

MELCHERS

LAW

36 | AUSGABE
MÄRZ/APRIL 2013

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,



überall und immerzu machen Menschen Fehler. Dies ist keine besonders originelle Feststellung. Daher ist es eigentlich erstaunlich, dass jedes Mal dann, wenn Fehler bemerkt werden, die Reaktion in einer Mischung aus Überraschung und Aggressivität besteht.

Bei der Beratung von Arbeitgebern fällt mir oft auf, dass zumindest schriftliche Abmahnungen erst spät, nachdem es bereits zuvor zu zahlreichen Problemen gekommen ist, ausgesprochen werden.

Nicht nur aus dem Sport wissen wir, dass es sehr hilfreich ist, häufig auf Fehler hingewiesen zu werden. Trainer werden dafür hoch bezahlt. Arbeitnehmer müssen jeden Hinweis auf Fehler als Chance, sich zu verbessern, verstehen. Daher sollte frühzeitig die sicher unangenehme Auseinandersetzung mit Fehlern nicht gescheut werden, damit Schlimmeres verhindert wird. Aus dem Sport wissen wir auch, dass es manchmal wehtun muss, damit es gut wird.

In diesem Sinne wünsche ich Ihnen eine interessante Lektüre unserer neuen Ausgabe der MELCHERS LAW.

Ihr Michael Depel
m.depel@melchers-law.com



MELCHERS LAW: IN DIESER AUSGABE

ARBEITSRECHT

Betriebliche Übung auch bei irrtümlichen Leistungen **02**

GESELLSCHAFTSRECHT

Reichweite der Insolvenzverursachungs-
haftung des GmbH-Geschäftsführers **03**

Kündigung eines schwerbehinderten Fremdgeschäftsführers **04**

WERKVERTRAGSRECHT

Höhe der Vertragsstrafe bei Zwischenterminen –
5 % der Gesamtauftragssumme unwirksam **05**

Zahlungsplan ohne Hinweis auf Sicherungsrechte –
Klausel unwirksam **06**

>> PERSÖNLICH **02**

>> FACHPUBLIKATIONEN **03**

>> MITTEILUNGEN **05**

>> PRAXISTIPP **06**

>> PRAXISREPORT **07**

>> VERANSTALTUNGEN **08**

MELCHERS LAW: ARBEITSRECHT

Betriebliche Übung auch bei irrtümlichen Leistungen

Besondere Vorsicht ist bei Sonderzahlungen aufgrund Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung geboten. Das Bundesarbeitsgericht hat in seinem Urteil vom 29.08.2012 (Az.: 10 AZR 571/11) entschieden, dass auch *irrtümlich* aufgrund vermeintlicher tarifvertraglicher Verpflichtung *vorgenommene vorbehaltlose Zahlungen* einen *Anspruch* der Mitarbeiter *auf zukünftige Leistungsgewährung aufgrund betrieblicher Übung* begründen können.

Sachverhalt

Das Unternehmen war tarifgebunden und erbrachte sowohl eine *tarifvertragliche Weihnachtsszuwendung* als auch eine *Sonderzuwendung aufgrund einer Betriebsvereinbarung*. Hierbei ging das Unternehmen *irrtümlich* davon aus, dass neben dem Grundgehalt *auch Zeitzuschläge* in die Berechnung von Weihnachts- und Sonderzuwendung einzubeziehen sind, welche gesondert in der Gehaltsabrechnung als Weihnachtsszuwendung aus Zuschlägen und Sonderzuwendung aus Zuschlägen ausgewiesen wurden. Nach 14 Jahren bemerkte das Unternehmen seinen Irrtum und stellte die Zahlung ein. Hiergegen richtete sich die Klage der betroffenen Arbeitnehmer.

Entscheidung

Das BAG sprach den Arbeitnehmern einen Anspruch auf die Vergütung aufgrund betrieblicher Übung zu. Ansprüche der Arbeitnehmer können durch die regelmäßige Wiederholung von Zahlungen des Arbeitgebers begründet werden, wenn die Arbeitnehmer aus diesen Verhaltensweisen schließen können, ihnen solle ein Anspruch auf die Leistung auf Dauer eingeräumt werden. Entscheidend für die Entstehung des Anspruchs sei nicht der Verpflichtungswille des Arbeitgebers, sondern der Umstand, wie die Arbeitnehmer das Verhalten des Arbeitgebers verstehen mussten und durften.

Betriebliche Übung auch bei übertariflichen Leistungen

Eine betriebliche Übung kann auch bezüglich übertariflicher Leistungen

MELCHERS LAW: PERSÖNLICH

Danny Engelhardt

MELCHERS Heidelberg

Herr Engelhardt ist seit 1. Juli 2012 als Rechtsanwalt bei MELCHERS tätig



Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt im glücksspielrechtlichen Bereich. Hier betreut er deutsch- und englischsprachige Mandanten im Lizenzierungsverfahren.

Herr Engelhardt über sich:

Ein guter Arbeitstag beginnt...

...mit reichlich Kaffee und erfreulicher Korrespondenz von Behördenseite.

Am Anwaltsberuf reizt mich...

