

# MELCHERS

## LAW

**38** | AUSGABE  
JULI/AUGUST 2013

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

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

MELCHERS LAW: EDITORIAL

Liebe Leserin,  
lieber Leser,



es freut uns, dass Sie unsere aktuelle MELCHERS LAW zur Hand nehmen. Sie werden feststellen, dass sich dies auch dieses Mal wieder lohnt. Denn die vorliegende Ausgabe informiert Sie nicht nur kurz und prägnant über aktuelle Fachthemen, sondern lässt Sie auch an einem besonders interessanten Projekt unserer Beratungspraxis teilhaben.

Der Praxisreport dieser Ausgabe befasst sich mit der sehr erfolgreichen Emission der „Betze-Anleihe“ durch den 1. FCK, die wir begleiten haben. Der Beitrag ist dabei nicht nur für Fußballfans von Interesse, da die Anleiheemission zunehmend auch für mittelständische Unternehmen ein Mittel der Unternehmensfinanzierung darstellt. Wenn Sie dieses Thema näher interessiert, sollten Sie sich den 8. November vormerken. An diesem Tag wird der Finanzvorstand des 1. FCK im Rahmen unserer Jahrestagung Gesellschaftsrecht darüber berichten, welche Herausforderungen mit der Begebung der Anleihe verbunden waren und wie diese gemeistert wurden.

Mit besten Grüßen

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



MELCHERS LAW: IN DIESER AUSGABE

#### ARBEITSRECHT

Abwerbung von Teilen des Führungspersonals ist wettbewerbswidrig **02**

#### DATENSCHUTZRECHT

Neues aus dem Datenschutzrecht – die Landesbehörden für den Datenschutz räumen auf **02**

#### GESELLSCHAFTSRECHT

Anwendung der Geschäftschancenlehre auf den geschäftsführenden Gesellschafter einer GbR **03**

#### WERKVERTRAGSRECHT

Unwirksamkeit von Vorauszahlungsklauseln **04**

#### UMWELTRECHT

Zahlreiche Normänderungen im Umweltrecht **08**

#### >> MITTEILUNGEN

**03**

#### >> PERSÖNLICH

**05**

#### >> FACHPUBLIKATIONEN

**05**

#### >> PRAXISTIPP

**06**

#### >> PRAXISREPORT

**07**

## MELCHERS LAW: ARBEITSRECHT

## Abwerbung von Teilen des Führungspersonals ist wettbewerbswidrig

In Zeiten des Fachkräftemangels wird die Frage der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit des Abwerbens von Mitarbeitern immer bedeutender. Insbesondere wenn Aufträge an Wettbewerber verloren gehen und diese zur Auftragsbewältigung Personal aufstocken müssen, „wildern“ diese gerne im erprobten Personalbestand des Vorgängers und versuchen, Mitarbeiter aktiv für sich abzuwerben. Immer häufiger werden ganze Abteilungen oder Projektteams abgeworben. Mit einer großflächigen Abwerbaktion unter Wettbewerbern hat sich nun das Bundesarbeitsgericht (BAG) befasst.

### Sachverhalt

Ein Unternehmen verklagte sein direktes Wettbewerbsunternehmen auf Schadensersatz, nachdem 57 Mitarbeiter, darunter Führungskräfte in Schlüsselpositionen, innerhalb weniger Monate zum Wettbewerber wechselten. Im Zusammenhang mit dem Mitarbeiterwechsel wurden Daten sowie Kalkulations- und Projektsteuerungsunterlagen des Unternehmens von diesen Mitarbeitern für den Wettbewerber genutzt. Das betroffene Unternehmen beklagte den Verlust des Know-hows des Führungspersonals und die damit verbundene Akquisitionstärke.

### Entscheidung

Das BAG bejahte im konkreten Fall, dass die gewählte Form der Abwerbung von Teilen des Führungspersonals eine unlautere geschäftliche, und damit nach § 3 Abs. 1 UWG unzulässige, Handlung ist, die dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch nach § 9 UWG auslöst. Den geltend gemachten Schadensersatzanspruch lehnte das BAG im Ergebnis jedoch ab, da weder ein konkreter Schaden beziffert noch hinreichend konkrete Tatsachen für eine Schadensschätzung von dem geschädigten Unternehmen vorgetragen werden konnten.

### Abwerben von Mitarbeitern grundsätzlich Teil des freien Wettbewerbs

Das BAG verweist zunächst auf die ständige Rechtsprechung des BGH, wonach das Abwerben fremder Mitarbeiter als

Teil des freien Wettbewerbs grundsätzlich nicht zu beanstanden ist. Wenn jedoch wettbewerbsrechtlich unlautere Mittel eingesetzt oder unlautere Zwecke verfolgt werden, ist das Abwerben von Mitarbeiter nicht mehr zu tolerieren. Die wettbewerbsrechtlich unbedenkliche Schwelle der Kontaktaufnahme am Arbeitsplatz ist dann überschritten, wenn der Wettbewerber mit Hilfe der noch im Arbeitsverhältnis stehenden Mitarbeiter unter Nutzung sächlicher und personeller Betriebsmittel des Konkurrenten dessen Führungspersonal abwirbt.

