

# MELCHERS

## LAW

**29** | AUSGABE  
JANUAR/FEBRUAR 2012

**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,



das Jahr 2011 hat die Politik stark gefordert. Ob die getroffenen Entscheidungen richtig oder falsch waren, wird sich zeigen. Waren sie falsch, werden die Auswirkungen für alle schwerwiegend sein.

Das Jahr 2012 wird den Unternehmen in jedem Fall zusätzliche Belastungen

abverlangen, um die Folgen der Finanz- und Eurokrise auf der eigenen Seite wie auf der Seite der Vertragspartner, Kunden, Mitarbeiter usw. zu bewältigen.

Wir bleiben an Ihrer Seite und wollen auch im Jahr 2012 unser Bestes geben, um Ihnen und künftigen Mandanten durch Rat und Beistand zu helfen. Wir hoffen, Ihnen auch durch unsere Beiträge in der aktuellen Ausgabe von MELCHERS LAW für Ihr Alltagsgeschäft die ein oder andere hilfreiche Information geben zu können.

Wir wünschen Ihnen ein gutes und erfolgreiches neues Jahr 2012!

Ihr Dr. Dieter Thünnesen  
d.thuennesen@melchers-law.com



MELCHERS LAW: IN DIESER AUSGABE

#### ARBEITSRECHT

Outsourcing des Datenschutzes ist kein Widerrufsgrund für den Datenschutzbeauftragten **02**

#### FERNABSATZRECHT

Vorzeitiger Abbruch einer ebay Auktion **03**

#### STEUERRECHT

Vorsteuerabzug im Zusammenhang mit der Installation einer Photovoltaikanlage **04**

#### URHEBERRECHT

Stuttgart 21: Urheberrechtsschutzklage ohne Erfolg! **05**

#### WETTBEWERBSRECHT

Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern – Ist das letzte Wort gesprochen? **06**

#### >> INTERNATIONAL **02**

#### >> PRAXISREPORT **04**

#### >> PERSÖNLICH **06**

#### >> PRAXISTIPP **07**

#### >> VERANSTALTUNGEN **08**

#### >> FACHPUBLIKATIONEN **08**

## MELCHERS LAW: ARBEITSRECHT

## Outsourcing des Datenschutzes ist kein Widerrufsgrund für den Datenschutzbeauftragten

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat in seinem Urteil vom 23.03.2011 (Az.: 10 AZR 562/09) die Anforderungen für einen Widerruf der Bestellung zum Datenschutzbeauftragten konkretisiert.

### Sachverhalt

Die Geschäftsleitung eines Unternehmens beschloss, den Datenschutz für ihr Unternehmen und die Tochtergesellschaften konzerneinheitlich von einem externen Dritten wahrnehmen zu lassen, und widerrufen die Bestellung einer Mitarbeiterin zur Datenschutzbeauftragten. Die Mitar-

beiterin war darüber hinaus Betriebsratsmitglied. Das BAG hatte nun über die Rechtswirksamkeit des Widerrufs zu entscheiden.

### Entscheidung

Das BAG entschied, dass der Widerruf der Bestellung zur Datenschutzbeauftragten rechtsunwirksam ist und verwies auf den in § 4f Absatz 3 Satz 4 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) enthaltenen besonderen Abberufungsschutz. Es führte weiter aus, dass der Datenschutzbeauftragte sein Amt weisungsfrei ausüben können und wegen der Erfüllung seiner Aufgaben nicht beeinträchtigt werden solle. Deshalb reduziere § 4f Absatz 3 Satz 4 BDSG die *Widerrufsmöglichkeit* auf zwei Tatbestände: den *wichtigen Grund* in entsprechender Anwendung des § 626 BGB sowie das *Verlangen der Aufsichtsbehörde*.

Ob ein wichtiger Grund vorliege, sei in zwei Stufen zu prüfen. Zunächst bedürfe es eines *objektiven und schwerwiegenden Grundes*, der zur Rechtfertigung der Abberufung geeignet sei. Auf der zweiten

Stufe sei eine *Interessenabwägung* unter Berücksichtigung der Gegebenheiten des Einzelfalls vorzunehmen. Nur wenn es danach dem Unternehmen unzumutbar sei, die Bestellung zum Datenschutzbeauftragten aufrechtzuerhalten, sei ein Widerruf zulässig.

### Organisationsentscheidung kein wichtiger Grund zur Abberufung

Die unternehmerische Entscheidung, den Datenschutz künftig konzerneinheitlich auf einen externen Datenschutzbeauftragten zu übertragen, und eine damit ggf. verbundene Kostenersparnis stellen nach Auffassung des BAG keinen wichtigen Grund zur Abberufung dar. Das freie Beststellungs- und Auswahlrecht rechtfertige es nicht, einen bereits bestellten Datenschutzbeauftragten aufgrund einer neuen Organisationsentscheidung wieder abberufen. Die Zulassung der jederzeitigen Widerrufsmöglichkeit aufgrund von Organisationsentscheidungen würde den *besonderen Abberufungsschutz* zur Disposition des Unternehmens stellen.

## MELCHERS LAW: INTERNATIONAL

## Nigeria

Die Internationalisierung der Wirtschaft schreitet voran, weshalb Unternehmen bei grenzüberschreitenden Tätigkeiten vielfach auch Rechtsberatungsleistungen für fremde Rechtsordnungen benötigen. Solche kann MELCHERS Ihnen schnell und kompetent vermitteln. Hierzu greifen wir auf unser internationales Netzwerk „International Alliance of Law Firms“ (Alliance) zurück, dem angesehene Wirtschaftskanzleien aus mehr als 50 Ländern weltweit angehören.