...auf einen Fachbereich gestoßen zu sein, der im Studium nie Erwähnung fand – und glücklicherweise dem öffentlichen Recht angehört.

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

...sollte sein Ziel zwar stets vor Augen haben, aber dabei nicht in Verbissenheit geraten.

Erfolge feiere ich...

...möglichst zeitnah zu ihrem Eintritt und mit den Menschen, die geholfen haben, sie herbeizuführen.

Es bringt mich auf die Palme...

...im Allgemeinen: wenn Zusagen nicht eingehalten werden; im Besonderen: wenn Menschen unpünktlich sind.

Zur Zeit beschäftigen mich...

...Engländer aus der Glücksspielindustrie, die rechtliche Diskussion um den Glücksspielstaatsvertrag und die Arbeit an höheren Breaks im Snooker. <<

entstehen, wenn dem tatsächlichen Verhalten des Arbeitgebers aus der Sicht des Arbeitnehmers der Wille zugrunde liegt, eine bestimmte übertarifliche Leistung zu erbringen. Ob der Arbeitgeber eine Leistung irrtümlich in der Annahme erbringt, zu dieser tarifvertraglich verpflichtet zu sein, ist unerheblich. Es kommt allein darauf an, ob aus Sicht der Arbeitnehmer eine Fehlvorstellung des Arbeitgebers vorlag und die Zahlung aus ihrer Sicht zur Erfüllung tariflicher Ansprüche erfolgte. Nur dann ist die Begründung eines Anspruchs aufgrund betrieblicher Übung ausgeschlossen.

Gesonderte Ausweisung in Gehaltsabrechnung spricht gegen Irrtum

Im zu entscheidenden Fall sprachen vor allem die gesonderte Ausweisung in der Gehaltsabrechnung und die Differenzierung in Sonderzuwendung und Sonderzuwendung aus Zuschlägen aus Sicht der Arbeitnehmer gegen eine offensichtlich irrtümliche Zahlung. Werden Sonderzuwendungen über viele Jahre hinweg in der tariflich korrekt berechneten Höhe und darüber hinaus gesondert abgerechnete Sonderzuwendungen aus

Zuschlägen gezahlt, die nach dem Tarifvertrag eindeutig nicht geschuldet waren, so muss der Arbeitnehmer davon ausgehen, dass diese Leistungen gerade nicht zur Erfüllung der kollektivrechtlich begründeten Pflicht erfolgen. Die gesonderte Ausweisung und die ausdrückliche Differenzierung in zwei Zahlungen mit eigener Bezeichnung können aus Sicht des Empfängers nur dahin verstanden werden, es handele sich um tarifvertraglich nicht geschuldete Leistungen.

Fazit: Arbeitgeber sollten exakt überprüfen, wie sich tarifliche Leistungen und solche nach Betriebsvereinbarungen berechnen, und in der Gehaltsabrechnung diese Leistungen auch entsprechend bezeichnen. Irrtümlich gezahlte übertarifliche Leistungen können eine betriebliche Übung begründen mit der Folge, dass die Leistungen auch zukünftig an die Arbeitnehmer gezahlt werden müssen. Eine betriebliche Übung ist nur dann ausgeschlossen, wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer in dem irrtümlichen Glauben befinden, der Arbeitgeber sei tarifvertraglich oder aufgrund Betriebsvereinbarung zur Leistung verpflichtet. <<

Katja König
k.koenig@melchers-law.com

MELCHERS LAW: GESELLSCHAFTSRECHT

Reichweite der Insolvenzverursachungs haftung des GmbH-Geschäftsführers

Für Geschäftsführer sind Zahlungen, die sie während einer wirtschaftlichen Krise der Gesellschaft veranlassen, haftungsträchtig. Insbesondere wenn es um Zahlungen an die Gesellschafter der GmbH geht, wie z. B. Ausschüttungen oder die Rückgewähr von Darlehen, sind die Geschäftsführer der Gesellschaft zum Ersatz verpflichtet, *wenn und soweit diese Zahlungen zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten*. Diese *Insolvenzverursachungshaftung* ordnet § 64 Satz 3 GmbHG an.

Mit einer jüngeren Entscheidung hat der BGH nun einige wichtige Streitfragen zum Anwendungsbereich von § 64 Satz 3 GmbHG entschieden (Urt. v. 09.10.2012, Az.: II ZR 298/11).

Sachverhalt

Der Kläger und seine inzwischen von ihm geschiedene Ehefrau gewährten der beklagten GmbH im Jahr 1995 ein bis Ende 2005 zurückzuzahlendes Darlehen. Die geschiedene Ehefrau ist alleinige Gesellschafterin und Geschäftsführerin der GmbH. Der Kläger verlangte Hinterlegung des Darlehensbetrages nebst Zinsen zu seinen und zugunsten seiner geschiedenen Frau. Die GmbH verweigerte die Rückzahlung des Darlehens unter Hinweis auf § 64 Satz 3 GmbHG mit der Begründung, die Auszahlung würde zu ihrer Zahlungsunfähigkeit führen.

