

# MELCHERS

## LAW

25 | AUSGABE  
MAI/JUNI 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,



es ist Frühling. Es grünt und grünt – und das nicht nur in der Natur, sondern auch in der Politik. Historischer Regierungswechsel in Baden-Württemberg, Augenmerk verstärkt (wieder) auf die Atomkraft. Vieles befindet sich im Umbruch oder Wandel. Da ist Energie gefragt. Falls Sie sich über die Neuregelungen des Energiedienstleistungsgesetzes in-

formieren möchten, bietet Ihnen diese Ausgabe eine Übersicht.

Das Glücksspielrecht in Deutschland steht möglicherweise unmittelbar vor einem radikalen Wandel. Der Glücksspielstaatsvertrag wird neu gefasst. Lesen Sie über die Ursachen und Konsequenzen. Ansonsten beobachten wir für Sie auch weiterhin die wichtigsten Bewegungen im Bereich von Recht und Wirtschaft. Ich wünsche Ihnen eine spannende und informative Lektüre.

Ihr Dr. Jörg Hofmann  
j.hofmann@melchers-law.com



MELCHERS LAW: IN DIESER AUSGABE

#### ARBEITSRECHT

Versetzungsklausel in vorformulierten Vertragsbedingungen 2

#### ENERGIERECHT

Energiedienstleistungsgesetz in Kraft 3

#### GLÜCKSSPIELRECHT

Glücksspielstaatsvertrag: Marktöffnung deutet sich an 4

#### IT-RECHT

Gebrauchsoftware: Bundesgerichtshof legt Verfahren dem EuGH vor 5

#### VERGABERECHT

Vorsicht vor Verstoß gegen Auflagen zur Einhaltung des Vergaberechts im Zuwendungsbescheid! 7

#### WETTBEWERBSRECHT

BGH: Keine Wirksamkeit einer Einwilligung zur Telefonwerbung per E-Mail 7

>> MITTEILUNGEN 2, 4

>> PERSÖNLICH 3

>> FACHPUBLIKATIONEN 5

>> PRAXISTIPP 6

>> VERANSTALTUNGEN 8

## MELCHERS LAW: MITTEILUNGEN

## Dr. Peter Melchers †

Wir trauern um unseren hoch geschätzten Gründungspartner Dipl.-Kfm. Dr. Peter Melchers, der am 1. April 2011 im Alter von 90 Jahren verstorben ist. Mit seinen herausragenden fachlichen Fähigkeiten, seiner prägenden und Vorbild gebenden Persönlichkeit sowie seinen visionären unternehmerischen Zielsetzungen hat er als Steuerberater und Wirtschaftsprüfer im Jahre 1973 mit seinem Kollegen Dieter Stocker und dem Anwalt Ulrich Schubert den Grundstein unserer interdisziplinären Sozietät gelegt und über Jahrzehnte unser Wachstum wesentlich gefördert. In der Zulassung überörtlicher Sozietäten sah Herr Dr. Melchers die Chance für



einen weiteren Ausbau unserer Aktivitäten. Seitdem sind wir seit über zwei Jahrzehnten neben Heidelberg in Frankfurt und Berlin präsent. In den ganzen Jahren seiner Tätigkeit in unserer Sozietät war Herr Dr. Melchers für unsere Mandanten ein geschätzter Berater und für uns ein kompetenter Ratgeber. Mit seinen Leistungen hat er uns viele Türen geöffnet und zum Ansehen unserer Kanzlei erheblich beigetragen. Im Jahre 1996 hat er sich im Alter von 75 Jahren aus der aktiven Beratung zurückgezogen, stand uns aber noch danach mit seinem hoch geachteten Rat zur Seite. Seinen gradlinigen Charakter, seine offene, humorvolle und positiv motivierende Lebensart werden wir sehr vermissen. <<

## MELCHERS LAW: ARBEITSRECHT

## Versetzungsklausel in vorformulierten Vertragsbedingungen

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) bestätigt in seinem Urteil (Az.: 9 AZR 36/09) seine bisherige Rechtsprechung zur Angemessenheitskontrolle von örtlichen Versetzungsklauseln. Danach sind örtliche Versetzungsklauseln in vorformulierten Vertragsbedingungen, die inhaltlich lediglich die Regelung in § 106 Satz 1 GewO nachbilden und den Arbeitgeber somit berechtigen, den Ort der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher zu bestimmen, weder unangemessen noch intransparent.

## Der Fall

Die Arbeitnehmerin war in einer Niederlassung der Arbeitgeberin in Bielefeld beschäftigt. In dem vorformulierten Ar-

beitsvertrag hatte sich die Arbeitgeberin vorbehalten, die Arbeitnehmerin im Bedarfsfall auch *an einem anderen Arbeitsort* und/oder bei einer anderen Gesellschaft des Konzerns entsprechend ihrer Vorbildung und ihren Fähigkeiten für gleichwertige Tätigkeiten einzusetzen, wobei *ihre persönlichen Belange angemessen berücksichtigt* werden sollten. Die Arbeitnehmerin setzte sich gegen die von der Arbeitgeberin ausgesprochene Versetzung von Bielefeld nach München zu Wehr.