In lockerer Folge möchten wir Ihnen einzelne Kooperationspartner vorstellen. Gerne stehen wir Ihnen für weitere Informationen zur Verfügung.



Kemi Segun

### Adepetun Caxton-Martins Agbor & Segun

Nigeria ist eines der politisch und wirtschaftlich bedeutendsten Länder Afrikas. Adepetun Caxton-Martins Agbor & Segun Law Firm („ACAS“), seit 2006 Mitglied der Alliance, hat als eine der renommiertesten Kanzleien Nigerias mit über 40 Berufsträgern Büros in den Wirtschaftszentren Lagos, Abuja sowie Port Harcourt. Die Kanzlei wurde 1961 gegründet und ist angelsächsisch geprägt. ACAS berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts neben einer Vielzahl von nationalen und internationalen Unternehmen auch supranationale Organisationen sowie zahlreiche ausländische Behörden.

Besonders hervorzuheben sind die umfassenden Kenntnisse und eine über 20-jährige Expertise im Bereich der Rohstoffwirtschaft, des Bergbaus, der Telekommunikation, der Schiff- und Luftfahrt und des Bank- und Immobilienwesens. ACAS gilt ferner als die führende nigerianische Kanzlei für Rechtsfragen der Energie-, Öl- und Gasbranche. Die Kanzlei kann auf beste Verbindungen zu zahlreichen Regierungsbehörden des Landes verweisen; sie unterhält zudem exzellente (internationale) Wirtschaftskontakte und ist u.a. Mitglied in der

„Franco-Nigeria Chamber of Commerce & Industry“ und der „Nigeria German Business Association“. Dies alles ermöglicht eine schnelle, den Besonderheiten des Landes entsprechende, pragmatische rechtliche Beratung und Vertretung zur Durchsetzung der wirtschaftlichen Interessen der Mandanten von ACAS.

Im Jahr 2010 wurde die Kanzlei als „Best Practice Administrator in the Nigeria Legal Industry“ durch den renommierten „Esquire & Business Day“ ausgezeichnet und erhielt den Global Law Experts Awards 2010 als „Energy Law Firm of the Year“. In den letzten Jahren wurde die Kanzlei zudem mehrfach für den „African Law Firm of the Year Award“ nominiert!

Die Partnerin Kemi Segun ist seit 2011 Mitglied des Executive Board der Alliance. <<

Kanzlei: Adepetun Caxton-Martins Agbor & Segun

Internet: <http://www.acas-law.com>

E-Mail: [acas@acas-law.com](mailto:acas@acas-law.com)

Telefon: +234(1)4622094



Wichtige Gründe zur Abberufung seien dagegen solche, die mit der Funktion und Tätigkeit des Datenschutzbeauftragten zusammenhängen und eine weitere Ausübung dieser Tätigkeit unmöglich machen oder diese erheblich gefährden, wie z.B. die dauerhafte Verletzung von Kontrollpflichten oder die Verletzung von Geheimhaltungsverpflichtungen. Betriebliche Gründe können nur ganz ausnahmsweise einen Widerruf rechtfertigen, so die Fälle der Betriebsschließung oder der betrieblichen Notsituation.

#### Keine Interessenkollision zwischen den Ämtern des Datenschutzbeauftragten und des Betriebsrates

Ferner ist das BAG der Auffassung, dass keine Interessenkollision zwischen den Ämtern des Datenschutzbeauftragten und des Betriebsrates bestehe, so dass die Mitgliedschaft im Betriebsrat kein wichtiger Grund für die Abberufung als Datenschutzbeauftragter ist. Dies wird jedoch aus datenschutzrechtlicher Perspektive durchaus anders betrachtet.

**Fazit:** Das BAG hat den Abberufungsschutz von Datenschutzbeauftragten deutlich gestärkt. Insbesondere kleine und mittlere Unternehmen sollten im Hinblick auf die geringen Widerrufsmöglichkeiten in Kombination mit dem Sonderkündigungsschutz nach § 4f Absatz 3 Satz 5 BDSG vor der Bestellung eines Datenschutzbeauftragten gründlich überlegen, ob sie diese Funktion intern durch einen Arbeitnehmer oder extern besetzen. Die Trennung von einem einmal berufenen Datenschutzbeauftragten erscheint schwieriger als von einem Betriebsratsmitglied, dessen Amtszeit nach 4 Jahren und der Sonderkündigungsschutz ein weiteres Jahr später enden, sofern nicht eine Wieder-

wahl stattfindet. Inwiefern die Bestellung des Datenschutzbeauftragten befristet werden kann, ist bis dato höchstrichterlich noch nicht geklärt. <<