Entscheidung

Das LG gab der Klage statt, das OLG wies sie dagegen ab. Der BGH hob das Berufungsurteil des OLG auf und verwies die Sache zur weiteren Aufklärung an das OLG zurück, weil er den Anwendungsbereich der Insolvenzverursachungshaftung nach den bisherigen Feststellungen des OLG als nicht eröffnet angesehen hat. Das OLG müsse noch feststellen, ob es erst durch die Darlehensrückzahlung zur Zahlungsunfähigkeit der GmbH gekommen wäre.



Der BGH stellte zunächst fest, dass § 64 Satz 3 GmbHG *keine Haftung für die Vertiefung der Insolvenz* begründet. § 64 Satz 3 GmbHG gilt nur für den Fall, dass die GmbH vor der Zahlung noch nicht zahlungsunfähig war; denn nur dann kann die Zahlungsunfähigkeit *durch* eine Zahlung herbeigeführt werden. Ist die GmbH bereits zahlungsunfähig, kommt allein eine Haftung wegen Verstoßes gegen das Zahlungsverbot nach § 64 Satz 1 GmbHG in Betracht.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH liegt *Zahlungsunfähigkeit* regelmäßig dann vor, wenn eine *innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke von 10% oder mehr* besteht, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig geschlossen wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist. *Bei der notwendigen Prüfung des Bestehens der Zahlungsunfähigkeit sind nach Ansicht des BGH auch fällige Gesellschafterforderungen zu berücksichtigen* und in die Liquiditätsbilanz einzustellen. Besteht unter deren Berücksichtigung bereits eine Liquiditätslücke von 10% oder mehr, kann eine Zahlung wegen bereits eingetretener Zahlungsunfähigkeit keine Haftung nach § 64 Satz 3 GmbHG zur Folge haben. Hätte die Zahlung dagegen die Zahlungsunfähigkeit der GmbH zur Folge, hat die Gesellschaft bzw. der Geschäftsführer nicht nur die Pflicht, die Zahlung zu unterlassen, sondern hat zugleich auch ein Leistungsverweigerungsrecht. Anderslautende Weisungen der Gesellschafter sind nichtig und dürfen nicht befolgt werden.

Fazit: Die Entscheidung ist zu begrüßen. Sie schafft für den praxisrelevanten Bereich der Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen

sowie für das Recht des Geschäftsführers zur Leistungsverweigerung eine willkommene Klarheit. Die genaue Kenntnis der aktuellen Liquiditätslage der Gesellschaft ist für den Geschäftsführer von enormer Bedeutung. Nur bei jederzeitiger Kenntnis kann er seiner Pflicht nachkommen, vor einer Zahlung an den Gesellschafter eine Solvenzprognose vorzunehmen, und damit, wenn die Prognose auch unter Berücksichtigung der Zahlung an den Gesellschafter eine bereits bestehende Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft ergibt, seine Haftung nach § 64 Satz 3 GmbHG klären. Aber auch unabhängig hiervon muss der Geschäftsführer im Hinblick auf seine Insolvenzantragspflicht die Vermögenssituation fortwährend beobachten und dies notfalls unter Hinzuziehung externer Berater sicherstellen. <<

Florian Armbruster
f.armbruster@melchers-law.com

MELCHERS LAW: FACHPUBLIKATIONEN

Urteilsanmerkungen

Herr Rechtsanwalt Axel J. Klagen hat in der Zeitschrift Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (EWiR 23/2012, S. 749 f.) eine Anmerkung zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts

(Az.: 1 AZR 119/11) veröffentlicht. Es befasst sich mit der Frage, welche rechtliche Bedeutung ein mit dem Gesamtbetriebsrat vereinbarter vorsorglicher Sozialplan für künftige Betriebsänderungen auf betrieblicher Ebene hat. <<



MELCHERS LAW: GESELLSCHAFTSRECHT

Kündigung eines schwerbehinderten Fremdgeschäftsführers

Im Laufe der Zusammenarbeit einer Gesellschaft mit ihrem Geschäftsführer kann es in der Praxis vorkommen, dass ein als gesund eingeschätzter Geschäftsführer aufgrund einer früheren Erkrankung über eine der Gesellschaft unbekannte Schwerbehinderung verfügt. Kündigt die Gesellschaft den Anstellungsvertrag, stellt sich die Frage nach der Durchsetzbarkeit der Kündigung sowie ob und welche zusätzlichen Schritte, wie zum Beispiel die Beteiligung des Integrationsamts, erforderlich sind.