### Keine abstrakte Schadensberechnung – konkreter Tatsachenvortrag erforderlich

Das Unternehmen scheiterte jedoch an der Darlegung eines Schadens. Nach § 287 Abs. 1 ZPO entscheidet das Gericht unter Würdigung aller Umstände, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch dieser ist. Ferner beurteilt das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen, ob zumindest die Schätzung eines Mindestschadens möglich ist. Eine Schätzung darf nur dann unterbleiben, wenn sie mangels konkreter Anhaltspunkte jeglicher Grundlage entbehrt. Eine völlig abstrakte Schadensberechnung scheidet nach § 287 ZPO jedoch aus. Deshalb muss der Geschädigte greifbare Anknüpfungstatsachen für die Schadensschätzung darlegen und beweisen. Das Unternehmen konnte weder vortragen, welcher Gewinn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, noch konnte das Unternehmen eine Verbindung zwischen dem von ihm geltend gemachten Schaden und dem wettbewerbswidrigen Verhalten herstellen.

**Fazit:** Das BAG hat erfreulicherweise der großflächigen Abwerbpraxis unter Wettbewerbern einen Riegel vorgeschoben. Jedoch sind die Hürden für geschädigte Unternehmen groß, den Vorgaben der ZPO hinsichtlich der Darlegung eines Schadens oder zumindest schadensbegründender Umstände nachzukommen, da die monetären Auswirkungen meistens auf einer Vielzahl komplexer, miteinander verbundener Bedingungen beruhen. Die einzelnen Verursachungsbeiträge klar herauszuarbeiten, ist die große Herausforderung in solchen Prozessen. <<

Katja König  
k.koenig@melchers-law.com

## MELCHERS LAW: DATENSCHUTZRECHT

## Neues aus dem Datenschutzrecht – die Landesbehörden für den Datenschutz räumen auf

Die Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten zu Werbezwecken erfordern nach § 28 Abs. 3 BDSG eine Einwilligung des Betroffenen. Die Datenschutzaufsichtsbehörden der Länder haben Anwendungshinweise zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten für werbliche Zwecke erarbeitet und veröffentlicht ([http://www.lida.bayern.de/lda/datenschutzaufsicht/lda\\_daten/Anwendungshinweise\\_Werbung.pdf](http://www.lida.bayern.de/lda/datenschutzaufsicht/lda_daten/Anwendungshinweise_Werbung.pdf)). Die auf den ersten Blick mit insgesamt 8 Seiten recht dünn gehaltenen Anwendungshinweise enthalten für die Werbewirtschaft spektakuläre Aussagen.

### Bearbeitung von Informationsanfragen

Zunächst stellen die Aufsichtsbehörden klar, dass im Anwendungsbereich des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten zwecks Bearbeitung von Anfragen zur Zusendung von Informationen durch den Betroffenen keiner Einwilligung des Betroffenen in datenschutzrechtlicher Hinsicht mehr bedarf. Damit dürfen die nicht im Rahmen eines Telemediendienstes – d.h. beispielsweise telefonisch, im unmittelbaren Kontakt, per Fax oder E-Mail – erfolgten Anfragen zur Zusendung von Informationsmaterial auch ohne datenschutzrechtliche Einwilligung des Betroffenen ausgeführt werden. Dies gilt auch für das Anfordern von Newslettern, beispielsweise per E-Mail.

### Follow-Up-Werbung per E-Mail

Nach bisheriger Auffassung musste davon ausgegangen werden, dass Follow-Up-Werbung per E-Mail eine Einwilligung nach § 28 Abs. 3 S. 1 BDSG erforderte. Die nach § 7 Abs. 3 UWG zulässige E-Mail-Werbung an Bestandskunden konnte also lediglich an nicht personalisierte E-Mail-Adressen erfolgen.

Die Landesdatenschutzbehörden lösen den Wertungswiderspruch zwischen dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

(UWG – E-Mail-Werbung zulässig) und BDSG (Datenverarbeitung und Nutzung unzulässig ohne Einwilligung) auf, indem nunmehr zu den in § 28 Abs. 3 BDSG genannten Listendaten nach § 28 Abs. 3 S. 6 BDSG die E-Mail-Adresse hinzugespeichert und für Follow-Up-Werbung im Sinne von § 7 Abs. 3 UWG verwendet werden darf. Damit ist Follow-Up-Werbung per E-Mail jetzt – im Anwendungsbereich des BDSG – zulässig, wenn dies unter Nutzung des Listenprivilegs erfolgt und zu den Listenprivilegsdaten die E-Mail-Adresse hinzugespeichert wird. Da auch vertreten wird, dass § 7 Abs. 3 UWG nicht nur E-Mail-Werbung legitimiert, sondern auch Werbung per SMS/MMS, dürfte zumindest der progressive Werber SMS/MMS-Werbung bzw. Werbung mit sonstiger elektronischer Post (bspw. WhatsApp) an die Handynummer seiner Bestandskunden andenken können und sich im Anwendungsbereich des BDSG auf das Listenprivileg berufen.

