

# MELCHERS

## LAW

**26** | AUSGABE  
JULI/AUGUST 2011

**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,



Netzwerke gewinnen immer größere Bedeutung – auch im juristischen Bereich. Ende Mai 2011 fand in Chicago die sehr erfolgreiche jährliche Konferenz der International Alliance of Law Firms statt mit der bisher bei weitem größten Anzahl von Teilnehmern. Bei der Alliance handelt es sich um eine professionell geführte Organisation von derzeit 63 renommierten

Rechtsanwaltskanzleien in 44 Ländern. Wir sind Mitglied dieses Netzwerkes – zu Ihrem Vorteil!

Benötigen Sie rechtliche Unterstützung in einem anderen Land bei dem Kauf eines Unternehmens oder einer Unternehmensbeteiligung, bei dem Erwerb einer Immobilie, bei der Gründung einer Gesellschaft, dem Abschluss von Kooperations- oder Lieferverträgen, dem Aufbau eines Distributionsnetzes oder der Durchsetzung und Vollstreckung von Forderungen? Gerne vermitteln wir Ihnen die notwendigen rechtlichen Informationen und unterstützen Sie mit unseren Kooperationspartnern bei der Planung und Durchführung Ihrer Rechtsangelegenheiten im Ausland. Sprechen Sie mit uns – wir freuen uns!

Mit besten Grüßen

Dr. Bodo Vinnen  
b.vinnen@melchers-law.com



MELCHERS LAW: IN DIESER AUSGABE

#### ARBEITSRECHT

Sachgrundlose Befristung und „Zuvor-Beschäftigung“

02

#### ARCHITEKTENRECHT

BGH: AGB-Aufrechnungsverbot in Werkverträgen ist unwirksam

02

#### DATENSCHUTZRECHT

Facebook-Plug-in und Datenschutzhinweise

03

#### ENERGIERECHT

Keine EEG-Stromkostenentlastung für das Jahr der Produktionsaufnahme

04

#### KAPITALANLAGERECHT

Grundsätzlich keine Anlageberatershaftung des freien Anlageberaters bei Nichtaufklärung über Vertriebsprovisionen

05

#### ÖFFENTLICHES BAURECHT

Erschließungsbeiträge – in welcher Höhe an wen zu zahlen?

06

#### STRAFRECHT

Gesetzgeber reformiert durch das Schwarzgeldbekämpfungsgesetz das Recht der Selbstanzeige im Steuerstrafrecht

06

#### WETTBEWERBSRECHT

Kopplung von Gewinnspielen – Nicht zwangsläufig wettbewerbswidrig

07

#### >> FACHPUBLIKATIONEN

04

#### >> PERSÖNLICH

05

#### >> MITTEILUNGEN

08

## MELCHERS LAW: ARBEITSRECHT

## Sachgrundlose Befristung und „Zuvor-Beschäftigung“

Nach § 14 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz – TzBfG) ist die Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig. Das gilt nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Nach dem Wortlaut des Gesetzes steht einer sachgrundlosen Befristung damit jede „Zuvor“-Beschäftigung entgegen, selbst wenn diese im Extremfall bereits Jahrzehnte zurückliegen sollte. Diese – in dieser Konsequenz weder vom Gesetzgeber intendierte noch arbeitsmarktpolitisch zweckmäßige – Regelung, hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) in seinem Urteil vom 06.04.2011 (Az.: 7 AZR 716/09) nun erfreulicherweise korrigiert und verfassungskonform dahingehend ausgelegt, dass eine „Zuvor-Beschäftigung“ im Sinne dieser Vorschrift *nicht vorliegt*, wenn ein früheres *Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurückliegt*.

### Der Fall

Die Klägerin war bei dem beklagten Freistaat aufgrund eines befristeten Arbeitsvertrags von August 2006 bis Juli 2008 als Lehrerin beschäftigt. Während ihres Studiums hatte sie von November 1999 bis Januar 2000 insgesamt 50 Stunden als studentische Hilfskraft für den Freistaat gearbeitet. Mit ihrer Klage gegen die Befristung machte sie u. a. geltend, die sachgrundlose Befristung ihres Arbeitsverhältnisses vom 01.08.2006 bis zum 31.07.2008 sei unzulässig, weil sie schon während ihres Studiums bei dem beklagten Freistaat beschäftigt gewesen sei.

### Die Entscheidung

Das BAG stellte nun klar, dass die mehr als sechs Jahre zurückliegende frühere Beschäftigung der Klägerin der sachgrundlosen Befristung ihres Arbeitsvertrags nicht entgegen stand. Dies ergäbe sich aus einer am Sinn und Zweck orientierten, *verfassungskonformen Auslegung* der gesetzlichen Regelung. Diese soll zum einen

Arbeitgebern ermöglichen, auf schwankende Auftragslagen und wechselnde Marktbedingungen durch befristete Einstellungen zu reagieren, und für Arbeitnehmer eine Brücke zu Dauerbeschäftigung schaffen. Zum andern sollen durch das Verbot der „Zuvor-Beschäftigung“ Befristungsketten und der Missbrauch befristeter Arbeitsverträge verhindert werden. Die *Gefahr missbräuchlicher Befristungsketten* bestehe regelmäßig nicht mehr, wenn zwischen dem Ende des früheren Arbeitsverhältnisses und dem sachgrundlos befristeten neuen Arbeitsvertrag mehr als drei Jahre liegen. Dieser Zeitraum entspreche auch der gesetzgeberischen Wertung, die in der regelmäßigen zivilrechtlichen Verjährungsfrist zum Ausdruck kommt. Hier rechtfertige der Gesetzeszweck die Beschränkung der Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien und die damit verbundene Einschränkung der Berufswahlfreiheit des Arbeitnehmers nicht.

**Fazit:** Das Urteil ist tendenziell zu begrüßen, da es Rechtsklarheit für den Arbeitgeber schafft. Fraglich ist jedoch, ob man zur Wahrung des Gesetzeszwecks unbedingt auf die regelmäßige zivilrechtliche Verjährungsfrist von drei Jahren abstellen musste oder hier nicht auch eine kürzere Regelfrist ausgereicht hätte. <<

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

## MELCHERS LAW: ARCHITEKTENRECHT

## BGH: AGB-Aufrechnungsverbot in Werkverträgen ist unwirksam

Im geschäftlichen Rechtsverkehr ist es üblich, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Aufrechnungsverbot zu regeln. Aufgrund älterer Rechtsprechung des BGH sind derartige Klauseln aber nur wirksam, wenn die Aufrechnung mit unbestrittenen, rechtskräftigen oder anerkannten Forderungen möglich bleibt. Diese Rechtsprechung hat der BGH weiter verschärft.

### Hintergrund

Ein Architekt klagt auf Honorar aus einem mit dem Bauherrn abgeschlossenen

Architektenvertrag. In den Allgemeinen Vertragsbedingungen zu diesem Vertrag ist ein Aufrechnungsverbot enthalten. Dieses hat folgenden Wortlaut: „Eine Aufrechnung gegen den Honoraranspruch ist nur mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung zulässig“.

Der Bauherr rechnet nun gegen den Honoraranspruch mit Schadensersatzansprüchen infolge von Planungsfehlern und Bauüberwachungsfehlern auf. Es stellt sich die Frage, ob ihm dies trotz des Aufrechnungsverbotes gestattet ist.

### Die Entscheidung des BGH

Der BGH (Urteil vom 07.04.2011, Az.: VII ZR 209/07) erklärt das Aufrechnungsverbot für unwirksam, da es den Bauherrn als Vertragspartner des Architekten entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteilige. Eine solche Benachteiligung liege vor, wenn der Auftraggeber durch das Verbot der Aufrechnung in einem Abrechnungsverhältnis eines Werkvertrages gezwungen würde, eine mangelhafte oder unfertige Leistung in vollem Umfang zu vergüten, obwohl ihm Gegenansprüche in Höhe der Mangelbeseitigungs- oder Fertigstellungskosten zustehen. Denn hierdurch werde in das durch den Vertrag geschaffene Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung in für den Auftraggeber unzumutbarer Weise eingegriffen.

Die Mängelansprüche des Auftraggebers und die Werkansprüche des Auftragnehmers seien unauflösbar ineinander „verzahnt“. Dieses finde seinen Niederschlag im Gesetz, beispielsweise durch entsprechende Leistungsverweigerungsrechte des Auftraggebers im Falle einer mangelhaften





oder nicht fertig gestellten Leistung. Ein solches Leistungsverweigerungsrecht könne in AGB nicht ausgeschlossen werden. Ein Aufrechnungsverbot führe in noch stärkerer Weise zu einer Auflösung der Verzahnung der Ansprüche des Auftraggebers und des Auftragnehmers. Daher gelte für solche Fälle erst recht, dass es nicht gerechtfertigt sei, den Auftraggeber in dieser Form zu benachteiligen.

**Fazit:** Obwohl die Entscheidung zum Architektenrecht ergangen ist, ergibt sich aus der Argumentation des BGH, dass die Unwirksamkeit des Aufrechnungsverbot für alle sonstigen Bau- und Werkverträge gilt. Es empfiehlt sich daher dringend, die eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Überprüfung unterziehen zu lassen. <<

Tobias Wellensiek  
t.wellensiek@melchers-law.com

## MELCHERS LAW: DATENSCHUTZRECHT

### Facebook-Plug-in und Datenschutzhinweise

Platziert ein Unternehmen auf der eigenen Webseite einen Facebook-Plug-in, werden über diesen Plug-in in der Regel die IP-Adresse des Nutzers sowie weitere Informationen unmittelbar von Facebook erhoben. Da die IP-Adresse zumeist als ein personenbezogenes Datum verstanden wird, stellt sich die Frage, welche datenschutzrechtlichen Anforderungen bei der Einbindung des Plug-in in Webseiten von Unternehmen einzuhalten sind.

#### Zulässigkeit der Datenerhebung und Informationspflichten nach Telemediengesetz

Hierbei sind zwei Kernfragen zu klären. Zum einen stellt sich die Frage, ob Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der Daten durch Facebook überhaupt zulässig sind. Zum anderen ist zu klären, ob den Betreiber einer Webseite aufgrund der Einbindung eines Social Media-Plug-in Informationspflichten treffen. Derartige Pflichten ergeben sich aus dem auf alle typischen Online-Dienste anwendbaren § 13 Telemediengesetz (TMG). Danach muss der Betreiber einer Webseite die Nutzer über Art, Umfang und Zwecke der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten sowie über die Verarbeitung dieser personenbezogenen Daten im außereuropäischen Ausland in allgemein verständlicher Form unterrichten. Dies geschieht in der Regel in den Datenschutzbestimmungen oder in der Datenschutzerklärung der Webseiten.

#### Verstoß gegen Informationspflichten nicht abmahnfähig

Das LG Berlin (Beschluss vom 14.03.2011, Az.: 91 O 25/11) hatte über Unterlassungsansprüche eines Online-Anbieters von Sterntaufen zu entscheiden, die dieser gegen einen anderen Online-Anbieter von Sterntaufen geltend machte, weil dieser keine Hinweise auf die mit der Einbindung des Facebook-Buttons einhergehenden datenschutzrechtlichen Prozesse in seine Datenschutzbestimmungen aufgenommen hatte. Das abmahnende Unternehmen berief sich auf einen Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG durch den abgemahnten Online-Anbieter. Danach handelt unlauter, wer gegen Rechtsvorschriften verstößt, die im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten der Wettbewerber regeln. Das LG Berlin gelangte zu dem Schluss, dass

§ 13 TMG keine Rechtsvorschrift im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG sei und wies die – vermutlich beantragte – einstweilige Verfügung ab.

Dies bedeutet, dass ein Verstoß gegen die aus § 13 TMG folgenden Informationspflichten zumindest nach Auffassung des LG Berlin nicht abgemahnt werden kann. Das LG Berlin beugt mit dieser Entscheidung einer drohenden Abmahnwelle vor. In dieser Hinsicht ist das Urteil sehr zu begrüßen.

#### Keine Rechtssicherheit

Allerdings ist weiterhin ungeklärt, ob die mit der Verwendung des Facebook-Buttons einhergehende Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten durch Facebook überhaupt zulässig sind. Für etwaige Verstöße gegen datenschutzrechtliche Vorschriften durch Facebook können auch die Betreiber von Webseiten haften, die lediglich den Facebook-Button auf ihrer eigenen Webseite platzieren. Da die tatsächlichen datenschutzrechtlichen Prozesse nicht geklärt sind und davon auszugehen ist, dass Facebook auch Daten in die USA übermittelt, bestehen erhebliche Zweifel an der Einhaltung der deutschen datenschutzrechtlichen Vorschriften.

**Fazit:** Aufgrund der nahezu flächendeckenden Verwendung der Facebook-Buttons sollten Äußerungen der Datenschutzbehörden sowie erste Gerichtsentscheidungen abgewartet werden, bevor bereits verwendete Plug-ins von Facebook oder anderen Social Media gelöscht oder aber einwilligungsbasierte Webseiten programmiert werden. <<

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

## MELCHERS LAW: ENERGIERECHT

## Keine EEG-Stromkostenentlastung für das Jahr der Produktionsaufnahme

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG, Urteil vom 31.05.2011 – Az.: 8 C 52.09) hat jüngst entschieden, dass stromintensiv produzierende Unternehmen nach dem Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz, EEG) *in der von 2004 bis 2008 geltenden Fassung* für das Jahr der Produktionsaufnahme noch keine Entlastung von den Mehrkosten des Stroms aus erneuerbaren Energien beanspruchen können.

### Sachverhalt und Anspruchsvoraussetzung

Die Klägerin, Betreiberin einer Papierfabrik, hatte im Jahre 2005 ihre Produktion aufgenommen. Sie beantragte im Sommer 2004 für das Jahr der Produktionsaufnahme (2005) eine Entlastung von den hohen Stromkosten, die sich aus der gesetzlichen Verpflichtung zur Abnahme und Vergütung von Strom aus erneuerbaren Energien ergaben. Als Rechtsgrundlage berief sich die Klägerin auf eine Norm des EEG, welche eine *Ausgleichsregelung zur Entlastung stromintensiv produzierender Unternehmen* vorsah. Entlastungsvoraussetzung war unter anderem der *Nachweis eines hohen Stromverbrauchs für das jeweils letzte abgeschlossene Geschäftsjahr*. Da die

Klägerin bei Ablauf der Antragsfrist im Jahr 2004 nur eine Prognose für das Jahr 2005 auf der Basis der Daten einer anderen Fabrik vorlegen konnte, lehnte die Beklagte, die Bundesrepublik Deutschland, eine Entlastung für dieses Jahr ab. Hiergegen erhob die Klägerin Klage und machte geltend, sowohl die *Wettbewerbsfreiheit* als auch der *Gleichbehandlungsgrundsatz* würden eine *erweiternde Auslegung* der gesetzlichen Regelung zugunsten neu gegründeter Betriebe verlangen.

### Beschränkung der Privilegierung durch Nachweispflicht verfassungsgemäß

Das Bundesverwaltungsgericht wies die Revision der Klägerin, die bereits in den Vorinstanzen (VG Frankfurt a.M., VGH Kassel) unterlegen war, zurück. Das Gericht stellte klar, dass die gesetzliche Regelung die Entlastung an den Nachweis von Voraussetzungen für das letzte abgeschlossene Geschäftsjahr vor Ablauf der Antragsfrist anknüpfe, um eine *Privilegierung einzelner Unternehmen nur auf verlässlicher Datengrundlage* zuzulassen. Dies erübrige nachträgliche Korrekturen und diene auch dem *Schutz der übrigen Stromverbraucher*, auf die die Entlastungskosten abgewälzt würden. Die Beschränkung der Privilegierung durch die Nachweispflicht sei *verfassungsgemäß*. Ob das gesetzliche Nachweiserfordernis die Klägerin in ihrer Berufs- oder Wettbewerbsfreiheit oder nur in ihrem Recht auf Gleichbehandlung betreffe, könne offen bleiben. Keine dieser Gewährleistungen verlange eine sofortige Einbeziehung neu gegründeter Unternehmen in die Begünstigung. Ihr *zeitlich begrenzter Ausschluss* von der Entlastung sei nicht willkürlich, sondern *sachlich gerechtfertigt*. Er ermögliche einen verlässlichen, für alle Unternehmen gleichen Nachweis

## MELCHERS LAW: FACHPUBLIKATIONEN

## Urteilsanmerkungen

Tobias Wellensiek

Rechtsanwalt Tobias Wellensiek ist seit 2001 ständiger Mitarbeiter der Zeitschrift für Immobilien- und Baurecht. Folgende Beiträge sind von ihm in jüngerer Zeit erschienen:

IBR (Zeitschrift für Immobilien- und Baurecht) 2010, S. 575: „BGH – Architekt muss unterlassene Bauüberwachung offenbaren, sonst lange Verjährung!“

IBR (Zeitschrift für Immobilien- und Baurecht) 2010, S. 577: „BGH – Vor Schuldrechtsreform: Ansprüche gegen Architekten aus hängen gebliebenem Architektenvertrag verjähren nicht!“

IBR (Zeitschrift für Immobilien- und Baurecht) 2011, S. 334: „BFH – Wann sind Umsatzsteuerforderungen Masseverbindlichkeiten?“



der Privilegierungsvoraussetzungen. Die Nachweispflicht sei geeignet und erforderlich, die Begünstigung entsprechend dem Gesetzeszweck den Unternehmen vorzubehalten, deren Stromverbrauch nicht nur kurzfristig stark erhöht sei. Dies schütze gleichzeitig die nicht privilegierten Letztverbraucher vor ungerechtfertigten Mehrbelastungen. Die Nachteile, die den Unternehmen aus dem Aufschub der Begünstigung erwachsen, seien für diese auch nicht unzumutbar.

**Fazit:** Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts mag auf den ersten Blick erstaunen, da gemeinhin bekannt ist, dass Papierfabriken ab einer gewissen Produktionskapazität klassischerweise zu den stromintensiv produzierenden Unternehmen zählen. Dennoch hat das Gericht an der formalen Gesetzesvoraussetzung festgehalten und eine klare Aussage im Namen der Rechtsklarheit und des Gleichheitsgrundsatzes getroffen. Aufgrund dieser grundlegenden Entscheidung ist davon auszugehen, dass auch entsprechende Nachweisvoraussetzungen im geltenden EEG sowie in anderen Gesetzen, die an einen vorangegangenen Zeitraum anknüpfen, als rechtmäßig angesehen werden. <<

Dr. Ilona Renke  
i.renke@melchers-law.com



## MELCHERS LAW: KAPITALANLAGERECHT

## Grundsätzlich keine Anlageberatungshaftung des freien Anlageberaters bei Nichtaufklärung über Vertriebsprovisionen

Erneut hatte sich der BGH zuletzt mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die von ihm bejahten Aufklärungspflichten einer Bank gegenüber ihren Kunden über die verdeckte Zahlung von Provisionen und Rückvergütungen auf den freien Anlageberater zu übertragen seien (BGH, Urteil vom 03.05.2011, Az.: III ZR 170/10).

### Grundsatz: Unterscheidung zwischen freiem Anlageberater und anlageberater der Bank

Der BGH nimmt in seinem neuen Urteil auf die bislang für den Bereich der sog. „Kick Backs“ ergangene Rechtsprechung Bezug und wiederholt im Wesentlichen die ausschlaggebenden Argumente für eine Aufklärungspflicht der Bank, welche den Kunden über umsatzabhängige Rückvergütungen in Kenntnis zu setzen habe. Grundlage dieser Aufklärungspflicht sei sowohl der Gedanke des Vertrauensschutzes als auch die Aufdeckung von (potenziellen) Interessenkonflikten.

Diese Grundsätze seien jedoch auf den freien Anlageberater aufgrund der unterschiedlichen vertraglichen Situation regelmäßig nicht übertragbar. Aufgrund der besonderen vertraglichen Verbindung zwischen einem Kunden und einer Bank sei eine Aufklärungspflicht der Bank vor allem deswegen zu bejahen, weil diese die Interessen des Kunden zu wahren und in den Mittelpunkt ihrer Beratung zu stellen habe.

Erfolge die Anlageberatung dagegen durch einen freien Anlageberater, der vom Anlageinteressenten keinerlei Entgelt oder Provision erhalte, so liege es auf der Hand, dass der Anlageberater von der Kapital suchenden Gesellschaft, deren Produkt er bewerbe, eine Vertriebsprovision erhalte. Dies gelte insbesondere dann, wenn in den Angebotsunterlagen ein Agio oder

## MELCHERS LAW: PERSÖNLICH

## Frederic Jürgens

MELCHERS Heidelberg



Herr Frederic Jürgens ist nach vorausgegangener anwaltlicher Tätigkeit in einer Baurechtsboutique in Köln seit Juni 2010 als Anwalt für die Sozietät MELCHERS in Heidelberg tätig.

Er berät mittelständische Bauunternehmen und Architekten im Bau- und Architektenrecht. Ein Schwerpunkt seiner anwaltlichen Tätigkeit liegt einerseits in der Vertragsgestaltung, andererseits in der baubegleitenden Rechtsberatung sowie der Abwehr bzw. Durchsetzung von Haftungsansprüchen und Nachträgen. Architekten berät er zudem bei der Durchsetzung ihrer Honoraransprüche.

Herr Frederic Jürgens über sich:

Ein guter Arbeitstag beginnt ...  
... früh!

Am Anwaltsberuf reizt mich ...  
... die Freiheit, nach außen vollkommen parteiisch auftreten zu dürfen.

Wer es in meinem Job zu etwas bringen will ...  
... muss für seine gute Arbeit bekannt sein.

Erfolge feiere ich...  
... wenn sie verdient sind, sonst genieße ich sie.

Es bringt mich auf die Palme ...  
... wenn man mich nicht ausreden lässt.

Zur Zeit beschäftigt mich ...  
... die Prüfung einer Immobilienfinanzierung. <<

Kosten für die Eigenkapitalbeschaffung offen ausgewiesen seien, da in diesem Moment für den Anleger klar erkennbar werde, dass aus diesen Mitteln auch Vertriebsprovisionen gezahlt würden.

### Ausnahme: Aufklärungspflicht des freien Anlageberaters bei Vertriebsprovision über 15% des investierten Kapitals

Die grundsätzlichen Erwägungen des BGH zur Frage einer Aufklärungspflicht des freien Anlageberaters kommen dann nicht zum Zuge, wenn die an den freien Anlageberater ausgezahlten Provisionen eine Größenordnung von 15% und mehr des von Seiten des Anlegers investierten Kapitals erreichen. Auch hierbei wiederholt der BGH seine bislang vertretene Rechtsauffassung, die sich insbesondere darauf stützt, dass bei Provisionen in einer solchen Größenordnung Rückschlüsse auf eine geringere Werthaltigkeit und Rentabilität der Kapitalanlage gezogen werden könnten und der Anlageinteressent über einen solch bedeutenden Umstand informiert werden müsse.

**Fazit:** Das Urteil des BGH bestätigt die bislang zur Aufklärungspflicht eines freien Anlageberaters ergangene Rechtsprechung. Die Abgrenzung zur Anlageberatung durch eine Bank

macht es für den BGH erneut erforderlich, auf das spezifische Pflichtengefüge einer Bank und der ihr obliegenden Rücksichts- und damit Informationspflichten einzugehen. Dass diese Rücksichtnahmepflicht nicht ohne weiteres auf einen sonst nicht mit dem Anlageinteressenten vertraglich verbundenen Anlageberater übertragen werden kann, ist aufgrund der andersartigen vertraglichen Bindung der Parteien konsequent.

Gleiches gilt für die Bejahung einer Aufklärungspflicht bei einer Vertriebsprovision in Höhe von 15% und mehr. Denn hier wird aus der Erwägung heraus, dass bei einer solchen Höhe die Interessen des Anlageinteressenten an einer hinreichenden Aufklärung überwiegen, auch dem Umstand Rechnung getragen, dass gerade bei einer solchen Provisionshöhe von einem besonderen Risiko der beworbenen Anlageform auszugehen ist. Dem Anlageinteressenten soll daher in einem solchen Fall nicht allein die Vertriebsprovision, sondern zugleich das Risiko der beworbenen Anlage ausdrücklich vor Augen geführt werden. <<

Dr. Andreas Decker  
a.decker@melchers-law.com

## MELCHERS LAW: ÖFFENTLICHES BAURECHT

## Erschließungsbeiträge – in welcher Höhe an wen zu zahlen?

Das Bundesverwaltungsgericht hatte Ende letzten Jahres (BVerwG, Urteil vom 01.12.2010 – Az.: 9 C 8.09) folgenden Sachverhalt zu entscheiden: Die Beklagte ist eine Erschließungsgesellschaft in Form einer GmbH, deren *einzigste Gesellschafterin eine Gemeinde* war. Mit Erschließungsvertrag hatte die Gemeinde der Erschließungsgesellschaft die Erschließung eines Neubaugebiets übertragen und die Umlegung der Erschließungsbeiträge auf die Grundstückseigentümer vereinbart. Die Kläger sind Grundstückserwerber und zahlten an die Erschließungsgesellschaft Abschlagszahlungen auf die Erschließungskosten. Diese Zahlungen forderten sie mit der Klage zum Teil zurück, weil diese ohne Rechtsgrund gezahlt worden seien.

### Entscheidung

Das BVerwG gab der Klage der in den Vorinstanzen (VG Stuttgart, VGH Mannheim) unterlegenen Kläger statt. Der Erschließungsvertrag sei *nichtig*. Grundsätzlich sei es Aufgabe der Gemeinde, die Grundstücke des Gemeindegebiets zu erschließen, § 123 BauGB. Zur Kostendeckung könne die Gemeinde für die Errichtung bestimmter Anlagen Erschließungsbeiträge von dem Grundstückseigentümer fordern, §§ 127 ff. BauGB. Allerdings müsse die Gemeinde stets 10% des beitragsfähigen Aufwandes selbst tragen, § 129 Abs. 1 BauGB. Alternativ könne die Gemeinde die Erschließung an „Dritte“ – private Erschließungsträger – übergeben, welche dann von der 10%-Begrenzung befreit wären, also 100% der Erschließungsbeiträge von den Eigentümern verlangen könnten, § 124 Abs. 1 BauGB.

Handelt es sich bei dem Erschließungsträger allerdings um eine Gesellschaft des Privatrechts, welche *von der Gemeinde ganz oder mehrheitlich beherrscht wird* (Eigentumsverhältnisse der Gemeinde), so sei dieser Erschließungsträger nicht „Dritter“ im Sinne des § 124 Abs. 1 BauGB. Dieser private Erschließungsträger müsse 10% der beitragsfähigen Aufwendungen selbst tragen und könne die Erschließungsbeiträge nur zu 90% auf die Eigentümer umlegen.

### Bewertung

Die Entscheidung ist richtig. Das BVerwG unterbindet die Möglichkeit der Gemeinden, durch eine „Flucht ins Privatrecht“ vertraglich die Erschließungskosten auf die Grundstückseigentümer abzuwälzen und dadurch die 10%-Begrenzung nach § 129 Abs.1 BauGB zu umgehen.

**Fazit:** Die Entscheidung dürfte vor allem für Bauträger und großflächig Gewerbetreibende interessant sein. Hier lohnt sich eine genaue Prüfung, an wen die Erschließungsbeiträge geleistet wurden. Wurden die Beiträge an eine Eigengesellschaft der Gemeinde geleistet, könnten gegebenenfalls 10% der Beiträge zurückverlangt werden. <<

Frederic Jürgens  
f.juergens@melchers-law.com

## MELCHERS LAW: STRAFRECHT

## Gesetzgeber reformiert durch das Schwarzgeldbekämpfungsgesetz das Recht der Selbstanzeige im Steuerstrafrecht

Seit dem Beschluss des 1. Strafsenates des BGH vom 20.05.2010 (Az.: 1 StR 577/09) zur Selbstanzeige ist im Steuerstrafrecht viel und vor allem auch kontrovers über das Schicksal der Selbstanzeige diskutiert worden. Anlass hierfür bot die überraschende Abkehr des BGH von der bislang steten Rechtsprechung

unter anderem auch zur Zulässigkeit der Teilselbstanzeige. Der allgemeinen Verunsicherung hat sich nun auch der Gesetzgeber im Schwarzgeldbekämpfungsgesetz angenommen und der weiteren Zukunft des Instituts der Selbstanzeige eine zumindest überarbeitete Grundlage im Gesetz geschaffen.

### Verschärfung der Voraussetzungen für eine strafbefreiende Selbstanzeige

Die gute Nachricht ist, dass die Selbstanzeige nicht vollkommen abgeschafft wurde. Die für viele sicherlich weniger erfreuliche Neuigkeit ist, dass eine deutliche Verschärfung bei den Voraussetzungen und den Ausschlussgründen in das Gesetz aufgenommen wurde.

In Zukunft muss eine Selbstanzeige nicht nur zutreffende, sondern auch *vollständige Angaben zu allen noch verfolgbaren Steuerhinterziehungen* einer jeweiligen Steuerart enthalten. Es reicht also nicht mehr aus, lediglich Angaben insoweit zu machen, als man eine Entdeckung seiner Tat fürchtet. Dieses neue Gebot der Vollständigkeit soll dazu dienen, den seit dem Beschluss des BGH in der Praxis geächteten *Teilselbstanzeigen ihre strafbefreiende Wirkung* nunmehr auch per Gesetz *abzuerkennen*. Es nimmt also nicht Wunder, wenn nach dem Gesetzeswortlaut zukünftig schon kleinere Ungenauigkeiten die Wirksamkeit der Selbstanzeige insgesamt kippen können. Besonders kritisch werden dabei unwissentlich gemachte Fehler zu beurteilen sein, die der Anzeigende möglicherweise jedoch hätte erkennen können. Ist der Anzeigende dennoch zur vollständigen Steuerehrlichkeit zurückgekehrt? Aus seiner Sicht bestimmt, ob das die Verfolgungsbehörden dann aber auch so sehen werden, bleibt abzuwarten.





### Verschärfung der Ausschlussgründe

Auch bei den Ausschlussgründen hat sich einiges getan. Hinzuweisen ist insbesondere auf die folgenden zwei Punkte: Solange der Betriebsprüfer nach früherer Rechtslage noch nicht körperlich zur Vornahme von Prüfungshandlungen erschienen war, konnte man sich noch selbst anzeigen. Das soll sich ändern, denn nach dem Willen des Gesetzgebers tritt die *Sperrwirkung für eine Selbstanzeige* zukünftig schon mit der *Bekanntgabe der Prüfungsanordnung* ein. Auch werden es Steuerhinterzieher mit *Beträgen über 50.000 EUR je einzelner Straftat* schwerer als bislang haben. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll hier nämlich *keine strafbefreiende Selbstanzeige mehr möglich* sein. Stattdessen soll von der Verfolgung dieser Taten abgesehen werden, wenn der Täter den hinterzogenen Geldbetrag mit einem *Zuschlag von 5%* an die Staatskasse bezahlt.