Sachverhalt

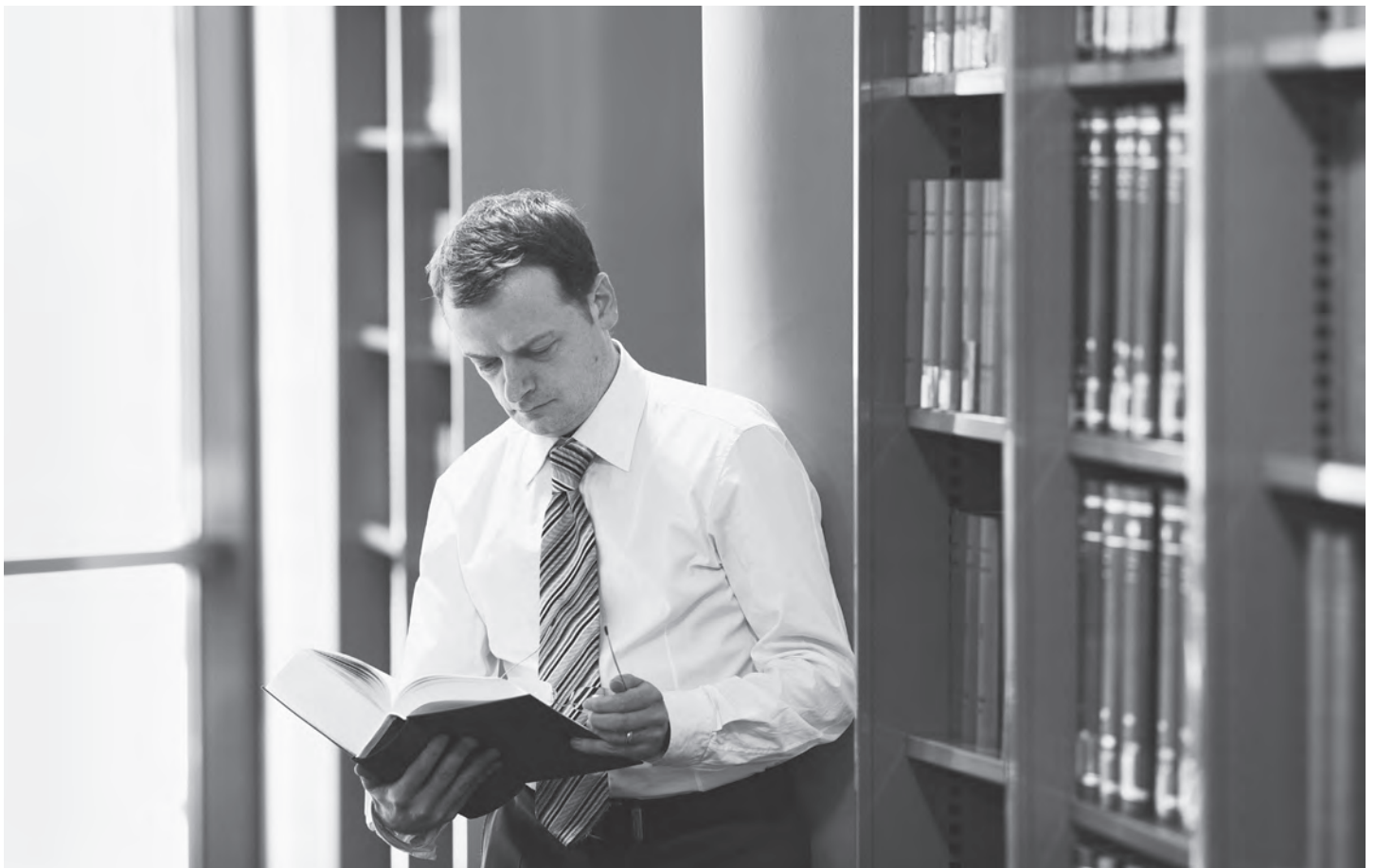
Das OLG Düsseldorf hatte jüngst zu dieser Problemstellung in einem Berufungs-urteil (Urt. v. 18.10.2012, Az.: I 6 U 47/12) zu entscheiden. Noch anhängig ist hiergegen die Nichtzulassungsbeschwerde vor dem BGH (Az.: II ZR 342/12).

In dem Verfahren ging es um die Feststellungsklage eines Geschäftsführers gegen die ihn beschäftigende GmbH auf Fortbestehen seines Anstellungsverhältnisses, welches diese ordentlich gekündigt hatte. Der Geschäftsführer war ursprünglich am 01.01.2007 mit einem Fünf-Jahres-Vertrag bestellt worden. Am 01.12.2009 kündigte ihm die Gesellschaft zum 31.03.2010. Der Anstellungsvertrag sah eine solche Kündigungsmöglichkeit grundsätzlich vor. Unbekannt war der Gesellschaft zum Kündigungszeitpunkt, dass der Geschäftsführer aufgrund einer Hautkrebserkrankung, die er einige Jahre vor seiner Bestellung erlitten hatte, noch immer über eine **Schwerbehinderung von 50 Prozent** verfügte. Nach der Offenlegung seiner Erkrankung im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens stellte sich sodann die Frage, ob die **Kündigung aufgrund der mangelnden Beteiligung des Integrationsamtes** gemäß § 85 SGB IX i.V.m. § 134 BGB bzw. § 7 AGG i.V.m. § 1 AGG i.V.m. § 134 BGB nichtig war und damit das Anstellungsverhältnis fortbestand.

