

MELCHERS

LAW

37 | AUSGABE
MAI/JUNI 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,



Rechtssicherheit ist ein wichtiges Kennzeichen unseres Rechtsstaats. Der Bürger erwartet ein stabiles, funktionierendes Rechtssystem und vertraut auf eine konstante Rechtsprechung. Für unternehmerische Planungen sind sichere rechtliche Rahmenbedingungen unabdinglich. Dennoch muss

sich das Recht an die sich ständig wandelnden Verhältnisse anpassen.

Dieser Zwiespalt zwischen dem Bedürfnis nach Rechtsklarheit und Beständigkeit einerseits und der Notwendigkeit der Anpassung andererseits tritt stets hervor, wenn sich Gerichte überraschend von ihrer bisherigen Entscheidungspraxis abkehren - wie derzeit das BAG mit diversen Entscheidungen betreffend Leiharbeitnehmer. Näheres hierzu finden Sie in unserem aktuellen Praxistipp. Dies zeigt, dass es unverzichtbar ist, sich kontinuierlich über aktuelle rechtliche Entwicklungen informiert zu halten, um rechtzeitig auf neue Situationen reagieren zu können. Es ist uns ein wichtiges Anliegen, Sie mit den Beiträgen in unserer MELCHERS LAW hierbei zu unterstützen.

Mit besten Grüßen

Ihr Gerhard Boß
g.boß@melchers-law.com



MELCHERS LAW: IN DIESER AUSGABE

ENERGIERECHT

- | | |
|--|----|
| Zur Kommunalisierung örtlicher Stromverteilnetze | 02 |
| EuGH rügt Preisklauseln in Sonderkundenverträgen | 03 |

GESELLSCHAFTSRECHT

- | | |
|--|----|
| Kapitalerhöhung durch Aufstockung eines Geschäftsanteils | 04 |
|--|----|

WETTBEWERBSRECHT

- | | |
|---|----|
| Irreführung bei vorzeitiger Beendigung befristeter Rabattmarkenaktion | 06 |
|---|----|

>> PERSÖNLICH

03

>> FACHPUBLIKATIONEN

04

>> PRAXISTIPP

05

>> PRAXISREPORT

07

>> VERANSTALTUNGEN

08

MELCHERS LAW: ENERGIERECHT

Zur Kommunalisierung örtlicher Stromverteilnetze

Die Schleswig-Holstein Netz AG muss das ihr gehörende Stromversorgungsnetz in der Stadt Heiligenhafen nicht an die neu gegründeten Stadtwerke Heiligenhafen herausgeben. Der Kartellsenat des OLG Schleswig-Holstein (OLG) hat in seinem Urteil vom 22.11.2012 [Az.: 16 U (Kart) 22/12] entschieden, dass die Kommunalisierung kartellrechtswidrig sei. Vergebe die Stadt Wegerechte einfach an sich selbst, werde der bei der Neuausschreibung der Wegenutzungsrechte an öffentlichen Verkehrswegen für Leitungen geforderte Wettbewerb verhindert.

Sachverhalt

Die Schleswig-Holstein Netz AG ist Eigentümerin und Betreiberin des Stromversorgungsnetzes in der Stadt Heiligenhafen. Sie hatte einen *zwanzigjährigen Wegenutzungsvertrag* mit der Stadt Heiligenhafen, der es ihr gestattete, *Stromversorgungsanlagen auf und unter den öffentlichen Wegen* im Stadtgebiet zu betreiben. Als der Vertrag nach zwanzig Jahren auslief, schrieb die Stadt Heiligenhafen die Vergabe der Wegerechte neu aus. Die Schleswig-Holstein Netz AG und ein weiteres Unternehmen gaben Vertragsangebote ab. Die Stadt teilte den Bietern sodann jedoch mit, sie beabsichtige nunmehr, eigene Stadtwerke zu gründen und diese das Stromverteilungsnetz betreiben zu lassen. Unter Berufung auf die Vorschrift des § 46 Abs. 2 EnWG und den alten Wegenutzungsvertrag verlangte die Stadt als neues Energieversorgungsunternehmen indes die *Übertragung des Eigentums am örtlichen Stromversorgungsnetz gegen Erstattung des Ertragswerts*. Sie dürfe völlig frei darüber entscheiden, welcher Partner fortan für die Energieversorgung zuständig sein solle.

Vergabe von Wegerechten an eigene Stadtwerke verstößt gegen Kartellrecht

Das OLG urteilte jedoch, dass die Stadt Heiligenhafen keinen Anspruch auf Übertragung des Eigentums am örtlichen Stromversorgungsnetz habe. Die Vergabe der Wegerechte an sich beziehungsweise die neu gegründeten eigenen Stadtwerke

verstoße gegen die Vorschriften des Kartellrechts und sei deshalb nichtig (§§ 46 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 Satz 1 EnWG, 20 GWB, 134 BGB).