**Fazit:** Die Anwendungshinweise erleichtern dem Werbenden den Aufbau von Datenbeständen zur nachfolgenden Nutzung zu Werbezwecken im Anwendungsbereich des BDSG erheblich. Informationsanfragen dürfen auch

ohne vorherige datenschutzrechtliche Einwilligung des Betroffenen durchgeführt werden. Dies ist insbesondere bei telefonischen Anfragen von Neukunden höchst erfreulich, da im Rahmen des Telefonats anderenfalls eine Einwilligung hätte eingeholt, dokumentiert und nach § 28 Abs. 3a BDSG auch noch zumindest in Textform hätte bestätigt werden müssen.

Auch die Auflösung des Wertungswiderspruches zwischen § 7 Abs. 3 UWG und § 28 Abs. 3 S. 1 BDSG und die damit einhergehende Zulässigkeit von E-Mail-Werbung zu gleichen oder ähnlichen Waren/Dienstleistungen bei Bestandskunden ist sicherlich zu begrüßen.

Zu beachten ist jedoch, dass die Anwendungshinweise ausschließlich auf das BDSG bezogen und mangels entsprechender Regelungen im Telemediengesetz (TMG) für das TMG nicht übertragbar sind. Die Zulässigkeit der Bearbeitung von Informationsanfragen bzw. der Durchführung von Follow-Up-Werbung nach dem TMG – und demnach im hauptsächlichen Anwendungsfall der E-Mail-Follow-Up-Werbung – ist also weiterhin ungeklärt. <<

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

## MELCHERS LAW: GESELLSCHAFTSRECHT

### Anwendung der Geschäftschancenlehre auf den geschäftsführenden Gesellschafter einer GbR

Der BGH hat mit Urteil vom 04.12.2012 (Az.: II ZR 159/10) entschieden, dass die Geschäftschancenlehre auf den geschäftsführenden Gesellschafter einer GbR dann anwendbar ist, wenn diese eine „Erwerbsgesellschaft“ oder eine „unternehmenstragende“ Gesellschaft darstellt oder gewerblich tätig ist.

#### Sachverhalt

Der Beklagte war Mitgesellschafter der Klägerin, einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), deren Geschäftszweck im Halten und Verwalten von Wohn- und Geschäftsgebäuden sowie unbebauter Grundstücke bestand. Der Beklagte, der einzelgeschäftsführungs- und vertretungs-

## MELCHERS LAW: MITTEILUNGEN

### Wirtschaftsprüfer und Steuerberater Gerrit Pülm sowie Rechtsanwältin Verena Lotter verstärken MELCHERS

Der Wirtschaftsprüfer und Steuerberater Gerrit Pülm verstärkt ab dem 1. Juni 2013 unser Berliner Büro.



Bereits seit einigen Jahren kooperieren MELCHERS und Herr Gerrit Pülm eng miteinander. Daher begründete MELCHERS im Jahre 2010 mit ihm und seinen 14 Mitarbeitern bereits eine Bürogemeinschaft in Berlin.

Aufgrund der hohen Kompetenz und langjährigen Erfahrungen von Herrn Pülm, insbesondere bei der Beratung von mittelständischen Unternehmen, ergänzt und bereichert er durch seinen Eintritt in die Sozietät MELCHERS nunmehr auch das Leistungsangebot von MELCHERS wesentlich. Zu den besonderen Kompetenzen von Herrn Pülm gehören in der Wirtschaftsprüfung die gesetzliche und freiwillige Prüfung der Jahresabschlüsse von mittelständischen Unternehmen verschiedenster Rechtsformen, Unternehmensbewertungen sowie Due Diligence-Prüfungen. In der Steuerberatung sind die Betreuung von Unternehmen einschließlich der Abgabe von Handlungsempfehlungen bei Unternehmensumwandlungen und dem Aufzeigen von erbrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten sowie auch die Betreuung von Profisportlern im nationalen und internationalen Kontext als Tätigkeitsschwerpunkte hervorzuheben.



Frau Rechtsanwältin Verena Lotter verstärkt seit dem 1. April 2013 unser Heidelberger Büro. Sie wird insbesondere das arbeitsrechtliche und das baurechtliche Referat unterstützen.

Nach dem Studium der Rechtswissenschaften war Frau Lotter am Lehrstuhl für Arbeitsrecht bei Prof. Dr. Dr. Gerrick von Hoyningen-Huene an der Universität in Heidelberg tätig. Neben ihrer Tätigkeit bei MELCHERS promoviert Frau Lotter bei Prof. Dr. Dieter Dölling, Institut für Kriminologie – Universität Heidelberg. <<

befugt war, erfuhr Ende 2004 von der Möglichkeit, einige Grundstücke zu erwerben, die zum entgeltlichen Betrieb als Parkplätze genutzt werden konnten. Hier von unterrichtet er seine beiden Mitgesellschafter und erkundigte sich namens der GbR bei der Kreisverwaltung, ob abfall- und bodenschutzrechtliche Bedenken gegen eine Nutzung als Parkplatz bestünden. Als dies verneint wurde, erwarb er im Dezember 2005 das Grundstück schließlich für eine GmbH, an der er mit seiner Ehefrau je hälftig beteiligt war. Die GbR verlangte vom Beklagten u.a. Übergabe und Herausgabe der Grundstücke Zug-um-Zug gegen Zahlung eines Betrages von EUR 199.000,00.

