

MELCHERS

LAW

42 | AUSGABE
MÄRZ/APRIL 2014

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,



„*schaffe, schaffe, Häusle baue*“. Ein jahrzehntelanges Bürgermotto, welches in der momentanen europäischen Wirtschaftskrise erheblich an Bedeutung gewonnen hat.

Warum? Kaum noch Zinsen auf Sparkonten, Lebensversicherungen oder Anleihen. Wenig Mut zum (risikoreicheren) Aktienwerb.

Was bleibt? Die Immobilie. Der Erwerb einer solchen sollte nicht nur wohl überlegt, sondern auch fundiert rechtskundig betreut sein. Hierzu ist MELCHERS auf allen Gebieten, die mit Immobilienerwerb oder Neubau zusammenhängen, bestens aufgestellt. Bekanntlich gibt es bei fast jedem Bau Mängel zu beklagen, die beim Bau oder schon bei der Planung unter der Verantwortung des Architekten oder des Statikers entstehen. Die Rechtsprechung hierzu ist immens und die Durchsetzung diesbezüglicher Rechte bedarf oft nicht unerheblicher Geduld. Was die Entwicklung auch dieser Rechtsgebiete betrifft, halten wir uns immer auf dem neuesten Stand. Gerne geben wir dieses Wissen auch in dieser Ausgabe von MELCHERS LAW unter anderem zum Architektenrecht an Sie weiter.

Fazit: Ran an den Immobilienerwerb. Etwaig auftretende Probleme werden gelöst.

Ihr Wolfgang Weib
w.weib@melchers-law.com



MELCHERS LAW: IN DIESER AUSGABE

ARCHITEKTENRECHT

Stufenvertrag: Abrufzeitpunkt bestimmt anzuwendende Honorarordnung!	02
Zweitverwertung von Architektenplänen	03

ENERGIERECHT

Zur Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in einen konkludent geschlossenen Fernwärmeversorgungsvertrag	04
---	----

GESELLSCHAFTSRECHT

Anteilsziehung wegen tiefgreifenden Gesellschafterzerwürfnisses	06
---	----

GLÜCKSSPIELRECHT

Spielhallen unter Druck	06
-------------------------	----

WETTBEWERBSRECHT

Tell-a-friend	07
---------------	----

>> FACHPUBLIKATIONEN

>> PERSÖNLICH	04
>> PRAXISREPORT	05
>> VERANSTALTUNGEN	07/08

MELCHERS LAW: ARCHITEKTENRECHT

Stufenvertrag: Abrufzeitpunkt bestimmt anzuwendende Honorarordnung!

Angesichts leerer Haushaltskassen und knapper Budgetrahmen erfreuen sich sog. Stufenverträge wachsender Beliebtheit. Beim Stufenvertrag werden dem Architekten/Ingenieur *zunächst nur Teilleistungen* – meist die Leistungsphasen bis einschließlich der Genehmigungsphase – *fest übertragen*, während der Architekt die *Erbringung der weiteren Leistungsstufen* erst *nach Abruf* derselben durch den Auftraggeber (AG) schuldet. So kann ein Vollarchitekturauftrag (Leistungspha-

sen 1 - 9) in viele – in der Praxis sind es meist 2 bis 4 – einzelne Stufen aufgeteilt werden. Der AG vermindert durch diese Vertragsgestaltung sein Risiko, trotz Scheiterns des Projektes, z.B. wegen gescheiterter Finanzierung, Honorar an den Architekten zahlen zu müssen. Bei Stufenverträgen ist problematisch, ob bei der Bestimmung der zutreffenden Fassung der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) auf das *Datum des*

Ausgangsvertrages oder auf den *Zeitpunkt der Beauftragung der weiteren Leistungsstufen* abgestellt werden muss. Welche Fassung der HOAI Anwendung findet, hat erhebliche wirtschaftliche Folgen, nachdem der Verordnungsgeber das Honorar der Architekten mit der HOAI 2009 (in Kraft getreten am 18.08.2009) und der HOAI 2013 (in Kraft getreten am 17.07.2013) kräftig angehoben hat. Mit dieser Thematik hat sich nun das OLG Koblenz in seiner Entscheidung vom 06.12.2013 (Az.: 10 U 344/13 – noch nicht rechtskräftig) befasst.

Der Sachverhalt

Ein Architekt schließt mit einem öffentlichen AG im *Mai 2009* einen *Architektenvertrag*. Der Vertrag sieht *zwei Stufen* vor. Die Leistungsphasen 1 - 4 sollen sofort

MELCHERS LAW: FACHPUBLIKATIONEN

Buchveröffentlichungen

Masuch/Meyer:

ABC des GmbH-Geschäftsführers,
8. Auflage 2014

Bonn (Stollfuß), 553 Seiten, EUR 59,90



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 insbeson-

dere Rechtsanwälte von MELCHERS stehen, ist im Januar 2014 in einer neuen, überarbeiteten Auflage erschienen. Der Umstand, dass inzwischen bereits die 8. 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.

Motzke/Bauer/Seewald:

Handbuch „Prozesse in Bausachen“,
2. Auflage 2014

Nomos, 1832 Seiten, EUR 148,00



Das Prozesshandbuch unterstützt auf dem Gebiet des Bau- und Architektenrechts tätige Rechtsanwälte in allen Phasen des baurechtlichen Mandats. Von den konkreten Fallkonstellationen

und den materiell-rechtlichen Anspruchgrundlagen ausgehend erläutern die erfahrenen Autoren detailliert die prozessualen Abläufe.

Das praxisgerechte Handbuch liefert dem Rechtsanwalt prozesstaktisches Know-how für die vorausschauende Mandatsbearbeitung und zahlreiche Praxishinweise für die jeweilige Arbeitssituation. Anspruchgrundlagen und Handlungsmöglichkeiten werden aus der Sicht aller Prozessbeteiligten dargestellt. Zusätzlich bieten die Autoren Formulierungsvorschläge und Checklisten für die praktische Umsetzung der eigenen Strategie. Der vorläufige Rechtsschutz sowie Gebührenfragen werden ausführlich behandelt.

Die Neuauflage berücksichtigt bereits:

- » die Umsetzung der Zahlungsverzugsrichtlinie

- » die Änderung durch das Forderungssicherungsgesetz
- » die aktuelle Diskussion zur 7. HOAI-Novelle und ihren möglichen Auswirkungen.

Herr Rechtsanwalt Tobias Wellensiek, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, kommentiert dabei alle Probleme rund um den Bauvertrag in der Insolvenz von Auftraggeber oder Auftragnehmer.

Aufsatz

Herr Rechtsanwalt Dr. Decker hat in der Zeitschrift GmbH-Rundschau (GmbHR 2014, S. 72 – 78) einen Aufsatz zur Organhaftung und deren Vermeidung durch Expertenrat veröffentlicht. Der Beitrag geht auf Umfang und Grenzen des berechtigten Vertrauens auf Expertenrat ein und analysiert die einzelnen, vom BGH hierzu entwickelten Voraussetzungen. Ein Schwerpunkt des Beitrags liegt in der Analyse der Frage, wann eine hinreichende Auswahl eines fachlich qualifizierten und unabhängigen Beraters vorliegt. <<



ausgeführt werden. Zu den weiteren Leistungen heißt es im Vertrag: „Der AG beabsichtigt, dem AN bei Fortsetzung der Planung und Ausführung der Baumaßnahme weitere Leistungen zu übertragen, wenn die bisherigen Leistungen zur Zufriedenheit des AG erbracht worden sind und eigenes Personal des AG nicht zur Verfügung steht. ... Der AN ist verpflichtet, die Leistungen zu erbringen, wenn sie ihm innerhalb von 24 Monaten nach Fertigstellung der 1. Stufe übertragen werden. ... Ein Rechtsanspruch auf Übertragung besteht nicht.“ **Die 2. Stufe** (Leistungsphasen 5 - 8) ruft der AG im *Februar 2010* ab. Der Architekt stützt die Rechnungen für die Stufe 2 nun auf die *HOAI 2009*, der AG hält das Datum des Ausgangsvertrages für maßgeblich und kürzt die Rechnung auf die sich aus der *HOAI 2002* ergebenden Beträge. Der Architekt klagt die Differenz ein und hat vor dem Landgericht Koblenz Erfolg. Hiergegen wendet sich der AG mit der Berufung.

Die Entscheidung

Der AG hat keinen Erfolg. Das OLG bestätigt die Auffassung des Landgerichts, dass maßgeblich allein die *Übergangsvorschrift des § 55 HOAI 2009* sei. Danach gelte die aktuelle Fassung nur dann nicht, wenn die Leistungen vor Inkrafttreten der *HOAI 2009* vertraglich vereinbart worden seien. Ein wirksamer Architektenvertrag sei aber zunächst nur hinsichtlich der 1. Stufe begründet worden. Die Tätigkeiten der 2. Stufe seien erst später vereinbart worden. Beim Options- oder Stufenvertrag gebe der Architekt ein bindendes Angebot ab, das der AG später annehmen könne, aber nicht müsse. *Vereinbart* im Sinne des § 55 *HOAI 2009* würden die weiteren Leistungen *erst mit Annahme des Angebots*, d.h. dem Abruf. Erst dann komme der Vertrag zustande. *Maßgeblich* sei damit der *Abrufzeitpunkt*.

Fazit: Beide Entscheidungen im Instanzenzug sind gut begründet und verweisen zu den vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten und deren Bewertung zutreffend auf Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 18.12.2009, Az.: VII ZR 189/06). Die Überleitungsvorschriften der *HOAI 2009* und *HOAI 2013* sind wortgleich, so dass die Urteile auch auf die *HOAI 2013* anwendbar sind. Der AG hat allerdings gegen das Urteil des OLG Koblenz Berufung eingelegt, mit einer Entscheidung des BGH ist Ende 2014/Anfang 2015 zu rechnen. <<

MELCHERS LAW: ARCHITEKTENRECHT

Zweitverwertung von Architektenplänen

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat sich in einer jüngst veröffentlichten Entscheidung (Urteil vom 10.01.2013, Az.: VII ZR 259/11, GRUR 2014, S. 73) zu den Nutzungsrechten eines Architekten an den von ihm im Rahmen der Leistungsphasen 1-4 erstellten (nicht urheberrechtlich geschützten) Plänen geäußert und seinem Auftraggeber (AG) zwar ein alleiniges Nutzungsrecht an den Plänen zugesprochen, einen Anspruch auf den vom Architekten im Rahmen einer nochmaligen Veräußerung (Zweitverwertung) der Pläne erzielten Erlös aber verneint.

Sachverhalt

Ein Bauträger beauftragte einen Architekten mit der Entwurfs- und Genehmigungsplanung für eine Altenwohnanlage auf einem Grundstück, das der Bauträger erst noch erwerben wollte. Der Architekt plante, holte auf Grundlage der Pläne die Baugenehmigung ein und rechnete gegenüber dem Bauträger ab. Der Bauträger blieb das Architektenhonorar schuldig und konnte auch das beplante Grundstück nicht erwerben. Der Architekt titulierte seine Honorarforderung gegen den Bauträger und veräußerte daneben die Architektenpläne an denjenigen, der das Grundstück anstelle des Bauträgers erwerben konnte. Daraufhin machte der Bauträger gegenüber der titulierten Honorarforderung des Architekten Gegenansprüche geltend, die auf die Herausgabe des Erlöses zielten, den der Architekt im Rahmen der Zweitverwertung der Architektenpläne erzielt hatte.

Entscheidung

Der BGH hat entschieden, dass der Architektenvertrag dem AG ein *alleiniges Nutzungsrecht an den Plänen* gewähre und ihm dieses unabhängig davon zustehe, ob ihm der Erwerb des Grundstücks gelingt, auf das sich die Planungen des Architekten beziehen. Es mache keinen Unterschied, ob der AG das Bauwerk auf dem Grundstück selbst errichte oder ob er die Befugnis, das Bauwerk entsprechend der Pläne errichten zu lassen, an einen Dritten – gegebenenfalls entgeltlich – weiter übertrage, der das Bauwerk dann nach den Plänen auf diesem Grundstück errichtet. Umgekehrt hat der planende

Architekt eine *Zweitverwertung* der Pläne, bezogen auf die Errichtung des geplanten Bauwerks auf dem konkreten Grundstück, *zu unterlassen*. Handelt der Architekt dem zuwider und nimmt er eine Zweitverwertung der Pläne vor, hat sein AG jedoch *keinen Anspruch auf den Erlös*, den der Architekt im Rahmen der Zweitverwertung erzielt. Der hierfür erforderliche *Bereicherungsanspruch* wird vom BGH *verneint*, *sofern* die erstellten *Pläne nicht urheberschutzfähig* sind. In diesem Fall werde von dem die Zweitverwertung betreibenden Architekten lediglich in einen schuldvertraglichen Anspruch, die Zweitverwertung der Pläne zu unterlassen, eingegriffen, nicht jedoch in eine urheberrechtlich geschützte Rechtsposition. Schuldrechtlich begründete Ansprüche besitzen keinen bereicherungsrechtlich relevanten Zuweisungsgehalt. Ein Anspruch des AG gegen den Architekten auf Herausgabe des durch die Zweitverwertung erlangten Erlöses bestehe deshalb nicht. Sehr wohl könne allerdings aufgrund der Zweitverwertung durch den Architekten ein *Schadensersatzanspruch* des AG bestehen, der sich jedoch nicht auf den vom Architekten erzielten Erlös erstreckt. Ob und in welcher Höhe ein Schadensersatzanspruch des AG besteht, musste der BGH offen lassen, da die Vorinstanzen hierzu keine Feststellungen getroffen hatten.

Fazit: Erstellt ein Architekt auf Grundlage der Leistungsphasen 1-4 der *HOAI* Pläne für seinen AG und verwirklicht der AG das Vorhaben nicht, ist der Architekt an einer nochmaligen Veräußerung der Pläne für dieses Vorhaben gehindert und auf den Honoraranspruch gegen seinen AG verwiesen. Verwertet der Architekt die Pläne trotzdem ein weiteres Mal, beispielsweise, weil sein AG ihm das Honorar schuldig bleibt, hat er seinem AG den diesem aufgrund der Zweitverwertung der Pläne durch den Architekten entstehenden Schaden zu ersetzen. Jedoch muss der Architekt nicht den im Rahmen der Zweitverwertung erzielten Erlös herausgeben. Richtigerweise wird man dem Architekten zubilligen müssen, gegenüber dem Schadensersatzanspruch seines AG mit seiner Honorarforderung aufrechnen zu können, ein eventuell „überschießender“ Erlös verbleibt beim Architekten. Er trägt aber das Risiko, bei der Zweitverwertung weniger zu Erlösen, als sein AG an Schadensersatz von ihm verlangt. <<

MELCHERS LAW: ENERGIERECHT

Zur Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in einen konkludent geschlossenen Fernwärmeversorgungsvertrag

Der BGH hatte sich in einer Entscheidung vom 15.01.2014 (Az.: VIII ZR 111/13) mit der Frage auseinanderzusetzen, welche Anforderungen an die Einbeziehung Allgemeiner Versorgungsbedingungen bei einem durch schlüssiges Verhalten abgeschlossenen Fernwärmeversorgungsvertrag zu stellen sind.

Sachverhalt

Die beklagte GmbH ist Eigentümerin eines Grundstücks. Nach wirksamer Beendigung des Fernwärmeversorgungsvertrages ihres Mieters und dessen Aus-

zug aus den Räumlichkeiten der Beklagten, entnahm die Beklagte von der Klägerin, einem Fernwärmeversorgungsunternehmen (VU), bereitgestellte Fernwärme für ihr Grundstück, ohne zuvor einen Fernwärmeversorgungsvertrag mit der Klägerin geschlossen zu haben. Die Klägerin sandte der Beklagten daraufhin eine „Vertragsbestätigung“ zu, welcher zu entnehmen war, dass die Klägerin ein Zustandekommen des Vertrages nach § 2 der AVBFernwärmeV annahm. Diese Norm sieht vor, dass ein Vertrag auch dadurch zustande kommen kann, dass

Fernwärme aus dem Verteilungsnetz des VU entnommen werde. Die Klägerin übersandte der Beklagten mit weiterem Schreiben vom 19.09.2008 den *Entwurf eines Versorgungsvertrages*. Dieser sah eine dreijährige Vertragslaufzeit sowie dessen Verlängerung um je ein Jahr vor, sofern der Vertrag nicht mit einer Frist von neun Monaten gekündigt würde.

Die Beklagte unterzeichnete diesen Vertrag jedoch nicht. Vielmehr kündigte sie den Vertrag im März 2009 „mit sofortiger Wirkung“ und entnahm ab diesem Zeitpunkt keine Fernwärme mehr. