderungssicherungsgesetzes, über das wir in Ausgabe 12 berichtet hatten, leider noch nicht möglich. Das Bundeskabinett hat zwar eine Entschärfung hinsichtlich der Verpflichtung zur Einrichtung baustellenbezogener Sonderkonten sowie eine Erhöhung der Berücksichtigung des Eigenleistungsanteils des Baugeldempfängers auf 100 % beschlossen. Hierbei handelt es sich aber erst um eine Vorlage, welche im Übrigen Baumaßnahmen von Verbraucher-Bauherren nicht umfasst. Es bleibt also bis auf Weiteres bei der persönlichen Haftung und strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verantwortungsträger des Unternehmens.

Über die weitere Entwicklung werden wir Sie in gewohnter Weise über unsere MELCHERS LAW informieren.

Herzlichst,

Ihre Ursula Bleimling
u.bleimling@melchers-law.com



MELCHERS LAW: IN DIESER AUSGABE

ARBEITSRECHT

Urlaubsanspruch und -abgeltung bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit **02**

Vorerst keine gesetzliche Regelung von Whistleblower-Verfahren **03**

ARCHITEKTENRECHT

Neuregelung der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) **03**

BAURECHT

Verzögertes Vergabeverfahren: Anspruch auf Mehrvergütung? **04**

GESELLSCHAFTSRECHT

Entwarnung für Dienstleistungsabreden im Rahmen der Kapitalaufbringung **05**

GmbH-Recht: Haftung von Mitgliedern eines freiwilligen Aufsichtsrats für fehlerhafte Überwachung **06**

WETTBEWERBSRECHT

Erhöhte Anforderungen bei Telefonwerbung und Fernabsatzverträgen **07**

>> PERSÖNLICH **05**

>> VERANSTALTUNGEN **08**



MELCHERS LAW: ARBEITSRECHT

Urlaubsanspruch und -abgeltung bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit

Nach bisher ständiger Rechtsprechung des BAG konnte der Arbeitnehmer keinen finanziellen Ausgleich für nicht genommenen Urlaub verlangen, wenn er bis zum Ende des Übertragungszeitraums arbeitsunfähig erkrankt war und deshalb keinen Urlaub antreten konnte. In seiner Entscheidung vom 20.1.2009 hat der EuGH diese Rechtspraxis für *europarechtswidrig* erklärt und entschieden, dass der Urlaubsanspruch auch dann nicht verloren geht, wenn der Arbeitnehmer ihn wegen Arbeitsunfähigkeit nicht antreten kann. Diese Entscheidung hat nicht nur weitreichende Folgen für das nationale Urlaubsrecht, sondern führt auch zu einer *nicht unbeachtlichen finanziellen Mehrbelastung des Arbeitgebers*.

Sachverhalt

In dem zugrunde liegenden Sachverhalt war der Arbeitnehmer von Anfang September 2004 durchgehend bis zu seinem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis Ende September 2005 krank geschrieben und während dieser Zeit nicht am Arbeitsplatz. Vor Gericht machte er die Abgeltung seines in den Jahren 2004 und 2005 nicht genommenen Urlaubs geltend.

Urteil des Arbeitsgerichts und ständige Rechtsprechung des BAG

Das Arbeitsgericht sah mit der bisher ständigen Rechtsprechung des BAG keinen Anspruch auf Abgeltung des Urlaubsanspruchs nach dem BUrlG. Nach § 7 Abs. 4 BUrlG ist der Urlaub finanziell abzugelten, wenn er wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden kann. Das BAG hat diese Regelung bisher stets dahingehend ausgelegt, dass der Urlaubsanspruch und damit auch der Urlaubsabgeltungsanspruch entfällt, wenn der Mitarbeiter bis zum Ende des Übertragungszeitraums (31. März des Folgejahres, vgl. § 7 Abs. 3 BUrlG) arbeitsunfähig war und deshalb seinen Urlaub nicht antreten konnte. *Erfüllbarkeit* des Urlaubsanspruchs und *Abgeltung* waren somit untrennbar *miteinander verbunden*.

Entscheidung des EuGH

Dieser Praxis hat der EuGH unter Hinweis auf die *angeblich überragende Bedeutung des Urlaubsanspruchs* nun eine Absage erteilt und klargestellt, dass auch in Fällen der krankheitsbedingten Verhinderung der Urlaubserfüllung der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Urlaubsabgeltung geltend machen kann. Der EuGH macht somit aus dem Sozialanspruch auf Urlaub einen gesetzlich verankerten Freistellungsanspruch unter Fortzahlung des gewöhnlichen Arbeitsentgelts.

Fazit: Die Konsequenzen dieser Entscheidung sind aktuell noch nicht konkret vorhersehbar. Das Urteil könnte auf den zweiten Blick weniger arbeitnehmerfreundlich sein als es auf den ersten Blick den Eindruck macht. So ist es denkbar, die fortlaufende Anhäufung von Urlaubsansprüchen von Langzeiterkrankten und die hierdurch drohende finanzielle Mehrbelastung des Arbeitgebers als Rechtfertigung für eine krankheitsbedingte Kündigung heranzuziehen. Hinzukommt, dass sich das Urteil nur auf den gesetzlichen Mindesturlaub bezieht, so dass ein darüber hinausgehender Urlaubsanspruch weiterhin erlöschen dürfte. <<

Dr. Matthias Paschke
m.paschke@melchers-law.com

MELCHERS LAW: ARBEITSRECHT

Vorerst keine gesetzliche Regelung von Whistleblower-Verfahren

Als *Whistleblower* werden Arbeitnehmer bezeichnet, die entweder gegenüber ihrem Arbeitgeber oder extern gegenüber Dritten, beispielsweise der Staatsanwaltschaft, *Missstände im Unternehmen* des Arbeitgebers *aufdecken*. Insbesondere bei Unternehmen, die in einem Konzernverbund mit US-amerikanischer Beteiligung stehen, ist die Einführung eines Whistleblowing-Systems als Teil des *Sarbanes-Oxley-Acts* zwischenzeitlich zum Standard geworden.

Kündigungsgrund Whistleblowing

Diese Entwicklung wird oft *kritisch* betrachtet. Dies dürfte unter anderem auf dem Wunsch beruhen, ein Arbeitsumfeld zu vermeiden, welches durch ein „Denunziantentum“ geprägt ist. Auch sollte Arbeitnehmern vor Aufdeckung von Missständen insbesondere gegenüber Dritten bewusst sein, dass sie hiermit den Bestand ihres *Arbeitsverhältnisses* ernsthaft *gefährden*. Noch im Jahr 2003 hatte das BAG – als Einschränkung zu einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus 2001 (1 BvR 2049/00 v. 02.07.2001) – entschieden, dass ein Arbeitgeber nicht nur dann zur Kündigung berechtigt sein sollte, wenn dieser in einer Strafanzeige gegen den Arbeitgeber oder einen seiner Repräsentanten wissentlich oder fahrlässig falsche Angaben gemacht habe. Ein *Arbeitgeber* sei auch dann zur *Kündigung des Arbeitsverhältnisses* aufgrund einer arbeitsvertraglichen Verletzung der Pflicht des Arbeitnehmers zur innerbetrieblichen Rücksichtnahme *berechtigt*, wenn sich die Strafanzeige als unverhältnismäßige Reaktion des Arbeitnehmers auf ein Verhalten des Arbeitgebers darstelle (BAG, AZR 235/02).

Gesetzesinitiative zum Schutz von Whistleblowern

Der Gesetzgeber hat sodann im Rahmen des Gammelfleischskandals 2008 Überlegungen angestellt, Arbeitnehmer vor den sich aus der Anzeige innerbetrieblicher Missstände ergebenden Risiken zu schützen. Im Rahmen der Änderungsvorschlä-

ge des *Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches* wurde die Einführung eines neuen § 612a BGB diskutiert. Der Gesetzesvorschlag sah vor, dass *Missstände zunächst unternehmensintern anzuzeigen* sein sollten. Erst wenn der Arbeitgeber einem Verlangen nach Abhilfe nicht entsprochen habe, sollte der Arbeitnehmer berechtigt sein, sich an eine *dritte, außerbetriebliche Stelle* zu wenden. Der *Vorrang der innerbetrieblichen Abhilfe* wurde in bestimmten Fällen durchbrochen. Der Gesetzesvorschlag wurde kontrovers diskutiert. Der Gesetzgeber hat nunmehr Abstand vom Gesetzesentwurf genommen. Somit *verbleibt* es für Arbeitnehmer aus arbeitsrechtlicher Sicht zumindest bei dem *Risiko*, einer *wirksamen Kündigung bei Anzeige von Missständen an Dritte, insbesondere Staatsanwaltschaft*, ausgesetzt zu sein.

Sonstige Rahmenbedingungen

Im Übrigen wären mit dieser Gesetzesinitiative auch die sonstigen Probleme eines Whistleblower-Systems nicht gelöst worden. Diese liegen insbesondere im *datenschutzrechtlichen* Bereich. Abhilfe könnte hier das derzeit wieder einmal intensiv diskutierte *Arbeitnehmerdatenschutzgesetz* schaffen. Über die Einführung eines derartigen Gesetzes wird jedoch bereits seit mehr als 20 Jahren diskutiert, erstaunlicherweise im Regelfall kurz vor Ablauf der jeweiligen Legislaturperiode des Bundestags. In der Vergangenheit wurde die Einführung eines Arbeitnehmerschutzgesetzes sodann auf die *nachfolgende Legislaturperiode* verschoben. Dies ist auch derzeit wieder einmal der Fall. Es bleibt daher in allerhöchstem Maße *fraglich*, ob nach der Bundestagswahl mit der *Einführung eines Arbeitnehmerdatenschutzgesetzes* gerechnet werden kann.

Fazit: Die Einführung eines Whistleblower-Systems in deutschen Unternehmen hat unter Berücksichtigung unterschiedlicher Regelungsrahmen zu erfolgen. Hierzu zählen insbesondere *individualvertragliche, betriebsverfassungsrechtliche sowie datenschutzrechtliche Aspekte*. Diese lassen sich nicht immer in Einklang mit den Regelungen des *Sarbanes-Oxley-Acts* hinsichtlich Whistleblower-Verfahren bringen. Eine ausdrückliche *gesetzliche Regelung der einschlägigen Aspekte ist in naher Zukunft nicht zu erwarten.* <<

Dr. Dennis Voigt
d.voigt@melchers-law.com

MELCHERS LAW: ARCHITEKTENRECHT

Neuregelung der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI)

Nachdem die letzte Änderung der HOAI – insbesondere der Tafelwerte – mittlerweile 13 Jahre zurückliegt, hat das Bundeskabinett am 29.04.2009 eine Novelle zur HOAI verabschiedet. Die wesentlichsten Änderungen stellen sich wie folgt dar:

Neugliederung

Die novellierte HOAI besteht aus einem *verbindlichen* Teil und einem Anhang. Diesem verbindlichen Teil sind „Allgemeine Vorschriften“ vorangestellt, die für alle Leistungen gelten sollen. Danach werden spezifische Leistungen, Flächenplanung (Bauleitplanung; Landschaftsplanung), Objektplanung (Gebäude und raumbildende Ausbauten; Freianlagen; Ingenieurbauwerke; Verkehrsanlagen) und Fachplanung (Tragwerksplanung; Technische Ausrüstung) geregelt. Beratungsleistungen (Umweltverträglichkeitsstudie, Leistungen für Thermische Bauphysik, Leistungen für Schallschutz und Raumakustik, Leistungen für Bodenmechanik, Erd- und Grundbau, Vermessungstechnische Leistungen) und die besonderen Leistungen sind im verbindlichen Teil nicht berücksichtigt. Vielmehr sind diese in einem *unverbindlichen Anhang* geregelt, der lediglich ergänzende Empfehlungen enthält. Für diese Leistungen gelten daher die Mindest- und Höchstpreise der HOAI nicht! Das Honorar hierfür soll nunmehr frei vereinbart werden.

„Inländerdiskriminierung“

Aufgrund europarechtlicher Vorgaben (Dienstleistungsrichtlinie) dürfen Dienstleister anderer EU-Mitgliedstaaten den Bestimmungen der HOAI nicht unterworfen werden. Daher gilt die HOAI gemäß § 1 nunmehr nur noch für Architekten und Ingenieure mit Sitz im Inland (sog. „Inländer-HOAI“). Architekten aus dem europäischen Ausland sind daher bspw. nicht an die Tafelwerte gebunden und könnten *darunter liegende Preise vereinbaren*.

Anhebung der Tafelwerte

Die Tafelwerte wurden pauschal um 10% angehoben. Die Tafelendwerte wurden dagegen beibehalten.

Kostenermittlung

Entgegen der bisherigen Regelung gibt es nunmehr nur noch eine Kostenermittlung und zwar die **Kostenberechnung** (soweit diese nicht vorliegt, auf der Grundlage der Kostenschätzung). Hiermit soll nach dem Willen des Gesetzgebers erreicht werden, dass die tatsächlichen Baukosten vom Honorar der Architekten und Ingenieure abgekoppelt werden. Die anrechenbaren Kosten sind nach den fachlich allgemein anerkannten Regeln der Technik oder nach Verwaltungsvorschriften (Kostenvorschriften) auf der Grundlage ortsüblicher Preise zu ermitteln. Soweit die HOAI auf die DIN 276 Bezug nimmt, ist diese in der Fassung vom Dezember 2008 (DIN 276-1:2008-12) bei der Ermittlung der anrechenbaren Kosten zugrunde zu legen.

Gemäß § 6 Abs. 2 HOAI können die Vertragsparteien, wenn zum Zeitpunkt der Beauftragung noch keine Planungen als Voraussetzung für eine Kostenschätzung oder Kostenberechnung vorliegen, die anrechenbaren Kosten schriftlich vereinbaren. Eine solche Baukostenvereinbarung kann auch nach Vertragsschluss, bis zu einer Planung aus der sich die anrechenbaren Kosten ermitteln lassen, noch getroffen werden. Das Honorar kann mit dieser Regelung also im Vorfeld festgelegt werden.

Die alte Bestimmung des § 6 HOAI über Zeithonorare (auf Grundlage von Stundensätzen) ist, genauso wie § 10 Abs. 3 a HOAI über die Anrechnung von Kosten der mitverarbeiteten Bausubstanz, ersatzlos gestrichen worden.

Fazit: Die Neuregelung der HOAI ist wesentlich übersichtlicher und transparenter als die Altfassung. Eine weitere Erleichterung im Umgang mit dem Preisrecht der Architekten und Ingenieure ist die Möglichkeit von Honorarvereinbarungen. Dennoch darf nicht übersehen werden, dass die Gesetzesänderung es in vielen Fällen erforderlich macht, dass Architekten- und Ingenieurverträge neugestaltet oder überarbeitet werden müssen. <<

Stefan Illies
s.illies@melchers-law.com



MELCHERS LAW: BAURECHT

Verzögertes Vergabeverfahren: Anspruch auf Mehrvergütung?

Die Zahl der vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren steigt ständig. So kann häufig der von der Vergabestelle vorgesehene Zeitplan nicht eingehalten werden. Bei rund 10% aller Vergabeverfahren wird daher eine **Verlängerung der Bindefrist** erforderlich. Der Bieter wird also aufgefordert, sein Einverständnis dazu zu erklären, dass er sich an sein Angebot noch für einen bestimmten weiteren Zeitraum rechtswirksam bindet. Nicht selten kommt es dann während dieses Zeitraums zu Lohn- oder Materialpreissteigerungen (z.B. bei Stahl). Es war bisher streitig, ob der Bieter diese Mehrkosten erstattet erhält.