Rechtliche Würdigung

Unerwartet bei der gesellschaftsrechtlichen Ausgangslage musste sich das OLG

Düsseldorf für die Urteilsfindung umfangreich mit dem **Begriff des Arbeitnehmers** auseinandersetzen. Nur ein solcher unterfällt dem Schutzbereich des für die Entscheidung maßgeblichen § 85 SGB IX. Da es in der Regelung des § 85 SGB IX an einer eigenen Begriffsdefinition mangelt, griff das OLG auf die allgemeine arbeitsrechtliche Definition zurück. In diesem Zusammenhang war zu entscheiden, ob die jüngste Rechtsprechung des EuGH zum **unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff** (Urt. v. 11.11.2010 – Rs. C-232/09, Danosa, NJW 2011, S. 2343 ff.) Berücksichtigung finden sollte. Nach der **sehr weiten unionsrechtlichen Auslegung** des Arbeitnehmerbegriffes wäre nach der Auffassung des OLG wohl die Arbeitnehmerenschaft eines Geschäftsführers nicht ausgeschlossen. Es verneinte aber die Anwendbarkeit des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffes im vorliegenden Fall. Als Begründung verwies das Gericht auf **einen fehlenden Bezug des § 85 SGB IX zu der Gleichbehandlungsrahmen-Richtlinie 2000/78/EG**, so dass es die Norm nicht als Maßnahme zur Umsetzung des europäischen Rechts auffasste, die im Lichte der Richtlinie auszulegen sei.



Somit verblieb es bei der Anwendung des nationalen Arbeitsrechts, nach dem ein Geschäftsführer nicht als Arbeitnehmer einzuordnen ist. Entsprechend stellte die Beteiligung des Integrationsamts keine Wirksamkeitsvoraussetzung dar.

Auf die Frage nach einer Verletzung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes schließlich ging das Gericht nicht weiter ein, da die Schwerbehinderung des Geschäftsführers nicht den Grund der Kündigung bildete.

Fazit: Das Urteil unterstreicht zunächst, dass der Geschäftsführer einer GmbH nach nationalem Recht weiterhin nicht als Arbeitnehmer, sondern als handelndes Organ einer juristischen Person einzuordnen ist. Damit kommen ihm bestimmte Schutzregelungen, insbesondere aus dem Kündigungsrecht, nicht zugute. Für die Zukunft können sich aus der europäischen Rechtsentwicklung Veränderungen in der Beurteilung ergeben. Von daher ist jede Gesellschaft aufgefordert, den rechtlichen Status ihres Geschäftsführers genau zu prüfen, bevor Einzelmaßnahmen getroffen werden. Hierzu sollte nicht auf die Einholung von kompetentem Rechtsrat verzichtet werden. <<

Marco Gogolin
m.gogolin@melchers-law.com

MELCHERS LAW: WERKVERTRAGSRECHT

Höhe der Vertragsstrafe bei Zwischenterminen – 5 % der Gesamtauftragssumme unwirksam

Regelmäßig vereinbart der Auftraggeber insbesondere bei Großbauprojekten vertragsstrafenbewehrte Zwischenfristen für die pünktliche Errichtung einzelner Bauabschnitte. Stellt der Auftraggeber seine Vertragsstrafenregelung nicht zur Disposition und vereinbart er diese nicht individuell mit dem Auftragnehmer, unterliegt sie als Allgemeine Geschäftsbedingung der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB.

Sachverhalt

Der Bundesgerichtshof musste sich für seine Entscheidung (Urt. v. 06.12.2012, Az.: VII ZR 133/11) mit folgendem Sachverhalt auseinandersetzen:

MELCHERS LAW: MITTEILUNGEN

Rechtsanwalt Rafael Rus verstärkt MELCHERS

Herr Rechtsanwalt Rafael Rus verstärkt ab 15. Januar 2013 unser Frankfurter Büro.

Herr Rus war bereits von Juni 2011 bis Juli 2012 als freier Mitarbeiter und Referendar für unsere Kanzlei tätig. Nach einem zwischenzeitlichen Aufenthalt bei der irischen Kanzlei Kilroys Solicitors in Dublin kehrte Herr Rus zu Melchers zurück und wird an unserem Frankfurter Standort insbesondere

im gewerblichen Rechtsschutz, im Urheberrecht sowie in der Agenturberatung tätig sein. Herr Rus beschäftigt sich ferner mit Fragen des internationalen Vertragsrechts sowie dem stark wachsenden Bereich der Neuen Medien. <<



Der Auftragnehmer war mit Deicharbeiten beauftragt worden. Bis zum Eintritt der Hochwasserphase sollte er ein Deichtor herstellen und montieren. Der Auftraggeber hatte für die rechtzeitige Herstellung und Montage des Deichtors eine Zwischenfrist gesetzt, die mit einer Vertragsstrafe in Höhe von 5 % der Gesamtauftragssumme versehen war. Die Vertragsstrafe war nicht individuell vereinbart worden und somit der Inhaltskontrolle zugänglich. Das Bauvorhaben verzögerte sich. Der Auftragnehmer klagte auf Restwerklohn. Der Auftraggeber rechnete mit der verwirkten Vertragsstrafe auf.

Entscheidung

Die Aufrechnung des Auftraggebers mit dem Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe war *unwirksam*.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt eine *unangemessen hohe Vertragsstrafe* zur Nichtigkeit der Vertragsklausel (BGH, Urt. v. 23.01.2003, Az.: VII ZR 210/01). Bei der Prüfung der Unangemessenheit müssten die Interessen beider Vertragsparteien gewürdigt werden. Die Vertragsstrafe müsse deshalb unter Berücksichtigung der Druck- und Kompensationsfunktion in einem angemessenen Verhältnis zum Werklohn stehen.

Die Vertragsstrafe für die Gesamtfertigstellung des Bauvorhabens dürfe deshalb 5 % der Gesamtauftragssumme nicht überschreiten (BGH a.a.O.). Daneben sei das angemessene Gleichgewicht bei der *Vertragsstrafe für Zwischenfristen* nur

dann gewahrt, wenn der Auftraggeber nicht anders stünde, als wenn er den Auftragnehmer allein mit Leistungen bis zu diesem Zwischentermin beauftragt hätte. Eine Vertragsstrafe für die Überschreitung von Zwischenfristen in Höhe von 5 % der Gesamtauftragssumme sei deshalb unangemessen hoch. 5 % der Gesamtauftragssumme können schnell 30 % des Werts der Leistungen betragen, die bis zur Zwischenfrist zu erbringen sind.

Fazit: Die Entscheidung verdeutlicht abermals, wie schwierig es ist, wirksame Vertragsstrafen zu vereinbaren. Dennoch spielen Vertragsstrafen für Zwischentermine eine bedeutende Rolle bei Bauverträgen. Um diese wirksam in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu vereinbaren, müssen sie sich nach dem Wert des Bautenstands bis zur Zwischenfrist richten und dürfen 5 % dieses Werts nicht überschreiten. Darüber hinaus dürfen mehrere verwirkte Vertragsstrafen zusammen 5 % des Werts des bis zu diesem Zeitpunkt zu erreichenden Bautenstands nicht überschreiten – sog. Kumulierungsverbot. Zudem müssen sich die Werte des Bautenstands einfach bestimmen lassen, weil sonst die Gefahr der Unwirksamkeit durch Intransparenz droht.

Vertragsstrafen für Zwischenfristen sollten vermieden werden, soweit eine individuelle Vereinbarung nicht möglich ist. Der bei Nichteinhaltung der Zwischenfristen entstehende Schaden kann gesondert gegen den Auftragnehmer verfolgt werden, sofern die Zwischenfristen als Vertragsfristen vereinbart wurden (BGH, Urt. v. 20.01.2000, Az.: VII ZR 46/98). <<

Frederic Jürgens
f.juergens@melchers-law.com



MELCHERS LAW: WERKVERTRAGSRECHT

Zahlungsplan ohne Hinweis auf Sicherungsrechte – Klausel unwirksam

Vom Besteller können im Werkvertragsrecht unter bestimmten Voraussetzungen Abschlagszahlungen verlangt werden. Dies kann auch vertraglich durch Festlegung eines Zahlungsplans zwischen den Vertragspartnern näher bestimmt werden. Nach dem Gesetz steht dem Besteller, der Verbraucher ist, aber ein Recht auf Sicherheit in Höhe von 5% des Vergütungsanspruchs zu. Es stellt sich dabei die Frage, ob bei der formularmäßigen Vereinbarung von Zahlungsplänen in Verbraucherverträgen auf diese Rechte auf Sicherheitsleistung gesondert bzw. klarstellend von Seiten des Unternehmers hingewiesen werden muss. Dies hatte nunmehr der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 08.11.2012 (Az.: VII ZR 191/12) zu entscheiden.

Der Sachverhalt

Die Beklagte, eine Bauträgersgesellschaft, verwendet gegenüber Verbrauchern in ihren Vertragsmustern unter der Überschrift „Zahlungsplan“ die Klausel: „Zahlungen sind gemäß folgendem Zahlungsplan zu leisten: *Nach Fertigstellung des ersten Entwurfs 7% (...). Die angebotenen Prozentsätze beziehen sich auf die Gesamtsumme des zu zahlenden Pauschalbetrages.*“ Der Kläger, ein Verbraucherverband, macht hiergegen Unterlassungsansprüche gegenüber dem Bauträger geltend. Nach Auffassung des Klägers lasse die angegriffene Klausel die *gesetzlichen Rechte des Bestellers auf Sicherheitsleistung nach § 632a Abs. 3 BGB* unberücksichtigt. Nachdem der Klage in den ersten beiden Instanzen stattgegeben wurde, legte die Beklagte hiergegen Revision beim Bundesgerichtshof ein.

Die Entscheidung

Der BGH weist die Revision als unbegründet zurück. Dem Kläger stehe ein Unterlassungsanspruch zu, da die von der Beklagten *verwendete Zahlungsklausel intransparent* und damit unwirksam sei. Der Verwender einer Klausel sei entsprechend dem Grundsatz von Treu und Glauben daran gehalten, die Rechte und

MELCHERS LAW: PRAXISTIPP

Double-Opt-In für E-Mail-Werbung – Totgesagte leben länger!