### Entscheidung

Das LG verurteilte den Beklagten u.a. zur Herausgabe der Grundstücke. Seine Berufung hat das OLG mit einem Grundurteil zurückgewiesen. Auf seine Revision hin hat der BGH das Berufungsurteil lediglich aus verfahrensrechtlichen Gründen aufgehoben und an das OLG zurückverwiesen. Das OLG habe im Übrigen aber zu Recht angenommen, dass der Beklagte unter Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht eine Geschäftschance der Klägerin ausgenutzt und sich hierdurch schadensersatzpflichtig gemacht habe.

Die *Geschäftschancenlehre* sei auf den *geschäftsführenden Gesellschafter einer GbR dann anwendbar, wenn diese eine „Erwerbsgesellschaft“ oder eine „Unternehmenstragende“ Gesellschaft darstellt oder gewerblich tätig sei*. Die Situation sei dann derjenigen bei der OHG vergleichbar, für die der BGH die Geschäftschancenlehre auf den geschäftsführenden Gesellschafter bereits angewandt habe (BGH, NJW 1986, S. 584). Übertragen die Gesellschafter einer Personengesellschaft die ihnen grundsätzlich zustehende Geschäftsführung auf einen (geschäftsführenden) Gesellschafter, dürften sie darauf vertrauen, dass dieser sich für das gemeinsame Ziel einsetze und uneigennützig handle. Aus der *Treuepflicht des Geschäftsführers* folge, dass er *Geschäftschancen, die in den Geschäftsbereich der Gesellschaft fallen und dieser aufgrund bestimmter konkreter Umstände bereits zugeordnet sind, nur für die Gesellschaft ausnutzen* dürfe. Eine solche Zuordnung sei anzunehmen, wenn die Gesellschaft als erste mit dem Geschäft in Berührung gekommen und deren Geschäftsführer mit Vertragsverhandlungen über das Geschäft eingeschaltet worden sei.

Vorliegend fiel der Erwerb der Grundstücke in den Geschäftsbereich der GbR. Die Geschäftschance war ihr aufgrund der vom Beklagten für sie entfalteten Aktivitäten bereits eindeutig zugeordnet. Indem dieser die Geschäftschance für sich selbst bzw. für die von ihm und seiner Ehefrau gegründete GmbH wahrgenommen hat, hat er der GbR die Geschäftschance entzogen und sich schadensersatzpflichtig gemacht. Dass seine beiden Mitgesellschafter vom Projekt Abstand genommen hätten bzw. die GbR damit die ihr bereits zugeordnete Geschäftschance wieder freigegeben hätte, konnte der Beklagte nicht nachweisen.

**Fazit:** Der BGH wendet unter Verweis auf seine Rechtsprechung zur OHG die *Geschäftschancenlehre* erstmals auch auf die *unternehmerisch bzw. gewerblich tätige GbR an*. Damit ist nun für *unternehmerisch bzw. gewerblich tätige Personengesellschaften – ungeachtet der konkreten Rechtsform – abschließend geklärt, dass die eigennützige Verwertung von Geschäftschancen der Gesellschaft durch den geschäftsführenden Gesellschafter diesen zum Schadensersatz verpflichtet*. Dies bedeutet eine erhebliche Haftungsverschärfung für den GbR-Geschäftsführer. Bei der eigennützigen Verwertung von Geschäftschancen aus dem Geschäftsbereich der Gesellschaft ist daher Vorsicht geboten. Im Zweifel empfiehlt sich eine vorherige vertragliche Regelung mit den übrigen Gesellschaftern. <<

Florian Armbruster  
f.armbruster@melchers-law.com

MELCHERS LAW: WERKVERTRAGSRECHT

## Unwirksamkeit von Vorauszahlungsklauseln

Das Werkvertragsrecht sieht vor, dass der Unternehmer seine Vergütung grundsätzlich erst bei Abnahme verlangen kann. Das heißt, dass der Unternehmer vorab sämtliche Leistungen erbringen muss, um in den Genuss eines fälligen Vergütungsanspruchs zu kommen. Einen teilweisen Ausgleich dieser grundsätzlichen Vorleistungspflicht des Unternehmers sieht das Gesetz durch die Leistung von Abschlagszahlungen vor. Aber auch diese setzen eine bereits erbrachte mangelfreie Leistung – und damit eine Vorleistung des Unternehmers – voraus. Der Unternehmer ist daher bemüht, Klauseln vertraglich zu vereinbaren, welche ihn von der vom Gesetz auferlegten Vorleistungspflicht befreien. Der Bundesgerichtshof hatte nunmehr über die *Wirksamkeit einer derartigen Vorauszahlungsklausel* mit Urteil vom 07.03.2013 (Az.: VII ZR 162/12) zu befinden und zu klären, ob trotz einer *nachträglichen Änderung der Klausel* die Vereinbarung immer noch der sogenannten Inhaltskontrolle unterliegt.



## MELCHERS LAW: PERSÖNLICH

## Martin Jarrett

MELCHERS Heidelberg

Herr Jarrett ist seit 1. Juni 2012 als Solicitor und Barrister bei MELCHERS tätig.



Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt im Glücksspielrechtlichen Bereich. Darüber hinaus bearbeitet er internationale bankrechtliche und schiedsgerichtliche Verfahren.

Herr Jarrett über sich:

Ein guter Arbeitstag beginnt ...  
... mit 20 Liegestützen, um den Tag schwungvoll zu beginnen.

Am Anwaltsberuf reizt mich ...  
... kritisches Reflektieren der Wünsche unserer Mandanten, um ihren wirtschaftlichen Interessen gerecht zu werden.

Wer es in meinem Job zu etwas bringen will ...  
... sollte ruhig und fokussiert, aber zugleich wachsam bleiben.

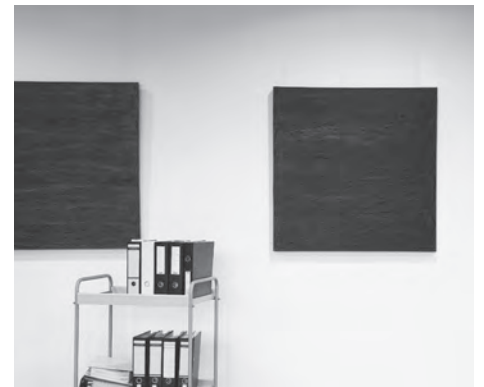
Erfolge feiere ich ...  
... im Verhältnis zu ihrer Wichtigkeit: bescheiden oder die ganze Nacht.

Auf die Palme bringt mich ...  
... wenn Menschen ineffizient denken und melodramatische Charakterzüge aufweisen.

Zur Zeit beschäftigt mich ...  
... die Entwicklung von Schiedsverfahren in Glücksspielrechtlichen Angelegenheiten und die Ergebnisse der South Sydney Rugby-Mannschaft. <<

(AGB) darstellt. Entsprechendes gilt auch für den BGB-Vertrag. Auch hier ist für eine Vorleistung des Bestellers eine entsprechende Individualvereinbarung notwendig. Ein Anspruch auf Zustimmung zu einer solchen Vereinbarung besteht weder im VOB- noch im BGB-Vertrag. Dennoch können im Rahmen von AGB die weiteren Modalitäten (bspw. Verzinsung, Sicherheitsleistung und Anrechnung) einer individuell vereinbarten Vorleistungsabrede – wie im Rahmen von § 16 Abs. 2 VOB/B geschehen – geregelt werden. <<

Philipp Scharfenberg  
p.scharfenberg@melchers-law.com



## Der Sachverhalt

Die Klägerin schloss mit der Beklagten im Jahre 2009 einen Vertrag über die Lieferung und den Einbau einer Küche zum Gesamtpreis von EUR 23.800,00. Eine Klausel des Vertrags sah dabei vor: „Der Kaufpreis ist spätestens bei Anlieferung der Kaufgegenstände ohne Abzug zu bezahlen“. In einer *Zusatzvereinbarung aus dem Jahre 2010* einigten sich die Parteien darauf, dass die Klägerin *bis zum mangelfreien Einbau* der Küche EUR 2.500,00 *zurückbehalten* dürfe und daher nur EUR 21.300,00 im Voraus zu zahlen habe. Infolge des mangelhaften Einbaus der Küche durch die Beklagte kam es zum Streit zwischen den Parteien über den zu zahlenden Betrag. Nachdem das Berufungsgericht der Klägerin Recht gab, legte die Beklagte Revision beim BGH ein.

## Die Entscheidung

Die Revision hatte keinen Erfolg. Der BGH entschied, dass die Vorauszahlungsklausel unwirksam sei, da die Klausel nicht mit der in § 641 Abs. 1 S. 1 BGB *gesetzlich angeordneten Vorleistungspflicht des Unternehmers* zu vereinbaren sei. Jene Regelung sei Ausdruck eines formularmäßig nicht abänderbaren Gerechtigkeitsgebots, wonach der Besteller grundsätzlich erst zur Zahlung verpflichtet sein soll, wenn das Werk vollständig hergestellt wurde.

Die Beklagte habe die *berechtigten Interessen ihrer Kunden* auch nicht berücksichtigt, da die Kunden bei einer derartigen Regelung über *keinerlei Druckmittel im Falle des mangelhaften Einbaus* verfügen würden. Die Klägerin werde daher unangemessen benachteiligt. Auch durch die Zusatzvereinbarung ergebe sich aus Sicht des BGH nichts anderes. Allein die nachträgliche Änderung einer AGB ändere nichts daran, dass die Klausel der Inhaltskontrolle unterliege. Die *Änderung müsse vielmehr dem Vertragspartner Gestaltungsfreiheit einräumen und den gesetzfremden Kerngehalt der Klausel zur Disposition stellen*, mit der Folge, dass die nachteilige Wirkung der unwirksamen Klausel mehr als nur abgeschwächt werde. Dies war vorliegend nicht anzunehmen, da weiterhin eine unangemessene Vorleistung des Kunden – hier der Klägerin – gefordert wurde.