## Die Entscheidung

Das BAG stellte klar, dass inhaltlich dem § 106 Satz 1 GewO entsprechende Versetzungsklauseln in vorformulierten Vertragsbedingungen gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB entzogen sind.

Sie müssen allerdings das *Transparenzgebot* (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) wahren, wonach die Rechte und Pflichten der Vertragspartner in Vertragsklauseln klar und verständlich formuliert werden müssen.

Hierfür soll es nach der vorstehenden Entscheidung bereits ausreichen, dass die örtliche Versetzungsklausel inhaltlich die Regelung des § 106 Satz 1 GewO wiedergibt. Eine weitere Konkretisierung der örtlichen Versetzungsbefugnis – beispielsweise durch Angabe eines zulässigen Entfernungsradius oder einer Mindestankündigungsfrist – sei zwar wünschenswert, zur Wahrung des Transparenzgebots aber nicht erforderlich.

Das BAG begründet seine Auffassung damit, dass den Bedürfnissen der Vertragsparteien insoweit durch die im Rahmen der *Ausübung des Direktionsrechts* nach § 315 Abs. 1 BGB erforderliche Interessenabwägung ausreichend Rechnung getragen werde.

## Praktische Auswirkungen

Grundsätzlich sind weit gefasste örtliche Versetzungsklauseln in vorformulierten Arbeitsverträgen, deren Inhalt der Regelung des § 106 Satz 1 GewO entspricht, nicht zu beanstanden. In diesem Rahmen ist der Arbeitgeber auch bei der Neufassung von Versetzungsklauseln daher nicht verpflichtet, die Reichweite der örtlichen Versetzungsbefugnis näher zu konkretisieren.

**Fazit:** Auch wenn die Auffassung des BAG den Bedürfnissen des Arbeitgebers nach Flexibilität bei der Vertragsgestaltung durchaus entgegenkommt, darf nicht übersehen werden, dass der Arbeitgeber (spätestens) bei der konkreten Ausübung des Versetzungsrechts die wesentlichen Umstände des Einzelfalles, wie z. B. Entfernung, persönliche Situation des Arbeitnehmers etc., im Rahmen einer umfassenden Inte-



ressenabwägung angemessen berücksichtigen muss (sog. Ausübungskontrolle).

Im Übrigen sollte der Arbeitgeber in jedem Einzelfall bedenken, dass mit der Vereinbarung eines weit reichenden örtlichen Versetzungs- vorbehaltes immer auch eine (meist unerwünschte) Erweiterung des Umfangs der im Fall einer betriebsbedingten Kündigung durchzuführenden Sozialauswahl einhergehen kann. <<

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

#### MELCHERS LAW: ENERGIERECHT

## Energiedienstleistungsgesetz in Kraft

Am 12.11.2010 ist das Gesetz über Energiedienstleistungen und andere Energieeffizienzmaßnahmen in Kraft getreten. Das Gesetz dient der Umsetzung der Energiedienstleistungsrichtlinie (2006/32/EG). Der öffentlichen Hand wird bei der Energieeffizienzverbesserung eine Vorbildfunktion zugeschrieben, die sich darin zeigt, dass sie Energiedienstleistungen in Anspruch nehmen und Energieeffizienzmaßnahmen durchführen soll. Sie soll insbesondere bei Baumaßnahmen nicht unwesentlich über die Anforderungen zur Energieeffizienz in der Energieeinsparverordnung hinausgehen.

### Neue Pflichten für Energielieferanten und Energieunternehmen

Das Gesetz verpflichtet *Energielieferanten*, ihre *Endkunden mindestens jährlich* über die *Wirksamkeit von Energieeffizienzmaßnahmen* sowie über die für sie *verfügbaren Angebote* zu informieren, die durch Energiedienstleister, unabhängige Anbieter von Energieaudits sowie durch Anbieter von Energieeffizienzmaßnahmen *mit wettbewerbsorientierter Preisgestaltung* durchgeführt werden. Hierzu kann auf eine Anbieterliste sowie den jeweils aktuellen Bericht hingewiesen werden, welche die Bundesstelle für Energieeffizienz führt bzw. verfasst.

*Energieunternehmen* haben ihren Endkunden zudem zusammen mit Verträgen, Vertragsänderungen, Abrechnungen oder Quittungen in klarer und verständlicher Form *Kontaktinformationen, einschließlich Internetadressen*, zu Verbraucherorganisationen, Energieagenturen oder ähnlichen Einrichtungen zur Verfügung zu

stellen, von denen diese Angaben über angebotene Energieeffizienzmaßnahmen, Endkunden-Vergleichsprofile sowie ggf. technische Spezifikationen von energiebetriebenen Geräten erhalten können. Sollte keine ausreichende Zahl von Anbietern von Energieaudits mit wettbewerbsorientierter Preisgestaltung zur Verfügung stehen, haben die Energieunternehmen auf eigene Kosten dafür Sorge zu tragen, dass ein solches Angebot verfügbar ist. Ferner kann die Bundesstelle für Energieeffizienz die Energieunternehmen verpflichten, geeignete und erforderliche Maßnahmen zu ergreifen, um ein ausreichendes Angebot von unabhängig durchgeführten Energieaudits sowie Energieeffizienzmaßnahmen verfügbar zu machen. Kommen die Energieunternehmen diesen Maßnahmen nicht nach, kann die Bundesstelle die Maßnahmen selbst vornehmen und den Energieunternehmen die Kosten in Rechnung stellen.