Seit dem Inkrafttreten des EnWG im Jahr 2005 sei bei der *Neuausschreibung der Wegenutzungsrechte an öffentlichen Verkehrswegen für Leitungen ein Wettbewerb* zu veranstalten. Die Stadt könne sich nicht „völlig frei und ungehindert“ für einen Selbsteintritt in die Vergabe der Wegerechte entscheiden. Denn dann finde gerade kein Wettbewerb statt. Bei der *Auswahlentscheidung* müssten in erster Linie das *Niveau der erreichten Netzentgelte und die Effizienz des Netzbetreibers maßgeblich* sein. Hinzu kämen *Qualitätskriterien* wie etwa die *Umweltverträglichkeit* und die *Sicherung des störungsfreien Netzbetriebs*. Die Stadt Heiligenhafen habe ihre Auswahlentscheidung nicht an diesen Kriterien ausgerichtet. Der Grund für die Vergabe der Wegerechte an eigene Stadtwerke sei allein eine unter dem Stichwort Rekommunalisierung firmierende politische Entscheidung gewesen. In die gleiche Richtung geht auch ein Beschluss des Bundeskartellamtes, welches eine Vergabe von Konzessionsrechten an kommunale Stadtwerke ohne Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens als „missbräuchlich“ betrachtet

(Beschluss vom 30.11.2012, Az.: B 8-101/11).

Fazit: Das Thema ist im Fluss – dies zeigt sich gerade in der derzeit uneinheitlichen Rechtsprechung, insbesondere im Hinblick auf die Anwendung des §§ 1, 46 und 48 EnWG bei der konzessionsvergaberechtlichen Auswahlentscheidung der Gemeinden. So hat das Verwaltungsgericht Oldenburg [mit Beschluss vom 17.07.2012 (Az.: 1 B 3594/12)] erst bestätigt, dass den Kommunen im Rahmen der örtlichen Daseinsvorsorge bei der Festlegung der Auswahlkriterien und der Bewertung der Angebote aufgrund der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 GG ein weiterer Gestaltungs-, Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum zukomme, der gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar sei. Es bleibt daher abzuwarten, wie sich die übrigen Gerichte positionieren werden – im Sinne der Kommunen, welche im Rahmen der Daseinsvorsorge auch andere gemeindliche Ziele berücksichtigen wollen als rein „netzbezogene“ Kriterien und sich bei Auswahl einer Eigengesellschaft auf die Grundsätze der sog. Inhouse-Vergabe berufen möchten – oder im Sinne des Bundeskartellamtes, das bei der Vergabe von Konzessionsrechten für die unabdingbare Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens streitet. <<

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



MELCHERS LAW: ENERGIERECHT

EuGH rügt Preis-
klauseln in Sonder-
kundenverträgen

Das Gasversorgungsunternehmen RWE schloss mit Verbrauchern Gaslieferungsverträge als Sonderkundenverträge ab. Die Gaspreisänderungsklauseln in den allgemeinen Bedingungen der hier in Rede stehenden Sonderkundenverträge nahmen auf die Bestimmungen der damals geltenden Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden (AVBGasV) oder auf allgemeine Versorgungsbedingungen Bezug, deren Wortlaut dieser Regelung entsprach. Die AVBGasV selbst galt nur für Tarifkundenverträge, nicht aber für Sonderkundenverträge. Die verfahrensgegenständliche Regelung erlaubte es dem Lieferanten, die *Gaspreise einseitig zu ändern, ohne den Anlass, die Voraussetzungen oder den Umfang* einer solchen Änderung anzugeben. RWE stellte jedoch sicher, dass die Kunden von der Änderung benachrichtigt wurden und den Vertrag gegebenenfalls kündigen konnten. Die Wirksamkeit dieser Preisänderungsbestimmung in Sonderkundenverträgen lag dem BGH zur Beurteilung vor, welcher den EuGH zwecks Klärung der diesbezüglichen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben anrief.

EuGH-Entscheidung

Der EuGH kommt zu dem Schluss, dass die Richtlinie (93/13/EWG) über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen auch auf Klauseln Anwendung findet, die in Sondertarifverträgen vereinbart wurden, obwohl sie eine für Tarifkundenverträge geltende Regel des nationalen Rechts (hier: AVBGasV) aufgreifen (Urteil v. 21.03.2013 – Rs. C-92/11). Dem stünde auch § 310 Abs. 2 BGB nicht entgegen, wonach die §§ 308 und 309 BGB keine Anwendung auf die Verträge der Versorgungsunternehmen über die Versorgung von Sonderabnehmern finden, soweit die Versorgungsbedingungen nicht zum Nachteil der Abnehmer von Verordnungen über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung von Tarifkunden abweichen.