Schon vor etwas längerer Zeit hat der BGH das Double-Opt-In-Verfahren zumindest für E-Mail-Werbung höchstrichterlich abgesegnet. In diesem Bereich macht nun ein Urteil des OLG München von sich reden. Vielfach wird behauptet, das OLG München (Urt. v. 27.09.2012, Az.: 29 U 1682/12) sei der Auffassung, dass das Double-Opt-In-Verfahren als Mittel zur Generierung von Online-Einwilligungen unzulässig sei. Dieses Verständnis wird dem Urteil nicht gerecht. Zum einen war schon immer klar, dass auch die erste Bestätigungsmail nach der Registrierung zum Erhalt beispielsweise eines Newsletters Werbung im Sinne des UWG bzw. – im hier zu entscheidenden Fall – des BGB ist. Zum anderen war auch schon seit längerem entschieden, dass E-Mail-Werbung nur mit Einwilligung des Betroffenen erfolgen dürfe. In dieser Hinsicht bewegen sich die Richter also keineswegs im bisher unerforschten Raum. Neben den spannenden Ausführungen der Richter zu den for-

mellen Erfordernissen an die Einwilligung (Dokumentation der Erteilung der Einwilligung, Speichern des Textes, jederzeitige Ausdrucksmöglichkeit) war für das OLG München entscheidungsrelevant, dass der Versender der Mail dem Gericht nicht dargelegt hatte, dass der Empfänger der Registrierungsmail ausdrücklich auch in den Erhalt der Bestätigungsmail eingewilligt hatte. Aus diesem Grund musste das OLG zu dem Schluss gelangen, dass die Bestätigungsmail unzulässige Werbung war.

Tipp: Für das Double-Opt-In-Verfahren bedeutet dies, dass im Rahmen der Registrierung auch eine Einwilligung zur Zusendung der Registrierungsmail abgefragt werden muss und die Einholung der Einwilligung zu dokumentieren ist. Insbesondere die Dokumentation ist in der Praxis schwierig, doch sollte dies die werbenden Unternehmen nicht davon abhalten, die geringfügigen Modifikationen des Registrierungsprozesses umzusetzen. <<

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

MELCHERS LAW: PRAXISREPORT

Schleichwerbung bei „Wetten, dass..?“ – Neuer Verdacht wirft rechtliche Fragen auf

Das ZDF steht wieder einmal im Verdacht der Schleichwerbung bei „Wetten, dass..?“. Angeblich durften Unternehmen Produkte in der populären Fernsehshow gegen Zahlung von Millionenbeträgen an die „Beratungsfirma“ Dolce Media platzieren. Dabei ist Schleichwerbung im öffentlichen Rundfunk bereits seit 1991 strengstens verboten.

Was ist verbotene Schleichwerbung?

Inhalt und Reichweite des Verbots sind jedoch nicht abschließend geklärt. Bereits die gesetzliche Definition der Schleichwerbung ist nicht einfach. Danach ist Schleichwerbung *die Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marken oder Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder Erbringers von Dienstleistungen in Sendungen, wenn diese vom Veranstalter absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen ist und mangels Kennzeichnung die Allgemeinheit hinsichtlich des eigentlichen Zwecks dieser Erwähnung oder Darstellung irreführen kann*. Ein Werbezweck liegt insbesondere vor, wenn die Erwähnung oder Darstellung gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt.

Was ist zulässiges Product Placement?

Von der verbotenen Schleichwerbung ist das ausnahmsweise zulässige Product Placement abzugrenzen. Bei öffentlich-rechtlichen Sendern ist die Produktplatzierung – unter weiteren

Voraussetzungen – dann zulässig, wenn die redaktionelle Verantwortung und Unabhängigkeit hinsichtlich Inhalt und Sendeplatz unbeeinträchtigt bleiben und die Produktplatzierung nicht zum Bezug der Waren oder Dienstleistungen auffordert. Ebenso darf das Produkt nicht „zu stark herausgestellt“ werden.

Einordnung der Produktpräsentation bei „Wetten, dass..?“

Zumindest die Präsentation der Gewinne bei „Wetten, dass..?“ dürfte nicht mehr den Anforderungen an eine zulässige Produktplatzierung genügen, da die Preise offensichtlich hervorgehoben und teilweise umfangreich angepriesen wurden und die Sponsoren dank Thomas Gottschalk umfassende Einflussrechte auf die Produktpräsentation gehabt haben sollen.