**Fazit:** § 16 Abs. 2 VOB/B regelt die Modalitäten von Vorauszahlungen. Gleichwohl setzt die Klausel eine entsprechende individuelle Vereinbarung einer Vorauszahlungspflicht – und damit gerade nicht nur eine formularmäßige Vereinbarung – voraus. Die Vereinbarung der VOB/B gibt damit selbst noch keinen Anspruch auf Vorauszahlung durch den Auftraggeber, zumal die VOB/B bei deren Einbeziehung selbst „nur“ eine Allgemeine Geschäftsbedingung

## MELCHERS LAW: FACHPUBLIKATIONEN

## Urteilsanmerkung

Herr Rechtsanwalt Klasen hat in der Zeitschrift *Entscheidungen zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht* (GWR 10/2013, S. 210) eine Anmerkung zum aktuellen Urteil des Europäischen Gerichtshofs (Rs. C-335/11; C-337/11) vom 11.04.2013 veröffentlicht. Es befasst sich mit der Frage, wann eine Krankheit eine Behinderung im Sinne der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG darstellt und ob es nach der Richtlinie geboten sein kann, dass der Arbeitgeber eine Arbeitszeitverkürzung anbietet. <<



## MELCHERS LAW: PRAXISTIPP

## Brennpunkt: Betriebliche Altersversorgung – besser als ihr Ruf!

Die aktuelle mediale Berichterstattung wirft kein gutes Licht auf die betriebliche Altersversorgung (bAV). So titelte bereits die Zeitschrift Öko-Test in ihrer Ausgabe 6/2012 „Finger weg“ und stellt insbesondere dem beliebtesten Durchführungsweg der betrieblichen Altersversorgung mittels Direktversicherung ein verheerendes Renditezeugnis aus. Auch der Spiegel warnte in Anbetracht der aktuellen Niedrigzinsphase (Ausgabe 46/2012 sowie jüngst 19/2013) vor den erheblichen („existenzbedrohenden“) Risiken, die mit der bAV in wirtschaftlich schlechten Zeiten für Arbeitgeber und Arbeitnehmer verbunden seien. Woraus der schlechte Ruf der bAV resultiert, dass die bAV besser als ihr aktueller Ruf ist und welche Vorteile die bAV für Arbeitgeber haben kann, soll nachfolgend kurz dargestellt werden:

### Ursachenforschung

Die Gründe für das schlechte Image der bAV sind vielschichtig. Die bAV berührt zahlreiche Rechtsgebiete, wie z.B. Arbeits-, Sozialversicherungs-, Steuer- und Versicherungsrecht, und ist daher selbst für Experten nur schwer zu durchdringen. Für viele Unternehmen ist sie ohne externen Sachverstand folglich kaum ein- bzw. durchführbar. Hinzu kommt, dass die Versicherungswirtschaft die bAV früh als Absatzmarkt für sich erkannt und **zahlreiche nahezu unüberschaubare Angebote** entwickelt hat. Für kleinere und mittelständische Unternehmen scheinen hierbei insbesondere **Lebensversicherungsunternehmen** attraktiv, die neben den entsprechenden Versicherungsverträgen zugleich auch die komplette Organisation und Abwicklung der bAV anbieten. Dass bei der Beratung durch ein Versicherungsunternehmen nicht immer die Interessen des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers im Mittelpunkt stehen, liegt auf der Hand. So fallen gerade bei der populären Direktversicherung je nach Versicherungsunternehmen und Vertriebsweg **erhebliche Abschluss- und Verwaltungskosten** an, die bei der Rendite des

Anlageproduktes beträchtlich zu Buche schlagen und viele Verträge im Grunde nur für die Versicherungsgesellschaft rentabel machen. Dies gilt insbesondere in der aktuellen Niedrigzinsphase, die jedoch grundsätzlich alle Durchführungswege der bAV berührt. Ist der mit der bAV zu erwartende hohe Verwaltungs- und Kostenaufwand bei niedriger Rendite nicht Abschreckung genug, setzt der Gesetzgeber mit **immer weitergehenden Haftungsrisiken für Arbeitgeber** alles andere als Anreize zum Einstieg in die bAV.

### Konsequenzen

Wie sollen sich Arbeitgeber bei derartigen Rahmenbedingungen verhalten? Das Thema bAV zu ignorieren und ad acta zu legen, ist sicherlich die schlechteste Entscheidung. Erstens hat der Arbeitnehmer nach § 1a BetrAVG einen **gesetzlichen Anspruch auf bAV im Wege der Entgeltumwandlung**, der regelmäßig mittels Direktversicherung umgesetzt werden muss; der Arbeitgeber kann sich der bAV daher – selbst wenn er will – nicht entziehen. Zweitens kann die bAV – bei guter Beratung – aber auch **zahlreiche Chancen für den Arbeitgeber** beinhalten.

### Chancen und Vorteile der bAV

Die bAV kann für Arbeitgeber aus unterschiedlichsten Aspekten interessant sein. Einige von ihnen sollen nachfolgend kurz dargestellt werden:

#### » Staatliche Förderung/Senkung Lohnnebenkosten

Attraktiv sind sicherlich die **steuerlichen Vorteile während der Aufbauphase** sowie die **Freistellung des Versorgungsaufwandes von der Beitragspflicht in der Sozialversicherung**. So können bei der Entgeltumwandlung Beiträge bis zu 4 % der Beitragsbemessungsgrenze (West 2013: 2.784 EUR) in der gesetzlichen Rentenversicherung steuer- und sozialversicherungsfrei sowie weitere Beiträge bis 1.800 EUR steuerfrei zum Aufbau der bAV verwendet werden. Die hierbei stattfindende Reduzierung des Bruttolohns kann gleichzeitig zu einer Senkung der Lohnnebenkosten des Arbeitgebers führen.