Doch bevor die alte Regelung der (Teil-)Selbstanzeige dann in der Rechtsgeschichte verblasst, hat der Gesetzgeber wenigstens noch einmal das Zepter der demokratisch legitimierten Herrschaft über das Gesetz ergriffen, welches ihm zuvor von der Rechtsprechung so jäh aus der Hand genommen wurde: Bis zur Ausfertigung des neuen Gesetzes durch den Bundespräsidenten gibt es einen *übergangsweisen Vertrauensschutz zumindest für Altfälle*, die nach der alten Rechtslage bereits zur Anzeige gebracht wurden.

**Fazit:** Die von der Rechtsprechung des BGH vergangenes Jahr eingeleitete Verschärfung des Rechts der Selbstanzeige wurde vom Gesetzgeber aufgegriffen und gesetzlich fortgeschrieben. Dennoch ist vieles unklar geblieben, so dass man schon heute sagen kann, dass der Gesetzgeber es versäumt hat, für die Praxis abschließende Klarheit zu normieren. Die Entwicklung des Rechts zur Selbstanzeige bleibt weiterhin spannend. <<

Timo Schmucker  
t.schmucker@melchers-law.com

## MELCHERS LAW: WETTBEWERBSRECHT

# Kopplung von Gewinnspielen – Nicht zwangsläufig wettbewerbswidrig

### Sachverhalt

Eine Supermarktkette veranstaltete eine Aktion „Einkaufen, Punkte sammeln, gratis Lotto spielen“. Dabei erhielten die Kunden bei jedem Einkauf für 5 EUR Einkaufswert je einen Bonuspunkt. Ab zwanzig Bonuspunkten bestand die Möglichkeit, kostenlos an einer Lotterziehung teilzunehmen. Die Teilnahme am Gewinnspiel war somit faktisch an den vorherigen Einkauf im Supermarkt gekoppelt. Hiergegen hat die Klägerin mit der Begründung Klage erhoben, dieses Verhalten sei aufgrund von § 4 Nr. 6 UWG wettbewerbswidrig. Danach handelt u.a. unlauter, wer die Teilnahme an einem Gewinnspiel von dem Erwerb einer Ware abhängig macht. Nach Durchlauf aller Instanzen hat der BGH die Sache dem EuGH vorgelegt. Dieser hat entschieden (Urteil v. 14.01.2010, C-304/08), dass ein generelles Verbot der Kopplung von Gewinnspielen an einen Warenverkauf ohne Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls europarechtswidrig ist und die Sache an den BGH zurückverwiesen.

Aufgrund der Vorgaben des EuGH war abzusehen, dass der BGH ein generelles Verbot der Kopplung von Gewinnspielen oder Preisausschreiben mit dem Absatz von Waren oder Dienstleistungen gem. § 4 Nr. 6 UWG nicht bestehen lassen kann. Bislang war allerdings noch unklar, ob der BGH das Verbot aufheben wird oder die Vorschrift unter dem Vorbehalt einer Einzelfallprüfung aufrecht erhält (siehe hierzu den Beitrag in MELCHERS LAW Nr. 22).

### Entscheidung

Der BGH hat die Klage abgewiesen. Anders als vergleichbare Tatbestände des § 4 UWG enthalte Nr. 6 der Vorschrift keine Wertungsmöglichkeit. Zwar muss hinzukommen, dass die angegriffene Wettbewerbsbehandlung geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil der Marktteilnehmer spürbar zu beeinträchtigen. Der BGH stellt in seiner Entscheidung aber ausdrücklich

fest, dass die gesetzlich geforderte Spürbarkeitsgrenze durch die erhebliche Anlockwirkung, die von einem Gewinnspiel ausgeht, überschritten wird. Damit erfasse das Verbot des § 4 Nr. 6 UWG generell gekoppelte Gewinnspiele, unabhängig von einer unsachlichen Beeinflussung oder Irreführung der Verbraucher.

Ein solch umfassendes Verbot sei – wie durch den EuGH entschieden – mit der UGP-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (2005/29/EG) nicht vereinbar. Diese habe zu einer vollständigen Harmonisierung der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen auf Unionsebene geführt. Deutschland dürfe daher keine strengeren Regelungen als die in der Richtlinie festgelegten normieren.

Die Bestimmung des § 4 Nr. 6 UWG sei somit in der Weise *europarechtskonform auszulegen*, dass die *Kopplung nur dann unlauter* ist, wenn sie *im Einzelfall* eine unlautere Geschäftspraxis im Sinne der Richtlinie darstellt. Dies hat der BGH im zu entscheidenden Fall verneint. Weder falle die Kopplung unter ein Per-se-Verbot der Richtlinie, noch komme eine aggressive Geschäftspraxis nach Art. 8 und 9 der Richtlinie in Betracht. Daher bliebe lediglich zu prüfen, ob sich das fragliche Verhalten im Einzelfall als eine irreführende Geschäftspraxis (Art. 6 und 7 der Richtlinie) darstellt oder als Verstoß gegen die berufliche Sorgfalt (Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie) einzuordnen ist. Beides hat der BGH ebenfalls nicht angenommen. Es sei nicht bewiesen, dass die Verbraucher unzureichend über die Teilnahmebedingungen oder Gewinnmöglichkeiten unterrichtet wurden. Ebenso fehle es am Verstoß gegen die berufliche Sorgfalt.

**Fazit:** Die praktischen Konsequenzen der vorliegenden Entscheidung für Unternehmen und deren zukünftige Gewinnspielaktionen sind weitreichend. Das generelle Kopplungsverbot bei Gewinnspielen existiert in seiner bisherigen Form nicht mehr. Nur noch in Ausnahmefällen wird von einem Wettbewerbsverstoß auszugehen sein. Nämlich dann, wenn sich die Kopplung als eine Irreführung oder als Verstoß gegen die berufliche Sorgfalt im Sinne der UGP-Richtlinie darstellt. Trotz der Entscheidung des BGH wird daher nach wie vor auf eine ordnungsgemäße Ausgestaltung der Teilnahmebedingungen zu achten sein, um eine unlautere Geschäftspraxis zu vermeiden. <<

Christian Hufen  
c.hufen@melchers-law.com

## MELCHERS LAW: MITTEILUNGEN

## Hohe internationale Auszeichnung für Dr. Jörg Hofmann

Für seine Expertise im Glücksspielrecht wurde Dr. Jörg Hofmann für 2011 von Chambers Global in der Kategorie „Gaming and Gambling: Global-wide“ als einer von weltweit insgesamt 37 „Leading Individuals“ empfohlen. Die Auszeichnung wurde im März dieses Jahres in „The World's Leading Lawyers for Business“ veröffentlicht. Chambers mit Sitz in London ist eine der angesehensten unabhängigen Ranking Firms, die jedes Jahr auf Basis eigener

Erhebungen in über 180 Ländern Auszeichnungen für die meist empfohlenen Anwälte und Kanzleien vergibt. Seit 1990 führt Chambers jährlich Tausende von Interviews mit Juristen und deren Mandanten in über 180 Ländern, um über deren Empfehlungen die besten Experten auf dem Markt zu ermitteln. Die maßgeblich zu Grunde gelegten Kriterien sind dabei vor allem Erfahrung, Fachkenntnis und Professionalität sowie die Reaktionszeit und der wirtschaftliche Wert der erbrachten Leistung.

MELCHERS freut sich über diese bedeutende Anerkennung und sieht darin die Bestätigung einer erfolgreichen und Jahre langen Aufbauarbeit des glücksspielrechtlichen Kompetenzteams um Dr. Jörg Hofmann, das mit grenz-



RANKED IN  
CHAMBERS  
GLOBAL  
2011  
Leading Individual

überschreitendem Blick und höchster fachlicher Konzentration in diesem immer bedeutender werdenden Nischenmarkt Boutiquenqualität bietet. Besonders erfreulich ist die offenbar hohe Empfehlungsrate von Mandanten und Kollegen im In- und Ausland. <<

## MELCHERS LAW: AUTOREN DIESER AUSGABE

Nähere Informationen zu den Autoren finden Sie im Internet unter [www.melchers-law.com](http://www.melchers-law.com).

**DR. ANDREAS DECKER**

ist vor allem auf den Gebieten des Handels- und Gesellschaftsrechts tätig. Daneben gehören das Bank- und Kapitalmarktrecht sowie das Wettbewerbsrecht zu den Schwerpunkten seiner Mandatsbetreuung.

**CHRISTIAN HUFEN**

berät nationale und internationale Mandanten unter anderem auf den Gebieten des IT-Rechts, des Datenschutzrechts und des Wettbewerbsrechts.

**FREDERIC JÜRGENS**

berät mittelständische Unternehmen und Investoren sowohl im Bau- und Architektenrecht, als auch im Vergaberecht.

**DR. MATTHIAS PASCHKE**

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

**DR. ILONA RENKE**

berät Wirtschaftsunternehmen und öffentliche Auftraggeber im öffentlichen Recht, insbesondere im öffentlichen Bau- und Planungsrecht, im Umwelt- und Technikrecht sowie im Energie-recht. Sie ist Lehrbeauftragte an der Universität Heidelberg.

**TIMO SCHMUCKER, LL.M.**

ist Fachanwalt für Strafrecht und auf die Individualstrafverteidigung sowie auf die Beratung und Vertretung von Unternehmen in Strafverfahren spezialisiert.

**DR. DENNIS VOIGT**

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

**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. Ilona Renke  
[i.renke@melchers-law.com](mailto:i.renke@melchers-law.com)

**KONZEPTION UND GESTALTUNG**

[www.fischerziegler.com](http://www.fischerziegler.com)

**ERSCHEINUNGSWEISE**

6 Ausgaben pro Jahr

**NACHBESTELLUNGEN**

[newsletter@melchers-law.com](mailto: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](mailto:heidelberg@melchers-law.com)

**BERLIN**

Katharinenstraße 8  
10711 Berlin, Deutschland  
T +49-(0)30-3101399-0  
F +49-(0)30-3101399-10  
E [berlin@melchers-law.com](mailto:berlin@melchers-law.com)

**FRANKFURT AM MAIN**

Darmstädter Landstraße 108  
60598 Frankfurt/Main, Deutschland  
T +49-(0)69-6 53 00 06-0  
F +49-(0)69-6 53 00 06-40  
E [frankfurt@melchers-law.com](mailto:frankfurt@melchers-law.com)

[www.melchers-law.com](http://www.melchers-law.com)