Ferner konstatierte der EuGH, dass eine Standardvertragsklausel, mit der sich ein

MELCHERS LAW: PERSÖNLICH

Rafael Rus

MELCHERS Frankfurt

Herr Rus ist seit
21. Februar 2013 als
Rechtsanwalt bei
MELCHERS tätig.

Der Schwerpunkt seiner
Tätigkeit liegt im
gewerblichen Rechtsschutz
sowie im Urheber- und
Datenschutzrecht.

Herr Rus über sich:

Ein guter Arbeitstag beginnt...
... mit einem Kaffee und einer interes-
santen Aufgabe mit Bezug zum inter-
nationalen Privatrecht.



Am Anwaltsberuf reizt mich...
... niemals zu wissen, was der Tag bringt.

Wer es in meinem Job zu
etwas bringen will...
... braucht vor allem
Hartnäckigkeit und Aus-
dauer.

Erfolge feiere ich...
... wenn sie verdient sind.

Es bringt mich auf die
Palme...
... so schnell nichts, denn

in meinem Job muss man Gelassenheit
zumindest vorspielen können.

Zur Zeit beschäftigt mich...
... die europäische Richtlinie EG 95/46. <<

Versorgungsunternehmen das Recht vorbehält, die Entgelte für die Lieferung von Gas zu ändern, den *Anforderungen an Treu und Glauben, Ausgewogenheit und Transparenz* genügen müsse. Hierbei komme es *erstens* insbesondere darauf an, ob der Anlass und der Modus der Entgeltänderung in dem Vertrag so transparent dargestellt werde, dass der Verbraucher die etwaigen Änderungen der Entgelte *anhand klarer und verständlicher Kriterien* absehen kann. Entsprechende Informationen müssen grundsätzlich *vor Vertragsabschluss* vorliegen. Fehlt es hieran, könne dies nicht allein dadurch ausgeglichen werden, dass der Verbraucher während der Vertragsdurchführung mit angemessener Frist im Voraus über die Entgeltänderung sowie über sein Recht, den Vertrag zu kündigen, unterrichtet werde.

Zweitens müsse der Verbraucher aber auch tatsächlich von der ihm eingeräumten Kündigungsmöglichkeit Gebrauch machen können. Dies wäre nicht der Fall, wenn der Verbraucher aus Gründen, die mit den *Modalitäten der Ausübung des Kündigungsrechts* oder mit den *auf dem betroffenen Markt herrschenden Bedingungen* zusammenhängen, nicht über eine wirkliche Möglichkeit zum Wechsel des Lieferanten verfüge oder wenn er nicht angemessen und rechtzeitig von der künf-

tigen Änderung benachrichtigt würde und dadurch nicht die Möglichkeit hätte, zu überprüfen, wie sich die Änderung berechnet, und gegebenenfalls den Lieferanten zu wechseln. Zu berücksichtigen sei insoweit insbesondere, ob auf dem betreffenden Markt Wettbewerb herrsche, welche Kosten für den Verbraucher etwa mit der Kündigung des Vertrages verbunden seien, wie viel Zeit zwischen der Mitteilung und dem Inkrafttreten der neuen Tarife liege, welche Informationen zum Zeitpunkt der Mitteilung gegeben würden und welchen Kosten- und Zeitaufwand ein Wechsel des Lieferanten erfordere.

Fazit: Das EuGH-Urteil führt nicht zu einer automatischen Unwirksamkeit entsprechender Preisanpassungsklauseln. Vielmehr ist es Sache der nationalen Gerichte, anhand dieser Vorgaben eine Beurteilung der Preisanpassungsklauseln vorzunehmen. Die Feststellung des EuGH, dass nationale Gerichte Preisanpassungsklauseln in Sonderkundenverträgen auch dann überprüfen können, wenn sich diese an den Bestimmungen der damals geltenden AVBGasV orientieren, wird weitreichende wirtschaftliche Folgen für die Versorgungsunternehmen haben, denn das Grundsatzurteil des EuGH ist auch auf andere Energieversorger übertragbar. <<

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

MELCHERS LAW: GESELLSCHAFTSRECHT

Kapitalerhöhung durch Aufstockung eines Geschäftsanteils

Für Geschäftsführer gehören Kapitalerhöhungen mit zum alltäglichen Geschäft. Dennoch können sich auch hier durchaus formelle und materielle Hürden auftun. Das OLG Köln hat in einem jüngeren Beschluss vom 09.10.2012 (Az.: 2 Wx 250/12) wichtige Ausführungen zu den (Ein-)Zahlungsmodalitäten bei der Aufstockung eines Geschäftsanteils gemacht und insbesondere auf die Notwendigkeit einer korrekten Versicherung hingewiesen.