### Eintrag in die Anbieterliste

Es ist damit zu rechnen, dass Energielieferanten von der Verweisungsmöglichkeit auf die Anbieterliste regen Gebrauch ma-

chen werden, erlaubt diese ihnen doch, ihrer Informationspflicht relativ mühelos nachzukommen. Daraus folgt, dass sich Anbieter von Energiedienstleistungen, Energieaudits oder Energieeffizienzmaßnahmen unbedingt in diese Anbieterliste eintragen lassen sollten, wollen sie an der voraussichtlich durch diese Maßnahmen in Schwung kommenden Nachfrage an ihren Dienstleistungen partizipieren. Voraussetzung hierfür ist, dass der Anbieter *zuverlässig* und *fachkundig* ist. Fachkunde wird vermutet, wenn der Anbieter in den letzten drei Jahren Energiedienstleistungen, Energieaudits oder Energieeffizienzmaßnahmen für mindestens zehn Endkunden durchgeführt hat. Anbieter von Energieaudits müssen zudem in unabhängiger Weise beraten. Zukünftig können durch Rechtsverordnung weitere Anforderungen an die Zuverlässigkeit, Fachkunde und Fähigkeit zur unabhängigen Beratung sowie an die Nachweiserbringung gestellt werden.

**Fazit:** Endkunden erhalten zukünftig direkt von den Energielieferanten oder Energieunternehmen Informationen zur kostenwirksamen Stei-

#### MELCHERS LAW: PERSÖNLICH

## Dr. Andreas Decker

MELCHERS Frankfurt

**Herr Dr. Andreas Decker ist, nach vorausgegangener freiberuflicher Tätigkeit für die Sozietät MELCHERS in Frankfurt, seit Februar 2010 als zugelassener Anwalt tätig.**

Er berät mittelständische Unternehmen und Banken vor allem in den Bereichen des Gesellschafts- und Unternehmensrechts sowie des Kapitalanlagerechts. Ein weiterer Schwerpunkt seiner anwaltlichen Tätigkeit liegt in der Entwicklung von Lösungen für unsere Mandanten in den Bereichen des AGB- und Vertriebsrechts. Hierbei rückt

aber auch das damit unmittelbar in Zusammenhang stehende deutsche und europäische Kartellrecht immer wieder in den Fokus seiner Beratung.



Dr. Andreas Decker über sich:

Ein guter Arbeitstag beginnt ...  
... mit einer neuen Idee und einem freundlichen „Guten Morgen“ der Kollegen.

Am Anwaltsberuf reizt mich ...  
... die Macht der Argumente und der Blick über die juristischen Horizonte hinaus.

Wer es in meinem Job zu etwas bringen will ...  
... sollte seine Arbeit nicht als Job begreifen.

Erfolge feiere ich ...  
... wenn sie langfristig sind.

Es bringt mich auf die Palme ...  
... wenn die Vernunft dem Bauchgefühl unterliegt.

Zur Zeit beschäftigt mich ...  
... der durch verschiedene Neueinstellungen erforderlich gewordene interne Umzug in ein neues Büro. <<

gerung der Effizienz ihrer Energienutzung. Hierzu veröffentlicht die Bundesstelle für Energieeffizienz insbesondere eine Anbieterliste sowie Musterverträge zu Drittfinanzierungen für Energieeinsparungen auf ihrer Internetseite. Angesichts zunehmender Information der Endkunden sowie der Kostensanktion für Energieunternehmen und der Vorbildfunktion der öffentlichen Hand steht es zu erwarten, dass die Nachfrage an Energiedienstleistungen, Energieaudits oder Energieeffizienzmaßnahmen zukünftig wächst. Anbietern dieser Dienstleistungen sei daher dringend geraten, sich in entsprechende Anbieterlisten eintragen zu lassen. <<

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

#### MELCHERS LAW: GLÜCKSSPIELRECHT

## Glücksspielstaatsvertrag: Marktöffnung deutet sich an

Durch den Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV) der Länder werden Glücksspiele im Internet und die Werbung dafür in Deutschland verboten. Der GlüStV hat außerdem die Aufrechterhaltung der bestehenden staatlichen Monopole bei Sportwetten und Lotterien zum Ziel. In Anbetracht der bisherigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), in der die Monopole in Spanien und den Niederlanden bestätigt wurden, ist in Teilen der rechtswissenschaftlichen Literatur eine entsprechende Entscheidung für Deutschland in den deutschen Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH erwartet worden.

### Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung

Der EuGH hat jedoch mit seinem Urteil vom 08.09.2010 in der Rechtssache C-46/08 (Carmen Media) zum aktuellen GlüStV für eine Überraschung gesorgt: Er kam zu dem Ergebnis, dass deutsche Gerichte angesichts der Politik der Angebotsausweitung, die deutsche Behörden in bestimmten Glücksspielbereichen betreiben würden, bei ihrer Entscheidung zu dem Ergebnis gelangen können, dass die Ausgestaltung des deutschen Monopols im Bereich der Sportwetten und Lotterien inkonsistent ist. Dann wäre ein Monopol nicht durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt und damit europarechtswidrig. Damit hat der EuGH zwar

#### MELCHERS LAW: MITTEILUNGEN

## IT-Rechtler Christian Hufen wechselt zu MELCHERS

Herr Rechtsanwalt Christian Hufen verstärkt ab 01.03.2011 unser Frankfurter Büro. Er war bisher in der Kanzlei Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH tätig und



befasste sich dort schwerpunktmäßig mit der Vertragsgestaltung im Bereich von IT-Projekten. Daneben verfügt Herr Hufen über eine breitgefächerte

Erfahrung bei der telekommunikationsrechtlichen Beratung von Kommunen und Landkreisen.

Herr Hufen ist Mitglied im FORUM Junge Anwaltschaft sowie in der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR).

An unserem Frankfurter Standort wird Herr Hufen insbesondere die IT-, datenschutz- und wettbewerbsrechtlichen Referate unterstützen. <<

rechtliche Leitlinien vorgegeben, aber bei der Beurteilung der tatsächlichen Ausgestaltung der Monopole den Ball wieder an die deutschen Gerichte zurückgespielt.

War vor der Entscheidung noch eine deutliche Mehrheit der deutschen Verwaltungsgerichte von einer europarechtskonformen Ausgestaltung der Monopole ausgegangen, haben mehrere Verwaltungsgerichte bereits ihre Rechtsprechung anhand der Vorgaben des EuGH revidiert und die Unanwendbarkeit der entsprechenden Vorschriften des GlüStV bejaht. Neuen Wind in die Diskussion haben zudem die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.09.2010 (Az.: 8 C 13.09, 8 C 14.09 und 8 C 15.09) gebracht, in denen deutlich wird, dass das auf der Grundlage des GlüStV bestehende staatliche Monopol für Sportwetten nur dann mit EU-Recht vereinbar ist, wenn sich seine rechtliche und tatsächliche Ausgestaltung widerspruchsfrei am gesetzlichen Ziel der Suchtbekämpfung orientiert. Dies schließt ein, dass alle Glücksspielarten mit ähnlichem oder höherem Suchtpotenzial kohärent geregelt werden müssen.

### Alternativen für einen neuen GlüStV

Durch das EuGH-Urteil in der Rechtssache Carmen Media hat sich der Druck auf die Bundesländer erhöht, das Glücksspielrecht insgesamt konsistenter auszugestalten. Deshalb haben die Ministerpräsidenten auf ihrer Jahreskonferenz am 22.10.2010 beschlossen, alternative Änderungsstaatsverträge entwerfen zu lassen.

Zwischenzeitlich sind drei alternative Entwürfe bekannt geworden, von denen die erste Alternative die Fortführung der bisherigen staatlichen Monopole mit Erleichterungen bei der Werbung vorsieht, während die zweite und dritte Alternative graduell abgestuft eine Öffnung des Sportwettenmarktes vorsehen. Die Ministerpräsidenten haben sich nun bei ihrem Treffen am 10.03.2011 im Grundsatz auf eine Marktöffnung bei Sportwetten für private Anbieter geeinigt, die auch das Internet einschließen dürfte. Auf einer Sonderkonferenz am 06.04.2011 sollen die weiteren Einzelheiten beschlossen werden.

**Fazit:** Die Rechtsprechung des EuGH in Carmen Media hat eine neue Diskussion um die künftige Ausgestaltung des deutschen Glücksspielwesens angestoßen. Die Ministerpräsidenten



haben daraus die Konsequenzen gezogen und die Weichen im Grundsatz für eine Marköffnung gestellt. Ob diese auf den Sportwettenmarkt beschränkt bleiben wird oder ob auch eine (sukzessive) Öffnung für andere Bereiche erfolgen wird, bleibt abzuwarten. Den auf dem deutschen Markt aktiven Anbietern gibt der gegenwärtige Zeitplan für die Neuordnung des Glücksspielrechts jedenfalls die Gelegenheit, sich in der aktuellen politischen und rechtlichen Diskussion zu positionieren. <<

Matthias Spitz  
m.spitz@melchers-law.com

#### MELCHERS LAW: IT-RECHT

## Gebrauchtsoftware: Bundesgerichtshof legt Verfahren dem EuGH vor

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) Fragen zur Zulässigkeit des Vertriebs „gebrauchter“ Softwarelizenzen zur Vorabentscheidung vorgelegt. Bis zu einer endgültigen Rechtssicherheit wird jedoch noch einige Zeit vergehen. Im Durchschnitt dauern Vorabentscheidungsverfahren ca. 22 Monate.