#### » Schaffung von Liquidität

Ferner werden gerade von größeren Unternehmen die Durchführungswege der Direktzusage oder Unterstützungskasse zur **Innenfinanzie-**

**rung ihres Unternehmens** genutzt. So mindern z.B. die im Rahmen der Direktzusage nach § 6a EStG zu bildenden **bilanziellen Rückstellungen den steuerlichen Gewinn** des Unternehmens mit dem Ergebnis größerer Liquidität.

#### » Anreizsystem für Mitarbeiter

In Anbetracht der demographischen Entwicklung nimmt der **Wettbewerb um qualifizierte Mitarbeiter** eine immer zentralere Rolle für Unternehmen ein. Aufgrund des ständig sinkenden Standardrentenniveaus in der gesetzlichen Rentenversicherung wird eine attraktive bAV zukünftig maßgeblich dazu beitragen, gerade gut ausgebildete und vorausschauende Arbeitnehmer nicht nur anzuziehen, sondern auch **langfristig an das Unternehmen zu binden**.

#### » Außendarstellung

Im Übrigen dürfte das Unternehmen durch den damit einhergehenden Imagegewinn generell an Attraktivität und Identifikation gewinnen. So mag es nicht verwundern, dass gerade Know-how geprägte, innovative und sehr erfolgreiche Unternehmen, wie z.B. SAP, attraktiven Sozialleistungen, wie z.B. der bAV, einen erheblichen Stellenwert einräumen.

**Tipp:** Aufgrund sowohl der rechtlichen Rahmenbedingungen als auch der politischen und demoskopischen Entwicklungen wird sich auf Dauer kein Arbeitgeber dem Thema „bAV“ verschließen können. Jedem Arbeitgeber kann daher nur geraten werden, die Geschicke frühzeitig selbst in die Hand zu nehmen und zu prüfen, ob und wie er durch Einführung bedarfsgerechter Versorgungsstrukturen die Vorteile der bAV für sich nutzen kann. Hierbei sollte er – insbesondere um Haftungsrisiken möglichst zu vermeiden – auf jeden Fall einen unabhängigen und qualifizierten Berater zu Hilfe nehmen. Das schlechte Image resultiert insoweit nämlich nicht aus einem strukturellen Problem der bAV, sondern größtenteils aus den oftmals unüberschaubaren und fragwürdigen Finanzprodukten und Beratungsleistungen der Versicherungsgesellschaften, die Arbeitgebern die richtige Entscheidung häufig unmöglich machen. <<

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

MELCHERS LAW: PRAXISREPORT

## MELCHERS begleitet den 1. FC Kaiserslautern bei der Emission der „Betze-Anleihe 2013“

Nicht zuletzt steigende Anforderungen an die klassische Kreditvergabe bedingen zunehmend die Fragestellung, welche alternativen Formen der Unternehmensfinanzierung bestehen (vgl. hierzu auch MELCHERS LAW 25/2011, S. 6). Dies gilt in gleicher Weise für Sportvereine, die oftmals auf der Grundlage von ligaabhängigen Lizenzanforderungen sowie zur Erhaltung der eigenen Wettbewerbsfähigkeit zu erheblichen Investitionen in die von ihnen unterhaltene Infrastruktur verpflichtet sind.

### Die Fananleihe als alternative Finanzierungsform

Sportvereinen bietet sich hier die Möglichkeit zur Emission von sog. Fananleihen. Die MELCHERS-Rechtsanwälte Dr. Andreas Masuch und Dr. Andreas Decker hatten in diesem Zusammenhang nun die Möglichkeit, den 1. FC Kaiserslautern bei der erfolgreichen Emission der „Betze-Anleihe 2013“ mit einem Gesamtemissionsvolumen von EUR 6 Mio. begleiten zu dürfen.

Bei Fananleihen handelt es sich um *Schuldverschreibungen*, die interessierten Unterstützern des Vereins zur Finanzierung von Investitionsvorhaben angeboten werden. Der Emittent nimmt hierdurch Fremdkapital auf und hat dieses über die Anleihenlaufzeit zu verzinsen, ohne dass hierfür die Stellung von Sicherheiten erforderlich ist. Die *Art und Stückelung der Schuldverschreibungen*, die *Höhe des angebotenen Zinses* sowie die *Länge der Laufzeit* können vom Verein nach wirtschaftlichen Kriterien festgelegt werden. Die am Ende der Laufzeit geschuldete Rückzahlung hat der Emittent frühzeitig sicherzustellen.

### Ausgestaltung der angebotenen Schuldverschreibungen

Die Fananleihe wird üblicherweise einzelverbrieft in Form von sog. *Schmuckurkunden* angeboten, so dass Anleger die Möglichkeit erhalten, diese an die Wand zu hängen oder zu verschenken, was auch zu einer stärkeren Identifizierung mit dem angestrebten Investitionsvorhaben beiträgt. Die einzelverbrieften

Schuldverschreibungen können mit *unterschiedlichen Nennbeträgen* ausgestattet werden. Sofern zusätzlich *Anteile an einer Globalurkunde* angeboten werden, müssen die Anleger hierzu ein Wertpapierdepot unterhalten, über welches die Zinszahlungen sowie die Rückzahlung des investierten Kapitals am Ende der Laufzeit automatisch abgewickelt werden.

### Notwendigkeit eines Wertpapierprospekts und Billigung durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)

Die Emission einer Fananleihe stellt regelmäßig ein *öffentliches Angebot* im Sinne des Wertpapierprospektgesetzes dar, welches allein auf der Grundlage eines vorab veröffentlichten und von der BaFin gebilligten *Wertpapierprospekts* erfolgen kann. Dieser muss Angaben zu den *wesentlichen Risiken*, den *Eckdaten des Angebots* einschließlich der Anleihebedingungen, *Informationen zum Emittenten* sowie *steuerliche und bilanzielle Daten* enthalten. Die BaFin hat zu prüfen, ob die im Wertpapierprospekt enthaltenen Informationen vollständig und kohärent sind und erteilt erst nach dieser Feststellung die Billigung des Prospekts.

### Erforderlichkeit von Marketingmaßnahmen und Aufstockung

Das Gelingen einer Anleiheemission hängt neben der rechtlichen und steuerlichen Beratung insbesondere bei der Erstellung des Prospekts auch von der Vorbereitung und Durchführung von *adäquaten Marketingmaßnahmen* (z.B. Pressekonferenz, Internetpräsenz, etc.) ab, um interessierte Anleger frühzeitig über die Emission zu informieren. Stößt der Emittent während der Angebotsfrist auf erhebliche Nachfrage, hat er die Möglichkeit, das ursprünglich vorgesehene *Emissionsvolumen aufzustocken*. Dies setzt jedoch voraus, dass ein neuer Prospekt erstellt und ein weiteres Billigungsverfahren bei der BaFin durchlaufen wird.

Aufgrund der unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten, der grundsätzlichen Unabhängigkeit von Kreditinstituten und der mangelnden Erforderlichkeit von Sicherheiten ist die Fananleihe damit insgesamt ein attraktives Finanzierungsinstrument für Sportvereine. <<

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

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



## MELCHERS LAW: UMWELTRECHT

## Zahlreiche Normänderungen im Umweltrecht

Auch nach dem Inkrafttreten des neuen Kreislaufwirtschaftsgesetzes zum 01.06.2012 ruht der nationale sowie EU-Normgeber nicht. In den letzten 12 Monaten wurden weiterhin zahlreiche Normen im Umweltrecht geändert. Insbesondere Unternehmen der Kreislaufwirtschaft, Elektro- und Elektronikgeräteher-

steller, Batteriehersteller, Kommunen bzw. öffentlichrechtliche Entsorgungsträger, Betreiber von Abwasserbehandlungsanlagen und Deponien sind gehalten, sich mit den sie betreffenden Neuregelungen vertraut zu machen. Aufgrund der zahlreichen Normänderungen soll an dieser Stelle nur auf die bedeutenderen Neuerungen seit Juni 2012 hingewiesen werden: so sind die Novellierung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes und Änderung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes, der Erlass einer neuen Bioabfall- sowie Klärschlammverordnung, die Änderung des Elektro- und Elektronikgerätegesetzes nebst Kostenverordnung sowie des Batteriegesetzes, Änderungen der EG-Verordnung Nr. 1418/2007 für Verbringungen

ungefährlicher Abfälle in Nicht-OECD-Staaten und die Novellierung der Deponieverordnung explizit zu nennen. Bei Beratungsbedarf zu den einzelnen Normänderungen bzw. Neuregelungen können Sie sich gerne an uns wenden. <<

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



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


**FLORIAN ARMBRUSTER**

berät in- und ausländische Mandanten schwerpunktmäßig in allen Bereichen des Handels- und Gesellschaftsrechts.


**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.


**KATJA KÖNIG**

ist als vormalige Syndikusanwältin und Human Resources Managerin vor allem auf dem Gebiet des Betriebsverfassungsrechts praxiserfahren. Sie berät in allen Bereichen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts.


**DR. ANDREAS MASUCH**

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


**DR. MATTHIAS PASCHKE**

ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Fachberater für betriebliche Altersversorgung (BRBZ e.V.). Er berät in täglicher Praxis Arbeitgeber aus dem privaten und öffentlichen Sektor.


**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.


**PHILIPP SCHARFENBERG**

ist vor allem für Unternehmen und öffentliche Auftraggeber im privaten Bau- und Architektenrecht sowie im Bausträgerrecht tätig.


**DR. DENNIS VOIGT**

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

## MELCHERS LAW: IMPRESSUM

**HERAUSGEBER**

Melchers Rechtsanwälte  
Partnerschaftsgesellschaft

**CHEFREDAKTION**

Dr. Ilona Renke  
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)