Sachverhalt

Die für die Entscheidung Anlass gebende Gesellschaft (GmbH) ist im Handelsregister mit einem Stammkapital von 50.000 Euro eingetragen. Auf Grundlage eines Gesellschafterbeschlusses aus dem Jahr 2012 war beabsichtigt, das Stammkapital um 50.000 Euro auf 100.000 Euro zu erhöhen. Die beiden Geschäftsführer der Gesellschaft versicherten im Rahmen der Anmeldung beim Handelsregister, dass die Einlage auf den bisher einzigen Geschäftsanteil im Nennbetrag von 50.000 Euro voll eingezahlt sei. Das Registergericht erteilte daraufhin eine *Zwischenverfügung mit Setzung einer Beseitigungsfrist*, dass eine Eintragung nur erfolgen könne, wenn *mindestens ein Viertel des Aufstockungsbetrages eingezahlt* sei. Im Weiteren legte ein Geschäftsführer einen Überweisungsbeleg über die Einzahlung von 12.500 Euro auf den neuen Geschäftsanteil vor. Diese Eingabe wurde ebenfalls durch das Registergericht beanstandet, da sie nicht die notwendigen Voraussetzungen einer Versicherung erfülle.

Der Beschwerde der Gesellschaft gegen die Verfügung half das zuständige Amtsgericht nicht ab, sondern legte sie dem OLG Köln zur Entscheidung vor. Das OLG hat die Beschwerde ebenfalls in weiten Teilen zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss hat die Gesellschaft Rechtsbeschwerde vor dem BGH eingelegt, bei dem sie gegenwärtig anhängig ist (Az.: II ZB 25/12).

Entscheidung

Das OLG setzt sich in seiner Entscheidung ausführlich mit den Anforderungen

MELCHERS LAW: FACHPUBLIKATIONEN

Aufsatz

Herr Rechtsanwalt Dr. Andreas Decker hat in der Zeitschrift *VersR* (VersR 2013, S. 287–293) einen Aufsatz zu den Unterrichts- und Informationsrechten der deutschen Aufsichtsbehörden gegenüber europäischen Versicherungsunternehmen bei Markteintritt und Funktionsausgliederung veröffentlicht. Der Beitrag befasst sich mit denjenigen rechtlichen Anforderungen, die für ein europäisches Versicherungsunternehmen dann gelten, wenn seine Tätigkeit in Deutschland auf der Grundlage des sog. Europäischen Passes ausgeübt wird. Besonderes Augenmerk wird dabei darauf gelegt, welche Anforderungen zu erfüllen sind, wenn wesentliche Funktionen des Versicherungsgeschäfts an einen Dienstleister in Deutschland ausgelagert werden. <<



Buchveröffentlichung

Masuch/Meyer: *ABC des GmbH-Geschäftsführers 2013*, Bonn (Stollfuß), 558 Seiten, Euro 54,80



Das Werk „ABC des GmbH-Geschäftsführers“, hinter welchem mit Frau Scheich sowie den Herren Faust, Koller-van Delden, Dr. Lutz, Dr. Masuch, Schmucker, Dr. Stegemann, Dr. Thünnesen und Dr. Voigt insbesondere Rechtsanwälte von MELCHERS stehen, ist im Februar 2013 in einer neuen, überarbeiteten Auflage erschienen. Der Umstand, dass inzwischen bereits die 7. Auflage dieses Ratgebers herausgegeben wurde, belegt die große Beliebtheit des Werkes, das in Kooperation mit Mitarbeitern der Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft FALK & Co. bearbeitet wird. Der Ratgeber bietet praxisorientierte Informationen zum Gesellschafts-, Steuer- und Dienstvertragsrecht ebenso wie zum Insolvenz- und Strafrecht. Veranschaulicht werden die Erläuterungen durch eine Vielzahl an Mustern, Checklisten und Praxistipps. <<

an eine Kapitalerhöhung durch Aufstockung eines Geschäftsanteils nach § 57 h Abs. 1 Alt. 2 GmbHG auseinander.

Zwingend notwendig muss *ein Viertel des vorgesehenen Aufstockungsbetrags eingezahlt* werden, wie es sich nach ganz herrschender Meinung aus der Verweisung des § 56 a GmbHG auf § 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG ergibt. Der Übernehmer kann sich im Rahmen der Kapitalerhöhung deshalb nicht auf Zahlungen berufen, die auf den ursprünglichen Geschäftsanteil geleistet worden sind und beispielsweise das nach § 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG vorgesehene Viertel des ursprünglichen Nennbetrags überschritten haben. In anderen Worten: Ist der vorhandene Geschäftsanteil zu mehr als 25 Prozent einbezahlt, mindert dies also nicht die Einlagepflicht auf den Erhöhungsbetrag. Wird die Kapitalerhöhung also durch Aufstockung des Nennbetrags der Geschäftsanteile durchgeführt, bezieht sich das Einzahlungsgebot auf den Aufstockungsbetrag. Eine andere Betrachtungsweise würde zu einer Ungleichbehandlung der Kapitalerhöhung durch Bildung neuer Anteile und jener durch Aufstockung führen. Das OLG machte deutlich, dass die Schutzwürdigkeit der

Interessen der Gläubiger nicht von der Form der Kapitalerhöhung abhängig ist.