Katja König  
k.koenig@melchers-law.com

#### MELCHERS LAW: FERNABSATZRECHT

## Vorzeitiger Abbruch einer ebay Auktion

### Sachverhalt

Der Bundesgerichtshof hatte am 08.06.2011 (Az.: VIII ZR 305/10) folgenden Sachverhalt zu entscheiden: Der Beklagte stellte am 23.08.2009 eine gebrauchte Digitalkamera nebst Zubehör bei ebay für sieben Tage zur Auktion ein. Am folgenden Tag beendete er das Angebot vorzeitig. Zu diesem Zeitpunkt war der Kläger mit einem Gebot von 70,00 Euro der Höchstbietende. Da der Beklagte einer Lieferung der Kamera nicht nachkam, forderte der Kläger vom Beklagten *Schadenersatz* in Höhe der *Differenz* zwischen seinem *Gebot* und dem von ihm behaupteten *Verkehrswert* der Kamera. Der Beklagte berief sich darauf, die Kamera sei ihm am Nachmittag des 24.08.2009 gestohlen worden, was ihn zum vorzeitigen Abbruch der Auktion berechtigt habe. In § 10 Abs. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von ebay heißt es unter anderem:

*„Bei Ablauf der Auktion oder bei vorzeitiger Beendigung des Angebots durch den Anbieter kommt zwischen Anbieter und Höchstbietendem ein Vertrag über den Erwerb des Artikels zustande, es sei denn, der Anbieter war gesetzlich dazu berechtigt, das Angebot zurückzunehmen und die vorliegenden Gebote zu streichen.“*

Ergänzend wird in den auf der Website von ebay zugänglichen Hinweisen zum Auktionsablauf als Grund für eine vorzeitige Angebotsbeendigung unter anderem der Verlust des angebotenen Artikels genannt.

### Entscheidung

Die Revision des Klägers hatte keinen Erfolg. Der geltend gemachte Anspruch stehe dem Kläger nicht zu, da zwischen den Parteien *kein Kaufvertrag zustande*

*gekommen* sei. Der VIII. Zivilsenat des BGH hat somit entschieden, dass eine *Berechtigung zur Angebotsrücknahme* nach § 10 Abs. 1 Satz 5 der AGB von ebay auch *im Fall eines Diebstahls* des angebotenen Artikels besteht, welcher im zu entscheidenden Fall vom Beklagten auch nachgewiesen werden konnte. Die in dieser Bestimmung enthaltene Bezugnahme auf eine „gesetzliche“ Berechtigung zur Angebotsbeendigung sei nicht nur im Sinne einer *Verweisung auf die gesetzlichen Bestimmungen* über die Anfechtung von Willenserklärungen zu verstehen. Vielmehr sei die unscharf formulierte und daher *auslegungsbedürftige Bestimmung* dahingehend auszulegen, dass sie auch den Fall erfasse, in dem wegen Untergangs des Kaufgegenstandes eine *Befreiung von der Hauptleistungspflicht* eintrete. Grund für diese Auslegung sei insbesondere, dass in den allen Auktionsteilnehmern zugänglichen Hinweisen zum Auktionsablauf neben der Beschädigung des Artikels auch ein anderweitiges nicht mehr Verfügbares des Verkaufsgegenstandes genannt sei. Dies zeige, dass selbst ebay davon ausgehe, dass auch der Verlust des Kaufgegenstandes zur Angebotsbeendigung berechtige. Daher sei der Verlust des Verkaufsgegenstandes als rechtfertigender Grund für eine vorzeitige Angebotsbeendigung davon erfasst. Hierunter falle auch der Diebstahl. Dadurch sei für alle Auktionsteilnehmer ersichtlich, dass der Verkäufer nach den für die Auktion maßgeblichen „Spielregeln“ berechtigt sei, auch im Falle des Abhandkommens durch Diebstahl sein Angebot vorzeitig zu beenden.

**Fazit:** Es handelt sich bei dem Urteil des BGH um eine logische Auslegung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von ebay. In Zukunft ist es im Fall eines nachweisbaren Diebstahls einer bei ebay zum Verkauf eingestellten Ware möglich, ohne nachteilige Konsequenzen eine Auktion vorzeitig abzubrechen. Es entstehen für diesen Fall keine Schadenersatzansprüche. Diese Rechtsprechung dürfte zudem – bei fehlendem Verschulden des Verkäufers – auf sämtliche Fälle des Untergangs der eingestellten Ware auszudehnen sein. Auch wenn das Urteil des BGH als richtig und interessengerecht eingestuft werden kann, birgt es doch ein gewisses Missbrauchsrisiko, da es im Einzelfall schwer nachzuweisen sein dürfte, was bzw. was nicht tatsächlich gestohlen worden ist. Insoweit bleibt die weitere Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten. <<

Marc Ruben Zimmert  
m.zimmert@melchers-law.com



## MELCHERS LAW: STEUERRECHT

## Vorsteuerabzug im Zusammenhang mit der Installation einer Photovoltaikanlage

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat sich jüngst in drei Urteilen (Urteile vom 19.07.2011 – Az.: XI R 29/09, XI R 21/10 und XI R 29/10) zu den Voraussetzungen und zum Umfang eines Vorsteuerabzugs im Zusammenhang mit der Installation einer Photovoltaikanlage (PV-Anlage) zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie geäußert. Danach ist ein privater Betreiber einer solchen Anlage, der den mit seiner Anlage erzeugten Strom kontinuierlich an einen Energieversorger veräußert, insoweit umsatzsteuerrechtlich Unternehmer. Er ist damit grundsätzlich *zum Abzug der ihm in Rechnung gestellten Umsatzsteuer aus Aufwendungen berechtigt*, die mit seinen Umsätzen aus den Stromlieferungen in direktem und unmittelbarem Zusammenhang stehen. Im Einzelnen:

### PV-Anlage auf leerstehendem Schuppen

Ein privater Stromerzeuger installierte eine PV-Anlage *auf dem Dach eines* nicht genutzten, *leerstehenden Schuppens*. Der BFH urteilte, dass der Stromerzeuger in diesem Fall den *Vorsteuerabzug* aus den *Herstellungskosten des Schuppens nur teilweise* beanspruchen könne, nämlich nur insoweit, als er das Gebäude für die Stromlieferungen unternehmerisch nutzt. *Voraussetzung* ist allerdings, dass diese unternehmerische Nutzung des Schuppens *mindestens 10 % der Gesamtnutzung* beträgt, denn nach dem Umsatzsteuergesetz gilt die Lieferung eines Gegenstands (hier: des Schuppens), den der Unternehmer zu weniger als 10 % für

## MELCHERS LAW: PRAXISREPORT

## Wichtige steuerliche Neuerungen ab dem 01.01.2012 und deren Auswirkungen auf arbeitsrechtliche Versorgungszusagen

Auf Grundlage des Rentenversicherungs-Altersgrenzenanpassungsgesetzes vom 20.04.2007 hat das Bundesministerium für Finanzen das steuerliche Mindestalter in der betrieblichen Altersversorgung für Zusagen ab dem 01.01.2012 vom 60. Lebensjahr auf das 62. Lebensjahr erhöht. Für Versorgungszusagen, die nach dem 31.12.2011 erteilt werden, kann die steuerliche Förderung nach § 3 Nr. 63 EStG demnach nicht mehr geltend gemacht werden, wenn für die Altersrente, und zwar auch für eine etwaige vorzeitige Altersrente, ein früherer Leistungsbezug als das 62. Lebensjahr vorgesehen ist. Hiervon nicht betroffen sind Zusagen mit einer steuerlichen Förderung nach § 40b EStG sowie Zusagen, die auf Verträgen vor dem 01.01.2012 beruhen. Letztere genießen, soweit es nicht zu wesentlichen Vertragsänderungen kommt, vollen Bestandsschutz.

### Auswirkungen auf arbeitsrechtliche Versorgungszusagen

Auch wenn die Anpassung der Altersgrenzen in der gesetzlichen Rentenversicherung damit zunächst nur im Steuerrecht nachvollzogen wurde, sollte man sich auch arbeitsrechtlich bereits heute an dieser Untergrenze orientieren. Das heißt zwar nicht, dass in Versorgungszusagen zukünftig grundsätz-

lich nicht auch eine niedrigere Altersgrenze als die Vollendung des 62. Lebensjahres wirksam festgelegt werden könnte, zu bedenken sind jedoch die hieraus etwaig resultierenden Risiken.

### Nichtanwendbarkeit des Betriebsrentengesetzes, insb. fehlender Insolvenzschutz

Bei Altersrenten aus Versorgungszusagen ab dem 01.01.2012, die für die Altersleistung an ein früheres als das 62. Lebensjahr anknüpfen, besteht beispielsweise das Risiko, lediglich als Übergangsgeld qualifiziert zu werden und damit vom Geltungsbereich des Betriebsrentengesetzes (BetrAVG) ausgeschlossen zu sein. Um unter das BetrAVG und damit insbesondere unter die gesetzliche Insolvenzversicherung zu fallen, muss die Altersgrenze nämlich so gelegt sein, dass die danach gewährte Rente noch als zur Alterssicherung bestimmt charakterisiert werden kann. Diesbezüglich ist dem Gesetz bisher jedoch weder eine bestimmte Altershöchstgrenze noch eine Mindestgrenze zu entnehmen. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) ist jedenfalls erforderlich, dass durch die Leistung die Einkommensersatzfunktion für den Fall des Alters sichergestellt ist; dies wurde bisher (unter Ausnahme von besonderen Berufsgruppen, z.B. Piloten) bei Leistungen ab dem vollendeten 60. Lebensjahr grundsätzlich bejaht (vgl. BAG

sein Unternehmen nutzt (sog. unternehmerische Mindestnutzung), als nicht für das Unternehmen ausgeführt.

### PV-Anlage auf privat genutztem Carport

In einem weiteren Fall installierte ein privater Stromerzeuger eine PV-Anlage auf dem Dach eines *Carports*, den er *zum Unterstellen eines privat genutzten Pkw* verwendete. In diesem Fall kann der Stromerzeuger den *Carport insgesamt* seinem Stromerzeugungs-Unternehmen *zuordnen*. Er war nach *damaliger Rechtslage* zwar in vollem Umfang zum

Vorsteuerabzug aus den Herstellungskosten des Carports berechtigt, falls die unternehmerische Nutzung des gesamten Carports mindestens 10 % betrug, musste dann aber die private Verwendung des Carports als sog. *unentgeltliche Wertabgabe* versteuern.

Es ist darauf hinzuweisen, dass nach einer am *01.01.2011 in Kraft getretenen Änderung des Umsatzsteuergesetzes* (UStG) der Vorsteuerabzug in derartigen Fällen *nur noch teilweise* möglich ist. Nach § 15 Absatz 1b UStG ist der Vor-

vom 28.10.2008, DB 2009, S. 1714). Ob dies das BAG aufgrund der gesetzlichen Neuerungen auch zukünftig so sehen wird, ist allerdings fraglich. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass in Bezug auf die gesetzliche Insolvenzversicherung gemäß § 7 BetrAVG bereits seit längerer Zeit argumentiert wird, dass von einer Leistung der betrieblichen Altersversorgung nur dann ausgegangen werden könne, wenn in Anknüpfung an die niedrigste Altersgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung nicht vor das vollendete 62. Lebensjahr zurückgegangen werde.