### Hintergrund

Hintergrund der Vorlage ist ein Verfahren wegen des Handels mit sog. Gebrauchtssoftware durch das beklagte Unternehmen. Die Klägerin ist eine Herstellerin von Computersoftware, die sie überwiegend *mit Lizenzschlüsseln* in der Weise vertreibt, dass die Software von ihren Kunden *heruntergeladen werden kann*. Ein Datenträger wird in der Regel also nicht übergeben. Die Klägerin untersagt in ihren *Lizenzbedingungen* ausdrücklich die Weiterübertragung des eingeräumten Nutzungsrechts, das den Ersterwerber zum Download berechtigt. Das beklagte Unternehmen hatte gebrauchte Softwarelizenzen für Programme der Herstellerin beworben und auf dem Markt angeboten. Die Kunden der Beklagten laden nach dem Erwerb einer gebrauchten Lizenz die entsprechende Software von der Internetpräsenz der Klägerin herunter. Der Vertrieb der Gebrauchtlizenzen wurde der Beklagten auf Betreiben der Klägerin zunächst im Wege einer einstwei-

ligen Verfügung und sodann im Hauptsacheverfahren untersagt (LG München I, Az.: 7 O 7061/06). Die hiergegen eingelegte Berufung der Beklagten wurde vom Oberlandesgericht München (OLG München, Az.: 6 U 2759/07) zurückgewiesen.

### Die Vorlageentscheidung des BGH

Der BGH hat nun aufgrund der von der Beklagten eingelegten Revision zu entscheiden. Bislang hat der für die Sache zuständige Senat (Az.: I ZR 129/08) jedoch noch kein Urteil gefällt. Vielmehr strebt er nach einer Vorabentscheidung des EuGH.

Unter anderen, für den konkreten Fall relevanten Fragen legt der BGH dem EuGH auch eine Frage vor, deren Klärung von vielen seit langer Zeit herbeigesehnt wird und deren Entscheidung sich unmittelbar auf die *Verkehrsfähigkeit von online vertriebener Software* auswirken wird. Der EuGH hat nun zu entscheiden, ob sich das Verbreitungsrecht des Rechtsinhabers erschöpft, wenn ein Computerprogramm mit seiner Zustimmung im Wege der Online-Übermittlung in Verkehr gebracht worden ist. Wird diese Frage positiv beantwortet, so bliebe digital vertriebene Software auch nach der erstmaligen Inverkehrgabe verkehrsfähig, mit der Folge, dass deren *Weiterveräußerung durch den Ersterwerber trotz entgegenstehender Nutzungsbedingungen* zulässig wäre. Bisher wurde die Anwendung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes auf digital verbreitete Software abgelehnt, da der Wortlaut des Gesetzes das Vorliegen eines Vervielfältigungsstücks fordere. Ein solches liege aber bei der Bereitstellung via Download gerade nicht vor.

In seinem Vorlagebeschluss bezieht der BGH nicht konkret Stellung. Er lässt insbesondere offen, welcher der verschiedenen Positionen er konkret zuneigt. Aus der intensiven Beschäftigung des Senats mit einer einschränkenden Ansicht, welche für eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts das Inverkehrbringen eines verkörperten Vervielfältigungsstücks verlangt, könnte man allerdings herausdeuten, dass der Senat ebenfalls in diese Richtung tendiert.

**Fazit:** Der Vorlagebeschluss ändert nichts an der derzeit vor allem für die Erwerber „gebrauchter“ Software bestehenden Unsicherheit. Die Softwareindustrie hingegen hat es bis zu einer abschließenden Entscheidung in der Hand, das Entstehen eines Sekundärmarktes durch die Wahl des Vertriebswegs zu unter-

binden, wenn die Software dem Ersterwerber per Download bzw. per E-Mail zur Verfügung gestellt wird. Nicht auszuschließen ist aber, dass aufgrund der Vorlage zukünftig auch Online-Software vom urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz erfasst wird. <<

Christian Hufen  
c.hufen@melchers-law.com

#### MELCHERS LAW: FACHPUBLIKATIONEN

## Aufsatz zur strafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung

Timo Schmucker

Unternehmen werden in bestimmten Fällen nach dem Gesellschaftsrecht als „Personen“ angesehen, aber es sind eben nur „juristische“

Personen. Als solche von der Rechtsordnung anerkannte Personen nehmen sie als Träger von Rechten und Pflichten am Wirtschaftsleben teil. Man kann einem Unternehmen aber in einem strafrechtlichen Sinne nichts vorwerfen, denn das Strafrecht kennt nur strafbare Handlungen der für das Unternehmen handelnden Menschen. Der Artikel über die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung beschäftigt sich deshalb mit der Frage, wie und auf welche Art und Weise das Strafrecht vor diesem zivilrechtlichen Hintergrund potenzielle Strafbarkeitslücken schließt, die dadurch entstehen, dass die eine Strafbarkeit begründenden Merkmale (z. B. die Arbeitgeberbereitschaft) nur bei dem Unternehmen vorliegen. In dem Beitrag werden neben den Grundzügen der strafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung auch die Haftung sog. faktischer Organe, insbesondere die des faktischen Geschäftsführers einer GmbH, eingehend untersucht.

Der Artikel kann online in der Zeitschrift für das juristische Studium (zjs) 2011, S. 30 ff. unter [www.zjs-online.com](http://www.zjs-online.com) (Heft 01/2011) eingesehen werden. <<





## MELCHERS LAW: PRAXISTIPP

### Alternative Formen der Unternehmensfinanzierung

Auswahl und Umsetzung der möglichen Instrumente zur Unternehmensfinanzierung gehören zu den Kernaufgaben jedes Geschäftsmannes.

Bevorzugtes Instrument sind dabei zum einen Vorgehensweisen über Eigenfinanzierungen mittels Gesellschaftereinlagen oder Gesellschafterdarlehen, zum anderen Fremdfinanzierungen über Bank- und Lieferantenkredite oder Unternehmensanleihen. Gerade kleineren Mittelständlern ist dabei nicht bewusst, dass es daneben noch eine weitere praktikable Möglichkeit in Form von sog. „Mezzanine“-Finanzierungen gibt. Interessant ist diese Option insbesondere deshalb, da im Nachgang der Finanzkrise gerade für kleinere Unternehmen Darlehen oft nur schwer und zu sehr ungünstigen Konditionen zu bekommen sind.

#### Worum handelt es sich bei Mezzanine-Kapital?

In einfachen Worten handelt es sich bei Mezzanine-Kapital um Finanzierungstitel, die weder – wie Fremdkapital – voll besichert sind noch – wie die Eigenkapitalinstrumente – Stimmrechte verleihen. Das Mezzanine-Kapital steht, bildlich gesprochen, dazwischen.

Herausgebildet haben sich dabei zum einen marktfähige Formen wie *Gewinnscheine*, *nachrangige Darlehen*, *Gewinnschuldverschreibungen* und

*Vorzugsaktien*. Daneben existieren zwischen Gläubiger und Schuldner einzeln ausgehandelte Formen wie *Nachrang- und partiarische Darlehen* oder *stille Beteiligungen*.

#### Einsatzmöglichkeiten in der Praxis

Insbesondere zur Finanzierung von Investitionsprojekten mit hohem Kapitalbedarf, bei welchen die Zeichnung neuer Gesellschaftsanteile bzw. Aktien wegen der Risikoscheu alter und potenziell neuer Gesellschafter als nicht Erfolg versprechend erscheint, sollte eine Finanzierung über die aufgezogenen Instrumente erwogen werden.

Mezzanine-Kapital bietet sich daneben zur Sanierung der Unternehmensfinanzen an. Wie hinlänglich bekannt, scheiden in einer derartigen Situation die Heranziehung der eingangs aufgeführten klassischen Finanzierungsinstrumente regelmäßig aus.

Welches Instrument konkret für das jeweilige Unternehmen am besten geeignet ist, lässt sich nicht pauschal beantworten, sondern muss zwischen Unternehmensleitung und Beraterseite umfassend besprochen werden.

#### Durchführung einer Mezzanine-Finanzierung

Zur erfolgreichen Durchführung einer derartigen Kapitalmaßnahme ist zunächst ein entsprechender *Geschäftsplan* aufzustellen. Mit diesem sollen nach außen hin potenzielle Kapitalgeber vom geplanten Projekt überzeugt werden. Unternehmensintern bildet dieses Arbeitspapier die Grundlage für

die weitere Durchführung des Vorhabens.

Dem schließt sich zwingend der Ausbau bzw. die Einrichtung einer *zukunftsorientierten Finanzplanung* an, um nicht den Überblick über die sich durch die zusätzliche Kapitalmaßnahme verkomplizierenden Kapitalströme zu verlieren. Auch wenn die eingegangenen finanziellen Verpflichtungen des Unternehmens erst einige Jahre später fällig werden, muss das Unternehmen die Zinszahlungen jederzeit bedienen können. Ansonsten droht bei Zahlungsunfähigkeit schnell die Insolvenz.

Gerade auch deswegen verlangen Kapitalgeber regelmäßig den Abschluss zusätzlicher Vereinbarungen, sog. *covenants*. Mit diesen verpflichten sich Unternehmen, bestimmte Bilanzkennzahlen einzuhalten, um Liquiditätsengpässe zu vermeiden, wie beispielsweise bei Gewinnausschüttungen nicht über näher bestimmte Grenzwerte hinauszugehen.

**Fazit:** Mezzanine-Kapital ist in vielen Situationen ein geeignetes Instrument, um durch Kapitalzufügung ein weiteres Unternehmenswachstum zu erreichen oder durch eine Sanierung eine drohende Insolvenz zu vermeiden.

Eine nähere Auseinandersetzung mit dem Thema lohnt sich nicht zuletzt deshalb, um dem Unternehmen überteuerte Darlehen zu ersparen. <<

Dr. Hilmar Müller  
b.mueller@melchers-law.com

MELCHERS LAW: VERGABERECHT

## Vorsicht vor Verstoß gegen Auflagen zur Einhaltung des Vergaberechts im Zuwendungsbescheid!

Das OLG Düsseldorf hatte sich in einem Urteil vom 05.10.2010 (Az.: 23 U 173/09) mit der Frage zu befassen, wie die Regelungen von vergaberechtlichen Vorgaben in Zuwendungsbescheiden über Fördermittel als standardmäßig vorformulierte „Allgemeine Nebenbestimmungen“ rechtlich zu bewerten sind. Insbesondere ging es um die Frage, welche Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen diese „Allgemeinen Nebenbestimmungen“ eintreten.

### Sachverhalt

Eine Körperschaft des öffentlichen Rechts verlangt von der Beklagten die *Rückzahlung von Investitionszuschüssen*, die die Beklagte aus Mitteln *des regionalen Wirtschaftsförderungsprogramms* erhalten hat. Die Beklagte habe gegen die in den Bewilligungsbescheiden enthaltene Bestimmung, dass die Vorgaben der Europäischen Kommission zur öffentlichen Ausschreibung sowie die nationalen Regelungen der VOB, VOL und VOF zu beachten sind, verstoßen. Die Beklagte habe eine beschränkte Ausschreibung durchgeführt, deren Voraussetzungen aber nicht vorlagen. Die Beklagte hätte vielmehr öffentlich ausschreiben müssen.

Die Klägerin meint, dass es sich bei ihrem Rückforderungsanspruch um einen *privatrechtlichen Anspruch aus der Zuwendungsvereinbarung* und den danach einzuhaltenden Auflagen handelte. Die Beklagte sei, wie in den Bewilligungsbescheiden ausgeführt, an die Anwendung des Vergaberechts gebunden worden. Sie habe gegen die Ausschreibungsgrundsätze des Vergaberechts verstoßen.

Eine Besonderheit des Falls lag darin, dass zum Zeitpunkt der Bewilligung die Ausschreibungen bereits durchgeführt worden waren. Die Klägerin vertrat die Auffassung, dass die Beklagte bereits bei Stellung der Leistungsanträge die Einhaltung der VOB/A zugesichert habe. Sie habe daher mit einer entsprechenden Auflage rechnen müssen. Der Beklagten sei die

Einhaltung der Ausschreibungsregelung der VOB/A als Voraussetzung für die Gewährung von Zuschüssen aus früheren Verfahren bekannt gewesen.

### Entscheidung des OLG Düsseldorf

Das Gericht weist – wie schon das erstinstanzliche Landgericht – die Klage ab. Die in den Bewilligungsbescheiden mitgeteilte Auflage habe *keine Rückwirkung* gehabt. Der Abruf der Mittel habe sich daher auf bereits abgeschlossene Vorgänge bezogen. Insoweit sei die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung maßgebend, wonach nur dann eine Rückwirkung der Auflage anzunehmen sei, wenn dies ausdrücklich erklärt sei.

**Fazit:** Die Beklagte mag im vorliegenden Fall Glück gehabt haben. Generell gilt: Auflagen und Bedingungen zur Einhaltung des Vergaberechts in Zuwendungsbescheiden müssen strengstens beachtet werden. Anderenfalls droht – selbst wenn der Zuschlag der Vergabestelle von keinem der Bieter in einem Nachprüfungsverfahren angegriffen wird –, dass die von der zuwendenden Stelle gewährten Mittel noch nach Jahren zurückgefordert werden können. Das gilt selbst dann, wenn der Vergaberechtsverstoß zu einer wirtschaftlicheren Vergabe geführt hat (weil z. B. der preisgünstigste Bieter beauftragt wurde, obwohl er wegen eines Vergaberechtsverstoßes hätte ausgeschlossen werden müssen). <<

Tobias Wellensiek  
t.wellensiek@melchers-law.com

MELCHERS LAW: WETTBEWERBSRECHT

## BGH: Keine Wirksamkeit einer Einwilligung zur Telefonwerbung per E-Mail

Telefonwerbung insbesondere gegenüber Verbrauchern erfordert nach deutschem Recht die vorherige, ausdrückliche Einwilligung des Angerufenen zur Nutzung des Telefons als Kommunikationsmittel für Werbezwecke sowie zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der für die Durchführung des Anrufes erforderlichen personenbezogenen Daten.

### Sachverhalt

Im vom BGH zu entscheidenden Fall (BGH, Urt. v. 10.2.2011 – Az.: I ZR 164/09 )

hatte sich eine Krankenkasse aufgrund der Abmahnung eines Verbraucherschutzvereins dazu verpflichtet, Verbraucher nicht ohne deren Einverständnis zu Werbezwecken anzurufen und im Verletzungsfall eine Vertragsstrafe an den Verbraucherschutzverein zu zahlen. Die Krankenkasse hatte daraufhin Einwilligungen per E-Mail im sog. Double-Opt-In-Verfahren eingeholt und basierend auf dieser E-Mail-Einwilligung Verbraucher angerufen. Sie wurde aufgrund dieser Anrufe von dem Verbraucherschutzverein auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Anspruch genommen.

### Entscheidung

Der BGH kam zu dem Ergebnis, dass die Krankenkasse das Einverständnis der angerufenen Verbraucher nicht hinreichend nachgewiesen habe. Zwar hält der BGH fest, dass ein Nachweis einer Einwilligung insbesondere durch Ausdruck einer E-Mail des angerufenen Verbrauchers in Betracht komme, in der er sich ausdrücklich mit der Werbung einverstanden erklärt habe. Im Hinblick auf das der Entscheidung zu Grunde liegende „Double-opt-in“ hingegen führte der BGH aus, dass dieses Verfahren von vornherein ungeeignet sei, um ein Einverständnis von Verbrauchern mit Werbeanrufen zu beweisen. Dies begründete der BGH mit der Überlegung, dass nicht sichergestellt sei, dass es sich bei der im Rahmen der Gewinnspielanmeldung angegebenen Telefonnummer tatsächlich um den Anschluss des Absenders der Bestätigungs-E-Mail handele. Der BGH nimmt demnach die Missbrauchsgefahr des Verfahrens zum Anlass, der E-Mail-Einwilligung allgemein die Geltungskraft für andere Kommunikationskanäle zu versagen.

**Fazit:** Derzeit liegt zwar lediglich die Pressemitteilung des BGH vor. Dennoch zeichnet sich bereits jetzt ab, dass diese Entscheidung für Unternehmen, die in der Vergangenheit Investitionen in die Gewinnung von Werbeeinwilligungen getätigt haben, ein erhebliches Risiko darstellen könnte. Aus der Entscheidung könnten die Zivilgerichte nämlich die Schlussfolgerung ziehen, dass eine mittels eines bestimmten Kommunikationskanals eingeholte Einwilligung per se nicht dazu geeignet sei, für andere Kommunikationskanäle wirksame Einwilligungen zur Kontaktaufnahme zu Werbezwecken einzuholen. <<

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

## MELCHERS LAW: VERANSTALTUNGEN

## » Architektentag 2011 mit der Architektenkammer Heidelberg

Am 11. Juni 2010 ist die neue Vergabeverordnung in Kraft getreten, mit ihr finden auch die neuen Verdingungsordnungen VOB/A, VOL/A und VOF Anwendung. Nachdem bereits erste Erfahrungen mit dem neuen Vergaberecht gesammelt werden konnten, veranstaltet nun die Melchers Seminare GmbH zusammen mit der Architektenkammer Heidelberg ein Tagesseminar mit dem Themenschwerpunkt Vergaberecht. Einzelheiten zum weiteren Tagungsprogramm können Sie unserem Internetauftritt unter [www.melchers-law.com/seminare](http://www.melchers-law.com/seminare) entnehmen. Wir würden uns freuen, Sie bei dieser Veranstaltung begrüßen zu dürfen.

Termin: 31.05.2011, 10.00 Uhr

Ort: Heidelberg

Veranstalter: Architektenkammer Heidelberg/MELCHERS Seminare GmbH

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

## » Seminarreihe Direktmarketing

Herr RA Markus Faust und Herr RA Dr. Dennis Voigt führen auch dieses Jahr in Zusammenarbeit mit der IHK Frankfurt am Main in den Räumen der Frankfurter Börse eine Seminarreihe zum Thema Direktmarketing/Recht der Werbung durch. Die erste der insgesamt 4 Veranstaltungen fand am 25.03.2011 unter dem Titel „Praktikerseminar Direktmarketing“ statt. Die Referenten werden am 20.06.2011 die „Vertragsgestaltung im Direktmarketing“ näher beleuchten. Am 23.09.2011 erörtern beide sodann rechtliche Fragen zu dem Themenkomplex „Facebook, Xing und Twitter – Direktmarketing in Social Media“. Am 02.12.2011 stehen „Gewinnspiele on- und offline als Mittel zur Leadgenerierung“ im Mittelpunkt. Details und bereits jetzt aufgrund der hohen Nachfrage erforderlich gewordene Zusatztermine erhalten Sie unter [www.melchers-law.com/seminare](http://www.melchers-law.com/seminare) bzw. [frankfurt@melchers-law.com](mailto:frankfurt@melchers-law.com) oder der Telefonnummer (069) 65300663



bzw. direkt bei der IHK Frankfurt am Main, Börsenplatz 4, 60313 Frankfurt am Main, Telefonnummer: (069) 21971503.

Termine: 20.06.2011, 23.09.2011, 02.12.2011

Ort: Frankfurt

Veranstalter: IHK Frankfurt am Main/MELCHERS Seminare GmbH

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

## 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.



## 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.



## 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.



## MATTHIAS SPITZ

berät Mandanten im Glücksspielrecht und Öffentliches Recht mit Schwerpunkten im Allgemeinen Verwaltungsrecht, Baurecht, Fachplanungsrecht und Europarecht.



## 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)30-3 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)