Nicht zuletzt stellte das OLG klar, dass die Versicherung nach § 57 Abs. 2 GmbHG nicht etwa durch die Bezugnahme auf einen Überweisungsbeleg ersetzt werden kann, da die *Versicherung über die Leistung der Mindesteinlage* gemäß § 57 Abs. 2 S. 1 GmbHG der *notariellen Form* bedarf. Darüber hinaus müssen sich die zu versichernden Umstände aus der Versicherung ergeben, was vorliegend bei dem Überweisungsbeleg ebenfalls nicht der Fall war.

Fazit: Bei einer Kapitalerhöhung durch Aufstockung eines Geschäftsanteils sind die Geschäftsführer aufgefordert, hohe Sorgfalt walten zu lassen, da die Registergerichte die vorgelegten Dokumente einer strengen Prüfung unterziehen. Insbesondere ist dabei zu beachten, dass die Einzahlung von mindestens einem Viertel des Aufstockungsbetrags vorliegt und eine entsprechende Versicherung aller Geschäftsführer hierüber in notarieller Form gegenüber dem Registergericht erfolgt. <<

Dr. Carsten Lutz
c.lutz@melchers-law.com

MELCHERS LAW: PRAXISTIPP

Keine Leiharbeiter mehr auf Dauerarbeitsplätzen?

Nach der seit dem 01.12.2011 geltenden Neufassung des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG erfolgt die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher vorübergehend. Streitig ist, was „vorübergehend“ konkret bedeutet. Betriebsräte und Gewerkschaften sehen hier einen erfolgversprechenden Ansatzpunkt, die Einstellung von Leiharbeitern zu verhindern. Die ArbGe Leipzig, Braunschweig, Brandenburg und Mönchengladbach sehen z.B. in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG kein Verbotsgesetz im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG; deshalb dürfe ein Betriebsrat seine Zustimmung zur Einstellung von Leiharbeitern nicht nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG mit der Begründung verweigern, § 1 Abs. 1 AÜG stehe der Besetzung eines Dauerarbeitsplatzes mit einem Leiharbeiter entgegen. Demgegenüber haben z.B. die ArbGe Cottbus, Offenbach oder Elmshorn gegenteilig entschieden. Die LAGe Niedersachsen (Beschl. v. 19.09.2012, Az.: 17 TaBV 124/11, Revision beim BAG, Az.: 7 ABR 91/11) und Berlin-Brandenburg (Beschl. v. 19.12.2012, Az.: 4 TaBV 1163/12, Revision beim BAG, Az.: 7 ABR 8/13) haben die Brandenburger und Braunschweiger Entscheidungen aufgehoben und explizit die Ansicht vertreten, der

Einsatz von Leiharbeitern auf Dauerarbeitsplätzen verstoße gegen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG; sie haben deshalb die Zustimmungsverweigerung des jeweiligen Betriebsrats nach § 99 BetrVG bestätigt. Entscheidungen der LAGe Sachsen und Hessen gegen die Leipziger bzw. Offenbacher Fälle stehen noch aus.

Nach der Berliner Entscheidung folge aus der unionsrechtskonformen Auslegung des AÜG anhand der EU-Leiharbeits-Richtlinie (RL 2008/104/EG), dass die Überlassung eines Leiharbeiters zum Einsatz auf einem reinen Dauerarbeitsplatz nicht vorübergehend erfolge; „vorübergehend“ sei insoweit arbeitsplatz- und nicht personenbezogen zu verstehen. Daher dürfe kein Einsatz von Leiharbeitern auf Dauerarbeitsplätzen erfolgen, und zwar ungeachtet dessen, dass das AÜG anders als früher keine gesetzliche Höchstdauer der Arbeitnehmerüberlassung regle; auch sei es unerheblich, wenn die Beschäftigung des jeweiligen Leiharbeiters vorübergehend erfolgen solle (anders in diesem Punkt wohl LAG Düsseldorf, Beschluss vom 02.10.2012, Az.: 17 TaBV 38/12, Revision beim BAG, Az.: 7 ABR 83/12).

Tipp: Die Rechtslage bleibt mindestens bis in die zweite Jahreshälfte hinein unsicher, bis der 7. Senat des BAG über die ihm vorliegenden Revisionen entschieden und auch über das Verhältnis zur Rechtsprechung des 1. Senats befunden haben wird, wonach ein Betriebsrat bei einer dauerhaften Einstellung von Leiharbeitern kein Zustimmungsverweigerungsrecht hat (Beschl. v. 21.07.2009, Az.: 1 ABR 35/08). Für vorzunehmende Einstellungen bedeutet das:

» Schon bei der Stellenausschreibung ist Zurückhaltung geboten. Soweit von der Sache her möglich, sollte jeglicher Hinweis hinsichtlich einer dauerhaften Beschäftigung sowohl der Person als auch einer dauerhaften Existenz des Arbeitsplatzes als solchem vermieden werden.

» Nach der Berliner Entscheidung bleibt es z.B. zulässig, bei konkretem Vertretungsbedarf für den auf dem Dauerarbeitsplatz beschäftigten Arbeitnehmer einen Leiharbeiter einzusetzen. Auch bedürfe es für den Einsatz eines Leiharbeiters keines Sachgrunds i. S. von § 14 Abs. 1 TzBfG; die normale Unsicherheit über Auftragsschwankungen reiche aus, ohne dass ein konkreter vorübergehender Bedarf i.S. des TzBfG dargelegt werden müsse.

» Gegen die Zustimmung verweigernde Entscheidungen des Betriebsrates kann der Arbeitgeber bei Vorliegen der Voraussetzung im Übrigen die Maßnahme als vorläufige gem. § 100 BetrVG jedenfalls vorläufig durchsetzen und während des laufenden Beschlussverfahrens gegen den Betriebsrat aufrecht halten. Alternativ kann eine befristete Einstellung je nach Einzelfall in Betracht kommen.

» Je nach betrieblicher Situation sollte geprüft werden, ob mit dem Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung über den Einsatz von Leiharbeitern abgeschlossen werden kann und hierbei Regelungen über die Umstände und die Anzahl einzusetzender Leiharbeiter getroffen werden. <<

Axel J. Klasen
a.klasen@melchers-law.com



MELCHERS LAW: WETTBEWERBSRECHT

Irreführung bei vorzeitiger Beendigung befristeter Rabattmarkenaktion

Das Oberlandesgericht Köln hat entschieden (Urteil vom 10.08.2012 – Az.: 6 U 27/12), dass eine Rabattmarkenaktion des Einzelhandels unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten nicht vorzeitig abgebrochen werden darf, sofern in den Teilnahmebedingungen nicht auf diese Möglichkeit hingewiesen wurde.

Sachverhalt

Die Beklagte, eine Einzelhandelskette, hatte in Zusammenarbeit mit einem Messerhersteller eine Rabattmarkenaktion in Gestalt einer Treuepunktaktion durchgeführt. Kunden konnten beim Einkauf bei der Beklagten Rabattmarken erwerben und diese im Rahmen von Rabattheftchen nutzen. Unter Vorlage dieser Rabattheftchen konnten sie sodann Messer zu stark herabgesetzten Preisen erwerben. Die Verkaufsaktion wurde allerdings ca. 2 Monate vor dem in den Teilnahmebedingungen angekündigten Termin beendet. Grund hierfür war die hohe Nachfrage, die über dem Erfolg früherer Rabattaktionen lag und die Kapazität des Messerherstellers erschöpft hatte.

Der Kläger, eine Verbraucherzentrale, nahm die Beklagte auf Unterlassung derartiger Sonderaktionen in Anspruch, wenn diese vorzeitig abgebrochen werden müssen, ohne dass auf diese Möglichkeit in den Teilnahmebedingungen hingewiesen werde. Das Landgericht Köln hatte in erster Instanz die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das OLG Köln nun das Urteil abgeändert und der Klage stattgegeben.

Entscheidung

Im Rahmen des Urteils wurde seitens des OLG Köln zunächst entschieden, dass die **Bedingungen** der Rabattmarkenaktion **nicht gegen das Transparenzgebot** gem. § 4 Nr. 4 UWG **verstößen**. Das Transparenzgebot verlange, dass die Bedingungen für die Inanspruchnahme von – einer hier gegebenen – Verkaufsförderungsmaßnahme klar und eindeutig angegeben werden. Nach Ansicht des OLG Köln war die Be-



klage jedoch in diesem Zusammenhang lediglich verpflichtet, diejenigen Bedingungen anzugeben, die während der Durchführung der Aktion tatsächlich bestanden. Da im zu entscheidenden Fall indessen zunächst beabsichtigt war, die Rabattaktion bis zum geplanten Endzeitpunkt durchzuführen, könne kein Verstoß gegen das Transparenzgebot angenommen werden.