Rechtlich entscheidend sind hier jedoch wie so oft Details. Erforderlich ist nämlich, dass die *Fernsehanstalten selbst mit Werbeabsicht gehandelt* haben. Derzeit ist nicht bekannt, dass das ZDF direkt oder indirekt Gelder für die Produktplatzierung erhalten hat. Zwar ist – ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage im Rundfunkstaatsvertrag – bei Auftragsproduktionen bzw. Co-Produktionen anerkannt, dass auch die Werbeabsicht Dritter dem Fernsehsender zugerechnet werden kann. Dies erfolgt jedoch nicht, wenn die Fernsehanstalt zum einen die Beteiligten vertraglich verpflichtet hat, die Vorgaben des Rundfunkstaatsvertrages – und damit das Verbot der Schleichwerbung – einzuhalten, und sie zum anderen

auf die Einhaltung der Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrages hingewirkt hat. Das ZDF hatte Thomas Gottschalk bzw. die Dolce Media wohl vertraglich entsprechend verpflichtet. Ob das ZDF auf die Einhaltung der Vorgaben des Rundfunkstaatsvertrages auch hinreichend hingewirkt hat, wird noch zu klären sein. Gegen eine Verantwortlichkeit des ZDF spricht hier aber, dass eine nachträgliche Kontrolle bei einer Live-Sendung vor deren Ausstrahlung schon denklogisch nicht möglich ist. Mit Blick auf die Übertragung von Sportereignissen aus der Fußball-Bundesliga und der damit einhergehenden Übertragung der Bandenwerbung scheint eine Verantwortlichkeit des ZDF für die Werbeabsicht des Thomas Gottschalk bzw. der Dolce Media eher fernliegend.

Das ZDF hat im Ergebnis eher wenig zu befürchten. Thomas Gottschalk und Dolce Media unterliegen nicht den Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrages. Verstöße gegen das allgemeine Irreführungsverbot aus dem UWG sind vor den hier diskutierten Dimensionen irrelevant. Demnach dürften also ZDF und Co juristisch alles richtig gemacht haben – moralisch verbleibt aufgrund der für jeden erkennbaren, bezahlten Produktplatzierung ein Beigeschmack. <<

Rafael Rus
r.rus@melchers-law.com

Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Hieran fehlt es nach Auffassung des Bundesgerichtshofs bei der streitgegenständlichen Klausel. Es bestehe zwischen der ersten Abschlagszahlung und der gesetzlich vorgesehenen Sicherheit für den Besteller eine untrennbare Verknüpfung. Die Klausel regle aber nur einen Teilbereich der untrennbaren Verknüpfung von Abschlagszahlung und Sicherheit und lasse ein anderes, sehr bedeutendes Segment, die *Sicherheitsleistung durch den*

Unternehmer, unberücksichtigt. Es bestehe daher die Gefahr, dass ein im Werkvertragsrecht nicht vorgebildeter Durchschnittskunde von der Geltendmachung seines Rechts auf Sicherheitsleistung und den daraus folgenden Leistungsverweigerungsrechten abgehalten werde.

Fazit: Der Bundesgerichtshof führt mit der Entscheidung seine tendenziell verbraucherfreundliche Rechtsprechung fort. Auch wenn die Entscheidung zu einer Klausel in einem Baurägervertrag erging, ist anzunehmen, dass

die Entscheidung für übrige Werkverträge ebenfalls gilt. Der Unternehmer ist als Verwender zwar nicht verpflichtet, aus der Rechtsnatur des Vertrages oder aus dem Gesetz folgende Rechte ausdrücklich zu regeln oder den Besteller hierüber zu belehren. Jedoch darf durch die verwendete Klausel nicht der Eindruck entstehen, dass tatsächlich gesetzlich geregelte Rechte nicht bestehen. Anderenfalls ist die Klausel unwirksam. <<

Philipp Scharfenberg
p.scharfenberg@melchers-law.com

MELCHERS LAW: VERANSTALTUNGEN

» Geschäftsführer-Haftung

Auf Einladung der IHK Pfalz wird Herr Rechtsanwalt Dr. Masuch am 11.04.2013 in Ludwigshafen einen Vortrag zu den Haftungsrisiken eines GmbH-Geschäftsführers sowie zu den Möglichkeiten einer Haftungsbeschränkung halten. Mandanten und Freunde der Sozietät sind herzlich zur kostenfreien Teilnahme an der Veranstaltung eingeladen.

Termin: 11.04.2013
Ort: Ludwigshafen
Veranstalter: IHK Pfalz
Referent: Dr. Masuch
Info: www.pfalz.ihk24.de/veranstaltungen



MELCHERS LAW: AUTOREN DIESER AUSGABE

**FLORIAN ARMBRUSTER**

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

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

**MARCO GOGOLIN**

LL.M., wird für deutsche und ausländische Unternehmen im Bereich des Handels- und Gesellschaftsrechts tätig.

**FREDERIC JÜRGENS**

zählt mittelständische Unternehmen und Investoren sowohl im Bau- und Architektenrecht als auch im Vergaberecht zu seinen Mandanten.

**KATJA KÖNIG**

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

**RAFAEL RUS**

ist vorwiegend im gewerblichen Rechtsschutz, im Urheberrecht sowie in der Agenturberatung tätig. Er berät zudem in Fragen des internationalen Vertragsrechts sowie im Bereich der Neuen Medien.

**PHILIPP SCHARFENBERG**

ist insbesondere für Unternehmen und öffentliche Auftraggeber im privaten Bau- und Architektenrecht sowie im Bau-trägerrecht 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

ERSCHEINUNGSWEISE

6 Ausgaben pro Jahr

NACHBESTELLUNGEN

newsletter@melchers-law.com

STANDORTE UND KONTAKT**HEIDELBERG**

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

BERLIN

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

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

www.melchers-law.com