#### Steuerrechtliche Anerkennung des Versorgungsaufwandes

In arbeitsrechtlichen Versorgungszusagen ab dem 01.01.2012 sollte man sich im Übrigen bereits deshalb an der steuerlichen Untergrenze orientieren, damit sichergestellt ist, dass der Versorgungsaufwand auch tatsächlich steuerlich anerkannt wird.

**Fazit:** Um sowohl steuer- als auch arbeitsrechtliche Nachteile zu vermeiden, sollten sich betriebliche Altersversorgungszusagen ab dem 01.01.2012 für die Altersleistung an der Mindestaltersgrenze von 62 Lebensjahren orientieren. Arbeitsrechtliche Vereinbarungen, wie z.B. einzelvertragliche Versorgungszusagen, Betriebsvereinbarungen und/oder Versorgungsordnungen, sollten daher auf einen Änderungsbedarf hin überprüft und gegebenenfalls an die geänderten Rahmenbedingungen angepasst werden. <<

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

steuerabzug unter anderem für Lieferungen und sonstige Leistungen ausgeschlossen, soweit diese nicht auf die unternehmerische Verwendung eines Gebäudes entfallen.

#### PV-Anlage auf neu gedeckter, leerstehender Scheune

Ein privater Stromerzeuger ließ das *Dach einer* nicht genutzten, *leerstehenden Scheune neu eindecken* und installierte darauf sodann eine PV-Anlage. In diesem Fall kann der Stromerzeuger den *Vorsteuerabzug aus den Aufwendungen für die*

*Neueindeckung des Daches* nur *teilweise* beanspruchen, nämlich soweit er das Gebäude für die Stromlieferungen unternehmerisch nutzt. *Hier gilt die 10 %- Grenze nicht*, weil es nicht um Herstellungskosten eines gelieferten Gegenstands geht, sondern um *Erhaltungsaufwendungen* in Form von Dienstleistungen.

Den *unternehmerischen Nutzungsanteil* an dem jeweiligen Gebäude hat der Unternehmer im Wege einer sachgerechten und von der Finanzverwaltung zu überprüfenden *Schätzung* zu ermitteln. Dabei kommt nach den Urteilen des BFH ein Umsatzschlüssel in Betracht, bei dem ein fiktiver Vermietungsumsatz für den nicht-unternehmerisch genutzten inneren Teil des Gebäudes/Carports einem fiktiven Umsatz für die Vermietung der Dachfläche an einen Dritten zum Betrieb einer PV-Anlage gegenübergestellt wird.

**Fazit:** Der Umfang des Vorsteuerabzugs im Zusammenhang mit der Installation einer PV-Anlage und Veräußerung des erzeugten Stroms durch einen privaten Betreiber hängt grundsätzlich vom unternehmerischen Nutzungsanteil am Gebäude ab, auf welchem die PV-Anlage installiert wird. Der Grundsatz der unternehmerischen Mindestnutzung kommt bei Herstellungskosten eines gelieferten Gegenstandes, nicht jedoch bei Erhaltungsaufwendungen in Form von Dienstleistungen zum Tragen. <<

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

#### MELCHERS LAW: URHEBERRECHT

## Stuttgart 21: Urheberrechtsschutz- klage ohne Erfolg!

Die geistige Leistung ist in unserer Gesellschaft ein hohes Gut. Sie bringt dem Urheber nicht nur Ehre und Ruhm, sondern ist gerade in der Welt rasanter technischer Entwicklungen ein wertvolles Wirtschaftsgut. Das deutsche Recht trägt diesem Umstand Rechnung und schützt das „geistige Eigentum“ des Architekten durch das Urheberrechtsgesetz. Das *Urheberrecht* ist aber durchaus ein *zweischneidiges Schwert*, denn wenn bestimmte geistige Schöpfungen vom Urheber monopolisiert werden, verhindert dies möglicherweise Änderungen bei

Bauwerken, beispielsweise Umbauten zur Anpassung an veränderte Umstände. Der Bundesgerichtshof hat sich in einer Entscheidung vom 09.11.2011 (Az.: I ZR 216/10) mit der Frage befasst, ob das Urheberrecht des Erben des Architekten des *Stuttgarter Hauptbahnhofs* dem beim *Projekt Stuttgart 21* beabsichtigten Abriss der Seitenflügel des Hauptbahnhofs und der Treppenanlage in der großen Schalterhalle entgegensteht.

#### Der Sachverhalt

Der Stuttgarter Hauptbahnhof ist nach einem Entwurf von Prof. Paul Bonatz aus dem Jahre 1911 gestaltet worden. Die Gestaltung genießt wegen der architektonisch herausragenden Qualität unzweifelhaft Urheberrechtsschutz. Dieser Schutz besteht, nachdem der Architekt Prof. Bonatz im Jahre 1956 verstorben ist, bis zum Ende des Jahres 2026 (Laufzeit: 70 Jahre). Die im Rahmen des Infrastrukturprojekts „Stuttgart 21“ erstellte Planung der Deutschen Bahn AG sieht den *Abriss der Seitenflügel* und der *Treppenanlage* in der großen Schalterhalle vor. Einer dieser Seitenflügel ist bereits im Jahre 2010 abgerissen worden. Ein Erbe des Architekten Bonatz klagte gegen die Deutsche Bahn AG, weil er durch den Teilabriss des Bahnhofgebäudes die *Urheberpersönlichkeitsrechte* von Prof. Bonatz beeinträchtigt sah. Mit der Klage wollte er den Wiederaufbau des Nordwest-Flügels erreichen sowie den Abriss des Südost-Flügels und der Treppenanlage verhindern. Sowohl das Landgericht als auch das Oberlandesgericht Stuttgart wiesen die Klage ab und ließen die Revision nicht zu.

#### Die Entscheidung

Der Bundesgerichtshof bestätigt die Entscheidung des Oberlandesgerichts, weil Gründe für eine Zulassung der Revision, insbesondere Rechtsfehler, nicht vorliegen. Das *urheberrechtliche Änderungsverbot* stehe dem Umbau des Stuttgarter Hauptbahnhofs nicht entgegen. Im Rahmen der vorzunehmenden *Interessenabwägung* seien im konkreten Fall die *Eigentümerinteressen schwerwiegender als die Urheberinteressen*. Der Architekt müsse entsprechend dem Zweck seiner Beauftragung solche Änderungen nach *Treu und Glauben* dulden, die für die Erhaltung oder Verbesserung des Gebrauchszwecks eines dem öffentlichen Zweck dienenden Gebäudes erforderlich sind. Im Instanzenzug ist auch der *immense Zeitablauf seit der Begründung des Urheberrechts*, hier 54 Jahre nach dem Tod des Urhebers, bei der Interessen-

abwägung berücksichtigt worden. Insofern hat der Urheberrechtsschutz im Zweifel ein „schleichendes Ende“.

**Fazit:** In der jüngsten Vergangenheit häufen sich Klagen von Architekten gegen Bauvorhaben unter dem Gesichtspunkt des Urheberrechts. Davon betroffen sind nicht nur öffentliche Zweckbauten wie Bahnhöfe, Flughäfen oder Stadien, sondern auch von privater Hand initiierte oder finanzierte Projekte. Trotz des bauherrenfreundlichen – und sicherlich zutreffenden – Ergebnisses im Fall des Stuttgarter Hauptbahnhofs wird damit deutlich, dass das „Projektrisiko Urheberrecht“ bei den sog. „Re-development-Projekten“ vielfach unterschätzt oder gar nicht einkalkuliert wird. Bei der Gestaltung von Architektenverträgen ist den Bauherrn deshalb dringend anzuraten, sich weitreichende Nutzungs- und Änderungsbefugnisse hinsichtlich der Architektenleistung und des fertigen Gebäudes einzuräumen, wengleich nicht verkannt werden darf, dass die Parteien eines Architektenvertrages über einige Urheberpersönlichkeitsrechte (z.B. das Entstellungsverbot gemäß § 14 UrhG) nicht rechtsgeschäftlich verfügen können. <<

Andreas Pauli  
a.pauli@melchers-law.com

## MELCHERS LAW: WETTBEWERBSRECHT

### Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern – Ist das letzte Wort gesprochen?

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ist Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern nur bei vorherigem ausdrücklichem Einverständnis des Angerufenen zulässig. Der BGH hat bisher keine durch den Werbetreibenden vorformulierte Einwilligung in Telefonwerbung für wirksam gehalten. Entweder – so der BGH – seien durch den Werbenden vorformulierte Einwilligungen per se unwirksam oder aber die jeweils zur Entscheidung stehende Einwilligungserklärung sei nicht hinreichend transparent ausgestaltet und deshalb aufgrund der Anwendbarkeit der Vorschriften zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam. Aus diesem Grund ist die transparente Ausgestaltung der durch den Werbetreibenden vorformu-

lierten Einwilligungserklärung von zentraler Bedeutung.

#### Der Fall

Am 10.02.2011 hat der BGH entschieden, dass durch eine Bestätigungsmail im *elektronischen Double-opt-in-Verfahren* weder ein Einverständnis des Verbrauchers mit Werbeanrufern belegt wird noch eine derartige Einwilligung für sich allein zu einer Beweiserleichterung zugunsten des Werbenden führt. Vielmehr trägt der Werbende im Streitfall auch die Darlegungs- und Beweislast für die Frage, ob der Telefonanschluss der E-Mail-Adresse, unter der die Bestätigung abgesandt wurde, tatsächlich zuzuordnen ist. Letztlich bedeutet dies für die Praxis, dass eine *kommunikationskanalübergreifende Werbeeinwilligung* nach wettbewerbsrechtlichen Anforderungen praktisch nicht mehr eingeholt werden kann oder aber eingeholte Einwilligungen weiter zu qualifizieren bzw. zu prüfen sind.

#### Reaktion des Gesetzgebers

Die mit *Gesetzesentwurf* des Bundesrates vom 06.07.2011 zur *Fortentwicklung des Verbraucherschutzes bei Telefonwerbung* (BT-Drs. 17/6482) formulierten neuesten Bestrebungen des Gesetzgebers zur Eindämmung der Telefonwerbung belegen die Skepsis der öffentlichen Gewalt gegenüber Telefonwerbetreibenden. Ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzesentwurfes müssen *Einwilligungen in Telefonwerbung* nicht mehr nur *hinreichend transparent und aktiv erklärt* werden sowie *vor dem ersten Anruf vorliegen*; hinzu kommt, dass die Einwilligung mindestens in *Textform* erklärt werden muss. Damit kann eine Einwilligung in Telefonwerbung nur noch im Wege eines Response-Elementes, per Fax, E-Mail oder im Rahmen eines Online-Formulars eingeholt werden. Die Einholung mündlicher Einwilligungen (mit nachfolgender schriftlicher Bestätigung nach Bundesdatenschutzgesetz) ist daher nicht mehr sinnvoll. Dies stellte bisher im Rahmen von *Inbound-Calls* eine der letzten verbliebenen zulässigen Möglichkeiten für Unternehmen dar, ohne weiteren finanziellen Aufwand zusätzliche Telefoneinwilligungen zu generieren.

**Fazit:** Der Gesetzesentwurf reduziert die bisher bestehenden legalen Möglichkeiten zur Generierung von Telefonpermissions erheblich. Leider reduziert der Entwurf aber nicht gleichzeitig die durch den BGH aufgestellten hohen Anforderungen an die Beweisbarkeit der Einwilligungen zu Lasten des Werbetreibenden. Auch

## MELCHERS LAW: PERSÖNLICH

### Axel J. Klasen

MELCHERS Heidelberg



Herr Klasen ist seit August 2011 als Rechtsanwalt bei MELCHERS tätig.

Ein Schwerpunkt seiner Tätigkeit als Fachanwalt für Arbeitsrecht liegt im Betriebsverfassungs- und

Tarifrecht. Darüber hinaus berät er in dienstvertraglichen Angelegenheiten mit Bezügen zum Gesellschaftsrecht. Über besondere Expertise verfügt er in arbeitsrechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit Insolvenzen und Restrukturierungen.

Herr Klasen über sich:

Ein guter Arbeitstag beginnt ...  
... mit einem leckeren Espresso macchiato.

Am Anwaltsberuf reizt mich ...

... dass kein Fall wie der andere ist.

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

... braucht Gefühl für Fall und Mensch, Kreativität, Weitsicht und hohes Engagement – Anwalt ist kein „Job“.

Erfolge feiere ich ...

... je nach Bedeutung, aber immer in guter Gesellschaft.

Es bringt mich auf die Palme ...

... wenn die rechte Spur der Autobahn nicht benutzt wird.

Zur Zeit beschäftigt mich ...

... die Verhandlung eines Haustarifs für einen Automobilzulieferer und ein dogmatischer Betriebsrat in der Gesundheitsbranche. <<

MELCHERS LAW: PRAXISTIPP

## Onlinehandel: Informationspflichten auf Smartphones

Smartphones sind massenhaft verbreitet. Es gibt kaum eine Anwendung, die nicht auch über die beliebten mobilen Alleskönner ausgeführt werden kann. Immer öfter ersetzen sie den Desktop-Computer und sogar das Notebook.

Die Vielfältigkeit der Smartphones dient dabei insbesondere den Onlinehändlern. Diese optimieren ihre Webseiten für die Betrachtung über mobile Endgeräte oder bieten ihre Leistungen in Form von sog. Apps an, die auf den mobilen Endgeräten installiert bzw. ausgeführt werden, so dass die Bestellung eines bestimmten Produkts direkt von unterwegs aus vorgenommen werden kann. Doch die damit einhergehenden Annehmlichkeiten bestehen keineswegs uneingeschränkt. Insbesondere entbinden die Besonderheiten des mobilen Fernabsatzes die Händler nicht von ihren gesetzlichen Informationspflichten gegenüber Verbrauchern.

In einem vom *OLG Hamm* entschiedenen Fall (Az.: U 225/09) wurde ein Händler von einem Konkurrenten abgemahnt, da er seinen Informationspflichten im Rahmen seines gewerblichen Internetauftritts nicht nachkam.

Der Händler verfügte über Angebotsseiten auf einer von einem Dritten angebotenen Handelsplattform, für die der Betreiber auch eine mobile WAP-Version zur Verfügung gestellt hat, um Besuchern die Möglichkeit des mobilen Zugangs zu geben.

Weder auf der mobil aufrufbaren Startseite noch im Laufe einer mobil ausgeführten Bestellung wurde jedoch auf das *Widerrufsrecht von Verbrauchern* hingewiesen. Auf der Seite befand sich auch kein *Impressum mit der erforderlichen Anbieterkennzeichnung*. Die angegebenen Preise machten zudem nicht deutlich, ob die *Mehrwertsteuer* bereits inbegriffen war oder nicht.

Sowohl das Ausgangsgericht als auch das OLG sahen darin berechtigterweise einen *wettbewerbsrechtlichen Verstoß*. Dass die WAP-Version dabei nicht von dem Onlinehändler selbst erstellt worden ist, sondern von dem Plattformbetreiber, sei für die Haftung des Händlers unerheblich, so das OLG. Denn es sei allein *Aufgabe des Online-Händlers*, die Angabe der fernabsatzrechtlichen Pflichtinformationen zu überprüfen. Dieser haftet für das gegenüber den Nutzern der mobilen Endgeräte gesetzeswidrige Verhalten demnach auch ohne Kenntnis von der konkreten Darstellung seines Angebots.

In einem anderen Fall (Az.: 4 U 51/09) hatte das OLG zudem klargestellt, dass ein Verzicht auf die Pflichtinformationen (insb. auf die Widerrufsbelegungen und die Anbieterkennzeichnung) nicht mit Platzmangel bzw. aus technischen Gründen begründet werden kann. *Ein bloßer Hinweis nebst Link*, dass die vollständige Darstellung des Angebots unter einer anderen Internetadresse abrufbar sei, *reichte* zur Erfüllung

der fernabsatzrechtlichen Informationspflichten auf Smartphones *nicht aus*.

**Praxistipp:** Im Onlineverkehr bestehen zahlreiche Informationspflichten. Webseitenbetreiber sollten dringend überprüfen, ob die erforderlichen Pflichtangaben auch dann ordnungsgemäß erfolgen, wenn ihr Internetauftritt mittels mobiler Endgeräte abgerufen wird. Gleiches gilt für solche Anbieter, die den Zugang zu von ihnen angebotenen Leistungen über mobile Apps gewähren. Diese sind ebenso gehalten, ihre Informationspflichten gegenüber ihren Kunden zu erfüllen, und setzen sich einem nicht unerheblichen Abmahnrisiko aus, wenn sie – z.B. aus Gründen der Übersichtlichkeit – auf die Angabe der Pflichtinformationen verzichten. Werden die eigenen Leistungen auf der Plattform eines Dritten angeboten, so sollten die Anbieter sich erkundigen, ob und in welchem Umfang die Plattform für die mobile Nutzung konzipiert ist.

Die Pflicht zur Angabe der Pflichtinformationen auf mobilen Endgeräten wird zukünftig ausdrücklich gesetzlich geregelt. Eine entsprechende Regelung findet sich in Art. 8 Abs. 4 der EU-Verbraucherrechtsrichtlinie. Ausweislich des Wortlautes der Bestimmung ist zukünftig mit einer gewissen Erleichterung gegenüber den gegenwärtig erforderlichen Angaben zu rechnen. Allerdings soll die Richtlinie erst bis zum Jahre 2013 umgesetzt werden. <<

Christian Hufen  
c.hufen@melchers-law.com

sieht der Gesetzestext keine Übergangsvorschriften vor. Dies bedeutet, dass alle Unternehmen, die Telefonwerbung durchführen, ab dem Tag des Inkrafttretens des Gesetzesentwurfs nur noch solche Interessenten telefonisch kontaktieren können, die in hinreichend transparenter Art und Weise aktiv und ausdrücklich sowie in Textform in Telefonwerbung eingewilligt haben und bei denen der Werbetreibende nachweisen kann, dass derjenige, der die Einwilligung erteilt hat, über den angerufenen Telefonanschluss auch tatsächlich verfügen durfte. Der Gesetzesentwurf wird durch

die Bundesregierung unterstützt. Ein Inkrafttreten des Gesetzesentwurfes scheint angesichts des derzeitigen Verfahrensstandes durchaus innerhalb der nächsten 6-12 Monate möglich. Unternehmen, die auf Telefonwerbung angewiesen sind, sollten bereits jetzt Maßnahmen ergreifen, um den vorhandenen Datenbestand mit hinreichend sicheren Telefonwerbeeinwilligungen zu qualifizieren. <<

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



## MELCHERS LAW: VERANSTALTUNGEN

» Die Gestaltung von Architekten- und Ingenieurverträgen aus Auftraggeber- und Auftragnehmersicht  
Grundlagen – aktuelle Rechtsprechung – Beispiele

Am 31.01.2012 findet ein Seminar im Architekten- und Ingenieurrecht statt. Der Referent Herr Rechtsanwalt Tobias Wellensiek, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, wird Grundlagen der Vertragsgestaltung darlegen sowie aktuelle Rechtsprechung zur Vertragsgestaltung vorstellen. Zahlreiche Beispiele runden die Vorträge ab und sorgen für erfreuliche Praxisnähe. Über Ihr Interesse würden wir uns sehr freuen.



Termin: 31.01.2012, 09:15 - 17:00 Uhr  
Ort: Mannheim  
Veranstalter: IBR-Seminare

## MELCHERS LAW: FACHPUBLIKATIONEN

## Urteilsanmerkung

Herr Rechtsanwalt Dr. Decker hat in der Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht (BKR 10/2011, Seite 427 ff.) eine Anmerkung zum Urteil des VG Frankfurt (Az.: 9 K 646/11.F) veröffentlicht, welches sich mit dem Thema „Ankauf privater Lebensversicherungen und Einlagen-geschäft“ befasst hat. <<



## MELCHERS LAW: AUTOREN DIESER AUSGABE

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

## CHRISTIAN HUFEN



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

## KATJA KÖNIG



ist als Syndikusanwältin und Human Resources Managerin praxiserfahren vor allem auf dem Gebiet des Betriebsverfassungsrechts, sie berät nationale und internationale Mandanten in allen Bereichen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts.

## 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.

## ANDREAS PAULI



berät im privaten Bau- und Architektenrecht, Vergaberecht sowie insbesondere im Anlagenbaurecht.

## 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.

## DR. DENNIS VOIGT



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

## MARC RUBEN ZIMMERT



berät nationale und internationale Mandanten unter anderem in allen Bereichen des gewerblichen Rechtsschutzes, insbesondere im Marken- und Urheberrecht. Zu seinen weiteren Tätigkeitsschwerpunkten gehört das Wettbewerbs- und Vertragsrecht.

## 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)30-3 10 13 99-0  
F +49-(0)30-3 10 13 99-10  
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)