Allerdings ergebe sich ein Unterlassungsanspruch aus §§ 3, 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 2, 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 3 UWG. So stelle die Durchführung der Rabattaktion eine **Irreführung der Verbraucher** dar. Die Verbraucher werden nach Ansicht des OLG Köln der befristeten Aktion entnommen haben, dass sie bis zum letzten Tag an ihr würden teilnehmen können. So sei der Verbraucher an befristete Aktionen im Einzelhandel gewöhnt und erwarte, dass angegebene Aktionszeiträume eingehalten werden. Insbesondere rechne der Verbraucher nicht damit, dass derartige Rabattaktionen bedingt durch großen Erfolg verkürzt werden, zumal hierfür vorliegend keine Anhaltspunkte bestanden. Da die Aktion bereits 2 Monate vor dem geplanten Ende beendet wurde, wurde die Erwartung des Publikums enttäuscht, noch bis zum Ende der Aktion durch ihr Einkaufsverhalten die Voraus-

setzungen für den günstigen Erwerb eines Messers schaffen zu können. Auch der Vortrag der Beklagten, sie sei vom unerwarteten Erfolg der Aktion überrascht worden und daher aufgrund geringer Bevorratung zum vorzeitigen Abbruch gezwungen gewesen, führte zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung. Nach Auffassung des OLG Köln liege dies darin begründet, dass Verbraucher erwarten, dass Einzelhändler, die befristete Rabattmarkenaktionen durchführen, Vereinbarungen mit dem Lieferanten treffen, durch die sichergestellt werde, dass Rabattmarken im gesamten vorgesehenen Zeitraum erworben und eingelöst werden können.

Fazit: Es handelt sich um eine konsequente Entscheidung des OLG Köln, wobei zu beachten ist, dass seitens des OLG Köln die Revision zugelassen worden ist. Ungeachtet dessen macht diese Entscheidung einmal mehr deutlich, dass Einzelhändler, die mit Rabattmarkenaktionen oder Ähnlichem werben, größtmögliche Sorgfalt und Genauigkeit walten lassen müssen, um unliebsame Überraschungen zu vermeiden. Darüber hinaus empfiehlt es sich grundsätzlich, bei derartigen Werbeaktionen auf die Möglichkeit einer Verkürzung des festgelegten Aktionszeitraums in den Teilnahmebedingungen hinzuweisen. <<

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

MELCHERS LAW: PRAXISREPORT

Unwirksamkeit insolvenzbedingter Lösungsklauseln

Die Wirksamkeit insolvenzabhängiger Lösungsklauseln, die den Bestand eines Vertrages an die Stellung eines Insolvenzantrages oder an die Insolvenzeröffnung knüpfen, war seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung (InsO) im Jahr 1999 heftig umstritten.

Der BGH hat nun mit seinem Urteil vom 15.11.2012 (Az.: IX ZR 169/11) Klarheit geschaffen und Lösungsklauseln in Verträgen über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie für unwirksam befunden.

Sachverhalt

Die Klägerin, eine Energielieferantin, schloss mit der späteren Insolvenzschuldnerin einen Vertrag über die Lieferung elektrischer Energie mit einer Laufzeit von einem Jahr. Der Vertrag sollte sich nach Ablauf des ersten Jahres um jeweils ein weiteres Jahr verlängern, wenn er nicht bis drei Monate vor Ablauf schriftlich gekündigt würde. Zur Überprüfung durch das Gericht stand eine zusätzliche Lösungsmöglichkeit vom Vertrag, die eine *automatische Beendigung des Vertrages ohne Kündigung* für den Fall vorsah, dass „*der Kunde einen Insolvenzantrag stellt oder aufgrund eines Gläubigerantrages das vorläufige Insolvenzverfahren eingeleitet und eröffnet wird.*“

Entscheidung

Der BGH erachtet diese Lösungsklausel als *unwirksam* und verweist zur Begründung auf die Regelung des § 119 InsO. Nach der Insolvenzordnung hat der Insolvenzverwalter gem. § 103 InsO bei gegenseitigen Verträgen nämlich die Wahl, ob er den Vertrag zu den vereinbarten Bedingungen fortsetzt oder ob er ihn – ohne Beachtung einer Kündigungsfrist – beenden möchte. Dieses Wahlrecht wird für besondere Schuldverhältnisse wie Miet- und Pachtverträge oder Dienstverträge noch einmal modifiziert. Darüber hinausgehende vertragliche Lösungsklauseln, die von den in der InsO vorgesehenen abweichen, sind nach Ansicht des BGH nach § 119 InsO jedoch unwirksam.

Zur Begründung verweist der BGH auf die *Ziele des Insolvenzverfahrens*: Ziel des Insolvenzverfahrens ist neben einer Sanierung des Unternehmens nach § 1 InsO, „die Gläubiger gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt wird“. Auch das *Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters* dient genau diesem Zweck, nämlich die *Masse zu schützen* und dadurch im Interesse einer gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung zu mehr. Dieser Zweck könnte vereitelt werden, wenn sich der Vertragspartner *allein wegen der Insolvenz* von einem für die Masse günstigen Vertrag lösen und damit das Wahlrecht des Verwalters unterlaufen kann. Derartige, insbesondere eine Betriebsfortführung betreffende, Nachteile wollte der Gesetzgeber aber gerade verhindern.

Gegen die Anwendung von § 119 InsO, der ausdrücklich auf die Regelungen nach §§ 103 ff. InsO und damit auf das eröffnete Insolvenzverfahren verweist, spricht nach Ansicht des BGH auch nicht, dass die Lösungsklausel an die Stellung eines Insolvenzantrages bzw. die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters anschließt. Zwar beziehe sich § 119 InsO wie auch die §§ 103 ff. InsO auf das eröffnete Insolvenzverfahren, jedoch entfalte die Regelung insoweit *Vorwirkung*, als mit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens aufgrund eines zulässigen Insolvenz-

antrages regelmäßig zu rechnen ist. Ansonsten könne auf diese Weise das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO leicht unterlaufen und der damit beabsichtigte Masseschutz gerade ausgeschlossen werden.

Fazit: In der Praxis haben insolvenzbedingte Lösungsklauseln eine große Bedeutung. In der Vergangenheit waren sie, gerade für das vorläufige Insolvenzverfahren, heftig umstritten. Insoweit hat der BGH nun nach langer Zeit endlich für die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie Klarheit geschaffen: Klauseln, die einer der Parteien für den Fall des Insolvenzantrages oder der Insolvenzeröffnung das Recht einräumen, sich vom Vertrag zu lösen, oder die den Vertrag unter die auflösende Bedingung des Eintritts dieser insolvenzbedingten Umstände stellen, sind damit unwirksam. Vorsicht bleibt insoweit bei spezialgesetzlichen insolvenzabhängigen Kündigungsklauseln wie § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B geboten, die zwar nicht die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie zum Inhalt haben, aber nach der Rechtsprechung nun ebenso unwirksam sein dürften. Hier steht eine höchstrichterliche Entscheidung noch aus. Nur insolvenzunabhängige Lösungsklauseln wie Verzug oder sonstige Vertragsverletzungen berechtigen weiterhin unter Beachtung der Insolvenzordnung zur Kündigung. <<

Beatrice Scheich
b.scheich@melchers-law.com



MELCHERS LAW: VERANSTALTUNGEN

» Vortragsreihe Rechtssicheres Direktmarketing 2013 – IHK Frankfurt am Main

In Zusammenarbeit mit dem BIEG Hessen und der IHK Frankfurt am Main halten Herr Rechtsanwalt Dr. Dennis Voigt und Herr Rechtsanwalt Markus Faust in den Räumen der IHK Frankfurt am Main vier Veranstaltungen zum Themenfeld Rechtssicheres Direktmarketing. Die Seminare richten sich insbesondere an Marketingverantwortliche und Werbeagenturen. Mitgliedsunternehmen der IHKs *Frankfurt am Main, Offenbach*

am Main, Fulda und Hanau-Gelnhausen-Schlüchtern erhalten einen Rabatt von 50% auf den Seminarpreis.

Termine:

Freitag, 19. April 2013

Praktikerseminar Rechtssicheres Direktmarketing

Freitag, 28. Juni 2013

Der gute Ruf des Unternehmens im Netz – schaffen und schützen

Freitag, 27. September 2013

Facebook, Xing und Twitter – Rechtliche Rahmenbedingungen des Social Media Marketings

Freitag, 22. November 2013

Rechtskonforme Umsetzung von on- und offline-Gewinnspielen als Mittel zur Lead-Generierung – was ist rechtlich zu beachten

Ort: **Frankfurt am Main**

Veranstalter: **IHK Frankfurt am Main**

Referent: **Dr. Dennis Voigt, Markus Faust**

Info: **www.frankfurt-main.ihk.de**



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

MELCHERS LAW: AUTOREN DIESER AUSGABE

**DR. CARSTEN LUTZ**

berät deutsche und ausländische Mandanten im gesamten Wirtschaftsrecht, insbesondere auf den Gebieten des Handels-, Gesellschafts- und Vertragsrechts.

**AXEL J. KLASSEN**

ist als Fachanwalt für Arbeitsrecht und ehemaliger Personalleiter insbesondere im Kollektivarbeitsrecht tätig und auf Sanierungs- und Restrukturierungsmaßnahmen spezialisiert, bei denen ihm sein in Unternehmensinsolvenzen verschiedener Branchen gesammeltes Know-how besonders zugute kommt.

**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.

**BEATRICE SCHEICH**

ist hauptsächlich auf den Gebieten des Insolvenzrechts, einschließlich der Insolvenzverwaltung, sowie des Gesellschaftsrechts tätig und verfügt über langjährige Erfahrung bei der Beratung mittelständischer Unternehmen.

**MARC RUBEN ZIMMERT**

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

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