Sachverhalt

Einer Entscheidung des BGH vom 11.05.2009, Az. VII ZR 11/08, liegt ein Sachverhalt zugrunde, wonach infolge eines Vergabe-Nachprüfungsverfahrens eines Dritten ein Bieter gebeten wurde, die Bindefrist für sein Angebot zu verlän-

gern. Er stimmt dem ohne Vorbehalt zu. Nach Ende des Nachprüfungsverfahrens erhält er den Zuschlag. Die ursprünglich in den Verdingungsunterlagen vorgesehenen Termine des Bauzeitenplans sind nicht mehr einzuhalten. Außerdem sind bestimmte **Materialkosten gestiegen**. Der Bieter macht nun einen Anspruch auf **Mehrvergütung** geltend.

Die Entscheidung des BGH

Der BGH gibt dem Bieter Recht: Er hat einen Anspruch auf Mehrvergütung nach § 2 Nr. 5 VOB/B wegen der zwischenzeitlich stattgefundenen Preissteigerungen. Er hat ferner einen Anspruch auf Anpassung des Bauzeitenplans unter Berücksichtigung der Grundsätze des § 6 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/B.

Der BGH argumentiert dabei wie folgt: Aufgrund der **Formstrenge** des Vergaberechts ist der Vertrag zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Bieter zu den ursprünglichen Vertragsbedingungen (also ohne Anpassung des Bauzeitenplans und ohne Preisanpassung) zustande gekommen. Unter anderem wegen des Verbots von Nachverhandlungen in Vergabeverfahren gebietet es die Rechtssicherheit, davon auszugehen, dass eine Änderung des Vertragsinhalts nicht stattgefunden habe. Der öffentliche Auftraggeber habe mit dem Zuschlagsschreiben

das Angebot des Bieters unverändert angenommen.

Damit sei der *Vertrag jedoch lückenhaft*. Bei den vereinbarten Fristen könne es nicht bleiben. Sie seien aus tatsächlichen Gründen gegenstandslos. Ein ersatzloser Wegfall entspreche jedoch nicht dem Willen der Parteien. Das Verhalten der Parteien sei dahin auszulegen, dass sie den Vertrag zwar bereits bindend schließen, über neue, dem eingetretenen Zeitablauf Rechnung tragende Fristen jedoch eine Einigung herbeiführen wollen. Bei dieser *ergänzenden Auslegung* sei darauf abzustellen, was die Parteien für den von ihnen nicht geregelten Fall vereinbart hätten.

Bei Anwendung dieser Grundsätze komme man zu folgenden Ergebnissen:

- » Die Bauzeit sei unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls anzupassen.
- » Zugleich sei der vertragliche Vergütungsanspruch in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B anzupassen.

Fazit: Auch ohne Erklärung eines Vorbehalts im Rahmen einer Bindefristverlängerung ist der Bieter berechtigt, die ihm hierdurch entstehenden Mehrkosten geltend zu machen. Auch hinsichtlich anderer Vertragsumstände, die durch den Zeitablauf überholt sind, besteht ein An-

spruch auf Anpassung (dies gilt insbesondere für die Bauzeit). Der BGH stellt klar, dass auch „Änderungen geringeren Ausmaßes“ den Bieter berechtigen, entsprechende Anpassungen zu verlangen. <<

Tobias Wellensiek
t.wellensiek@melchers-law.com

MELCHERS LAW: GESELLSCHAFTSRECHT

Entwarnung für Dienstleistungsabreden im Rahmen der Kapitalaufbringung

Die Reform des GmbH-Rechts hat zwar dazu geführt, dass Gesellschafter bei der Leistungen von Einlagen im Rahmen der Gründung oder einer Kapitalerhöhung weniger als zuvor dem Risiko ausgesetzt sind, nach Jahr und Tag unter dem Gesichtspunkt der *verdeckten Sacheinlage* oder des *Hin- und Herzählens* von Einlagemitteln erneut – regelmäßig vom Insolvenzverwalter – auf Einlagenleistung in Anspruch genommen zu werden. Dem verminderten Risiko für Gesellschafter

steht indessen ein *erhöhtes Risiko für Geschäftsführer* gegenüber, die in diesen Fällen Gefahr laufen, sich wegen falscher Angaben bei der Handelsregisteranmeldung nach § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG strafbar zu machen oder nach § 9a GmbHG Ersatzleistungen erbringen zu müssen. Mit Erleichterung können die Unternehmensleiter daher zur Kenntnis nehmen, dass der BGH (zumindest) *für Dienstleistungsabreden* im Zusammenhang mit Einlageversprechen *Entwarnung* gegeben hat.

Dienstleistung nicht einlagefähig

Mit seiner jüngst veröffentlichten Entscheidung vom 16.02.2009 (II ZR 120/07 – Qivive) hat der BGH zunächst seine bereits frühere Rechtsprechung bestätigt, nach welcher *Dienstleistungen* eines Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft *nicht Gegenstand einer Sacheinlage* sein können. Das Stammkapital oder ein Erhöhungsbetrag kann daher nicht dadurch aufgebracht werden, dass sich ein Gesellschafter dazu verpflichtet, als Geschäftsführer oder auf sonstiger Basis Arbeits- oder Dienstleistungen gegenüber der GmbH zu erbringen.

Dienstleistungsabrede keine Umgehung

Mit diesem Nachteil korrespondiert, nach der aktuellen Rechtsprechung aber der *Vorteil*, dass es auch nicht als Umgehung der Kapitalaufbringungsvorschrift

MELCHERS LAW: PERSÖNLICH

Wolfgang Weih

MELCHERS Berlin

Wolfgang Weih ist seit über 30 Jahren Rechtsanwalt in Berlin und seit 21 Jahren Notar. Seit 2004 ist er Gesellschafter der Sozietät MELCHERS.

Als „Anwaltsnotar“ ist Herr Weih neben seiner Rechtsanwaltsstätigkeit hauptsächlich als Notar tätig. Während der Anwaltsberuf eine immer stärkere Spezialisierung erfordert, muss sich ein Notar auf vielen Rechtsgebieten, wie Herr Weih insbesondere im Immobilien-, Handels- und Gesellschaftsrecht sowie dem Familien- und Erbrecht, bewei-



gen. Gerade auf das Letztere ist zur Zeit das Augenmerk zu richten, da hier zum Jahreswechsel gravierende gesetzliche Änderungen (Erbrechtssteuerreform) in Kraft traten.

Herr Weih über sich:

Ein guter Arbeitstag beginnt ...

... mit einer positiven Fokussierung auf die anstehenden Tagesaufgaben.

Am Anwaltsberuf reizt mich ...

... die komplexe Aufgabenstellung und die Erfolgserlebnisse

Wer es in meinem Job zu etwas bringen will ...

... benötigt eine gute Ausbildung, Arbeitsintensität ohne Blick auf die Uhr, Verhandlungsgeschick und ein sympa-

thisches Auftreten sowohl gegenüber dem Mandanten als auch dem Widerpart.

Erfolge feiere ich ...

... je nach Wertigkeit in kleinem oder großem Rahmen.

Es bringt mich auf die Palme ...

... praktisch nichts bis auf die Kokosnuss selbst, die an der Palme hängt.

Zur Zeit beschäftigt mich ...

... die Reform des Familienrechts, welche am 01.09.2009 in Kraft tritt. Das FamFG umfasst nahezu 500 Vorschriften, wobei das familiengerichtliche Verfahren in 270 Paragraphen umfassend neu geregelt ist. <<

ten angesehen werden kann, wenn ein Gesellschafter zunächst eine Stammeinlage in bar leistet, in der Folgezeit aber wieder Geldzahlungen als Vergütungen für Dienstleistungen (zurück) erhält. Das gilt selbst dann, wenn dies von Anfang an geplant gewesen ist.

Denn – so der BGH – der den Grundsätzen der *verdeckten Sacheinlage* inhärente Vorwurf einer Umgehung der Sacheinlagevorschriften setze voraus, dass der Gesellschafter den im Ergebnis erstrebten Erfolg einer Sacheinlage rechtmäßig hätte erreichen können. Das sei bei nicht sacheinlagefähigen Dienstleistungen aber nicht der Fall (s.o.).

Entsprechendes gelte für die Rechtsprechungsgrundsätze zum *Hin- und Herzahlen* von Einlagemitteln. Ein wirkungslos bleibendes Hin- und Herzahlen könne nur angenommen werden, wenn es auf eine verdeckte Finanzierung der Einlage durch die Gesellschaft hinauslaufe. Dies könne nicht angenommen werden, wenn die Gesellschaft eine Leistung vergüte, die sie auch jedem Dritten hätte bezahlen müssen.

Freie Verfügbarkeit der Einlage nicht tangiert

Selbst wenn von vorneherein geplant gewesen sei, dass der Gesellschafter ein Dienstleistungsentgelt erhält, welches (auch) aus seiner Einlage finanziert werden müsse, sei schließlich auch kein Verstoß gegen das *Gebot freier Verfügbarkeit* der Einlagen zur Verwendung durch die Geschäftsführung festzustellen. Verwendungsabsprachen bezüglich der Einlagen seien nach wie vor erlaubt, solange die Einlagemitteln nicht gerade für Zahlungen an den Gesellschafter „reserviert“ werden würden.

Fazit: Gesellschafter und Geschäftsführer müssen sich zukünftig keine Sorgen mehr machen, dass (angemessene) Dienstleistungsvergütungen, die an einen Gesellschafter gezahlt werden, als unzulässige Einlagenrückzahlung angesehen werden könnten. Insbesondere der Geschäftsführer darf auch in Fällen, in welchen von vornherein geplant ist, dass das Stammkapital als Dienstleistungsvergütung wieder an einen Gesellschafter zurückfließt, eine Barkapitalerhöhung anmelden, ohne Gefahr zu laufen, sich wegen Anmeldung einer verschleierte Sacheinlage oder falscher Versicherung der freien Einlagenverfügbarkeit strafbar zu machen. <<

Dr. Andreas Masuch
a.masuch@melchers-law.com

MELCHERS LAW: GESELLSCHAFTSRECHT

GmbH-Recht: Haftung von Mitgliedern eines freiwilligen Aufsichtsrats für fehlerhafte Überwachung

Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH sind in der Regel nur dann gesetzlich zur Einrichtung eines Aufsichtsrats verpflichtet, wenn sie über mindestens 500 Arbeitnehmer verfügen. In der Praxis machen jedoch häufig die Gesellschafter einer GmbH von der Möglichkeit Gebrauch, per Satzung einen sog. *fakultativen – also freiwilligen – Aufsichtsrat* oder einen Beirat vorzusehen. Für den Aufsichtsrat einer GmbH, dessen Einrichtung in der Satzung angeordnet ist, finden nach § 52 Abs. 1 GmbHG einige Vorschriften des Aktiengesetzes entsprechende Anwendung, sofern die Satzung nichts Abweichendes vorsieht. Danach ist der Aufsichtsrat insbesondere zur Überwachung der Geschäftsführung verpflichtet (§ 111 Abs. 1 AktG) und die Aufsichtsratsmitglieder haften der GmbH für den durch eine Pflichtverletzung entstandenen Schaden (§§ 116, 93 Abs. 2 AktG). Gerade letzterem Punkt wird häufig nicht hinreichend Beachtung geschenkt.

Haftungsrisiken insbesondere bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten

Aus einem jüngst veröffentlichten Urteil des Oberlandesgerichts Brandenburg (OLG Brandenburg v. 17.2.2009 – 6 U 102/07) wird (erneut) ersichtlich, mit welchen *Haftungsrisiken* die Tätigkeit in einem fakultativen Aufsichtsrat für dessen Mitglieder verbunden sein kann – gerade auch vor dem Hintergrund der aktuellen Wirtschafts- und Finanzkrise. Nach dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatte sich eine Gemeinde zur Erfüllung von Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge einer 100-prozentigen Tochter-GmbH bedient. In der Satzung der GmbH hatte die Gemeinde die Errichtung eines Aufsichtsrats vorgesehen, der u.a. mit dem Bürgermeister besetzt worden war. Die GmbH hatte sich seit längerem in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befunden, bevor schließlich im Oktober 2002 Insolvenzantrag gestellt worden war. Auf die Klage des Insolvenzverwalters hin wurden die Mit-

glieder des Aufsichtsrats vom Gericht zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von fast 1 Mio. Euro verurteilt.

Nach Auffassung des Gerichts war die GmbH spätestens seit Anfang 2002 zahlungsunfähig; die Insolvenzreife hätten die Aufsichtsräte, denen der Geschäftsführer mehrfach die wirtschaftliche Schieflage dargestellt hatte, auch erkennen müssen. Diese hätten dadurch, dass sie es unterließen, den Geschäftsführer *auf seine Insolvenzantragspflicht hinzuweisen*, ihre Pflicht zur Überwachung der Geschäftsführung verletzt und seien der GmbH zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens verpflichtet. Dabei unterstellte das Gericht, dass der Geschäftsführer Insolvenzantrag gestellt hätte, sobald das Kontrollgremium ihn auf diese Pflicht hingewiesen hätte. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass der fakultative Aufsichtsrat den Geschäftsführer weder abberufen, noch ihm verbindliche Weisungen erteilen konnte. Das Gericht ließ offen, ob eine Haftung für eine fehlerhafte Überwachungstätigkeit durch ausdrückliche Satzungsregelung hätte ausgeschlossen werden können.

Das Gericht führte ferner aus, der Aufsichtsrat müsse Kontrolldichte und Beratungsaufwand erhöhen, wenn sich eine negative Entwicklung der wirtschaftlichen Lage oder gar eine Krise abzeichne. Es genüge dann nicht, die Berichte der Geschäftsführung und den Jahresabschluss zu prüfen und zu erörtern.

Fazit: Auch die Mitglieder eines freiwillig eingerichteten Aufsichtsrats können für eine fehlerhafte Überwachung der Geschäftsführung haftbar gemacht werden. Gerade in Krisenzeiten kann eine solche Tätigkeit erhebliche Haftungsrisiken mit sich bringen, da sich in rechtlicher Hinsicht die Überwachungspflicht intensiver und zudem in tatsächlicher Hinsicht etwa die Gefahr der Insolvenzverschleppung steigt. Eine Haftung kommt aber auch bei zustimmungspflichtigen Geschäften in Betracht, sofern der Aufsichtsrat seine Zustimmung zu einem nachteiligen Geschäft ohne die gebotene Information und darauf aufbauende Chancen- und Risikoabschätzung erteilt (BGH v. 11.12.2006 – II ZR 243/05). <<

Daniel Haese
d.haese@melchers-law.com

MELCHERS LAW: WETTBEWERBSRECHT

Erhöhte Anforderungen bei Telefonwerbung und Fernabsatzverträgen

Am 15.05.2009 hat der Bundesrat dem „Gesetz zur Bekämpfung unlauterer Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen“ zugestimmt. Das Inkrafttreten des Gesetzes wurde für Mitte Juni 2009 erwartet. Aufgrund der gesetzlichen Neuregelung sehen sich Werbetreibende mit strengeren Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Werbeanrufen gegenüber Verbrauchern sowie mit restriktiveren Regelungen zur Wirksamkeit und zum Bestand von Fernabsatzverträgen konfrontiert. Im Einzelnen:

Zulässigkeit von Telefonwerbung

Für die Zulässigkeit von Telefonwerbung ist zukünftig stets eine *ausdrückliche, vorherige Einwilligung* des Verbrauchers erforderlich. Auch wenn diese nicht schriftlich oder in Textform vorliegen muss, sollte die jeweilige Einwilligung *genau dokumentiert* werden. Ein bloß schlüssiges Verhalten des Verbrauchers, aus welchem auf eine Einwilligung geschlossen werden kann, genügt nicht mehr. Werden Anrufe – vorsätzlich oder fahrlässig – ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung vorgenommen, droht ein Bußgeld von bis zu **Euro 50.000,00**. Als Adressaten des Bußgeldtatbestandes kommen der Werbetreibende selbst, der Betreiber eines etwa eingeschalteten Call Centers und der anrufende Mitarbeiter selbst in Betracht.

Verbot der Rufnummerunterdrückung

Es wird ein grundsätzliches *Verbot der Rufnummerunterdrückung* im Falle von Werbeanrufen eingeführt. Es sollte bis auf Weiteres stets die Nummer des Werbetreibenden – nicht diejenige des Callcenters – angezeigt werden. Im Falle von Verstößen gegen das Verbot der Rufnummerunterdrückung droht ein Bußgeld in Höhe von bis zu **Euro 10.000,00**.

Ausdehnung von Widerrufsrechten

Unter anderem zur Bekämpfung sogenannter „Kostenfallen im Internet“ werden die *Widerrufsrechte* von Verbrau-



chern im Rahmen von Fernabsatzverträgen *ausgeweitet*. Nach bisherigem Recht erlosch bei Dauerschuldverhältnissen ohne Widerrufsbelehrung das Widerrufsrecht mit Beginn der Leistungserbringung im Einverständnis mit dem oder auf Veranlassung des Verbrauchers. Dies wurde gerade durch unseriöse Anbieter von Internetdienstleistungen umfangreich ausgenutzt. Aufgrund der Neuregelung erlischt das Widerrufsrecht bei fehlender Widerrufsbelehrung nunmehr erst mit *vollständiger Leistungserbringung*. Auch ein Wertersatz für die tatsächlich erbrachten Leistungen wird der Anbieter zukünftig nur noch bei einem entsprechenden Hinweis hierauf vor Vertragserklärung und ausdrücklicher Zustimmung zur Leistungserbringung durch den Verbraucher verlangen können. Das oben dargestellte Widerrufsrecht gilt zukünftig auch für Fernabsatzverträge über *Zeitungen, Zeitschriften und Lotterie-Dienstleistungen*, soweit die Vertragserklärung des Verbrauchers telefonisch abgegeben wurde. Ausgenommen sind hier nur telekommunikationsgestützte Dienste, welche auf Veranlassung des Verbrauchers unmittelbar per Telefon oder per Telefax in einem Mal erbracht werden.

Textform der Kündigung bei Anbieterwechsel

Schließlich wird durch die gesetzliche Neuregelung versucht, den Missbrauch bei der Veranlassung zum *Anbieterwechsel* insbesondere im Rahmen von Telekommunikations- und Versorgungsverträgen (z.B. Strom und Wärme) zu begegnen. Bislang bestand keine Pflicht des neuen Anbieters die Kündigung des Verbrauchers oder seine Bevollmächtigung zur Kündigung in dessen Namen bei dem alten Anbieter in bestimmter Form nachzuweisen. Selbst wenn ein Widerrufsrecht des betroffenen Verbrauchers gegenüber

dem neuen Anbieter wirksam ausgesprochen wurde, stand dieser somit vor dem Problem, dass der alte Vertrag – und damit ein möglicherweise günstiger Tarif – wirksam gekündigt war. Nach der neuen Rechtslage wird die *Textform* der Kündigung bzw. der Vollmacht zur Kündigung zur Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung selbst. Textform bedeutet hierbei nicht eigenhändige Unterschrift, sondern lediglich Nennung des Erklärenden und Erkennbarmachung etwa durch Nachbildung seiner Unterschrift. Der Verbraucher soll durch dieses Erfordernis insbesondere nochmals auf die Folgen seiner zunächst nur mündlich abgegebenen Erklärung hingewiesen werden. Die Regelung greift für alle Formen von Fernabsatzverträgen und Haustürgeschäften.

Alle vorgenannten Regelungen zu Widerrufsrechten wie auch zu Formerfordernissen bei Anbieterwechsel sind *nicht abdingbar* und stehen unter einem ausdrücklichen gesetzlichen *Umgehungsverbot*.

Fazit: Werbeanrufe gegenüber Verbrauchern sollten nur noch auf Grundlage einer nachweisbaren, vorherigen und ausdrücklichen Einwilligung des Betroffenen erfolgen. Eine Rufnummerunterdrückung sollte im Rahmen von Werbeanrufen gegenüber Verbrauchern keinesfalls erfolgen. Verstöße gegen die vorgenannten Neuregelungen sind mit erheblichen Bußgeldern bedroht. Im Rahmen von Fernabsatzverträgen über Dauerschuldverhältnisse sollte stets bereits bei Vertragsschluss in Textform auf das Widerrufsrecht hingewiesen werden. Soweit im Rahmen von Fernabsatzverträgen Anbieterwechsel angeboten werden, ist die Kündigung gegenüber dem alten Diensteanbieter bzw. die Bevollmächtigung des neuen Diensteanbieters zu Abgabe der entsprechenden Kündigungserklärung stets in Textform einzuholen. <<

Markus Faust
m.faust@melchers-law.com

MELCHERS LAW: VERANSTALTUNGEN

» Direktmarketing in der Praxis

Die Rechtsanwälte Faust und Dr. Voigt veranstalten mit der IHK Frankfurt/Main drei Seminare zum Thema Direktmarketing. Das erste hat am 8.5.2009 unter dem Titel „Legales Direktmarketing über E-Mail und Telefon“ stattgefunden. Am 3.7.2009 folgt die zweite Veranstaltung mit dem Titel „Lead Generierung Online“. In diesem Seminar stellen die Referenten unterschiedliche Möglichkeiten der Datengewinnung potentieller Kunden online dar. Am 10.9.2009 wird die rechtssichere Gestaltung und Nutzung von Potentialen der Online-Shops genauer

beleuchtet. Bei Interesse können Sie weitere Informationen unter 069/653000663 bzw. s.veit@melchers-law.com erhalten.

Termin: : 3.7. und 10.9.2009
Ort: IHK Frankfurt am Main
Veranstalter: IHK Frankfurt am Main
Info: www.frankfurt-main.ihk.de

» Providermanagement

Die Rechtsanwälte Faust und Dr. Voigt führen in Zusammenarbeit mit Freund & Dirks GbR eine gänztlige Veranstaltung zum

Thema „Providermanagement“ durch. Inhaltlich stellen die Referenten die rechtlichen Besonderheiten im Rahmen der Beauftragung und der Überwachung von Service-Providern, insbesondere aus dem IT-Bereich, dar. Bei Interesse erhalten Sie weitere Informationen unter 069/653000663 bzw. s.veit@melchers-law.com. Mandanten der Sozietät erhalten einen Rabatt auf den allgemeinen Seminarpreis.

Termin: 27.8.2009
Ort: Weilrod
Veranstalter: Freund & Dirks GbR
Info: www.freund-dirks.de

MELCHERS LAW:
AUTOREN DIESER AUSGABE

Nähere Informationen zu den Autoren finden Sie im Internet unter www.melchers-law.com.



DANIEL HAESE

ist Rechtsanwalt und Master of Business Law & Taxation. Er berät in- und ausländische Mandanten insbesondere im Gesellschafts-, Handels- und Vertragsrecht.



DR. ANDREAS MASUCH

ist Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht. Seit vielen Jahren berät er in- und ausländische Unternehmen im Gesellschafts-, Handels-, Bank- und Kapitalmarktrecht. Er ist ausgewiesen durch zahlreiche Publikationen und lehrt an der Universität Heidelberg.



DR. DENNIS VOIGT

berät schwerpunktmäßig im Handels- und Gesellschaftsrecht sowie im Datenschutz- und Wettbewerbsrecht. Zu seinen in- und ausländischen Mandanten zählen insbesondere Werbeagenturen.



MARKUS FAUST

begleitet seit vielen Jahren v.a. ausländische Unternehmen bei deren Eintritt in den deutschen Markt. Ein weiterer Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt in der Beratung von Werbeagenturen in den Bereichen des Vertragsrechts sowie des Gewerblichen Rechtsschutzes.



STEFAN ILLIES

berät Wirtschaftsunternehmen und private Investoren unter anderem im privaten Bau- und Architektenrecht sowie dem privaten und gewerblichen Mietrecht.



DR. MATTHIAS PASCHKE

berät deutsche und ausländische Mandanten in allen Fragen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts sowie des Dienstvertragsrechts. Er ist seit 2008 Lehrbeauftragter der Universität Heidelberg.



TOBIAS WELLENSIEK

berät im Bau- und Architektenrecht, Vergaberecht und gewerblichen Mietrecht. Er veröffentlicht ständig in der Zeitschrift für Immobilien- und Baurecht (IBR) und ist Lehrbeauftragter an der Universität Marburg.

MELCHERS LAW: IMPRESSUM

HERAUSGEBER

MELCHERS Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater · Notar

CHEFREDAKTION

Dr. Andreas Masuch
a.masuch@melchers-law.com

KONZEPTION UND GESTALTUNG

www.fischerziegler.com

ERSCHEINUNGSWEISE

6 Ausgaben pro Jahr

NACHBESTELLUNGEN

newsletter@melchers-law.com

STANDORTE UND KONTAKT

HEIDELBERG

Im Breitspiel 21
69126 Heidelberg, Deutschland
T +49-(0)6221-18 50-0
F +49-(0)6221-18 50-100
E heidelberg@melchers-law.com

BERLIN

Fasanenstraße 85
10623 Berlin, Deutschland
T +49-(0)30-3 10 13 99-0
F +49-(0)30-3 10 13 99-10
E berlin@melchers-law.com

FRANKFURT AM MAIN

Darmstädter Landstraße 108
60598 Frankfurt/Main, Deutschland
T +49-(0)69-9622 04-27
F +49-(0)69-9622 04-12
E frankfurt@melchers-law.com

www.melchers-law.com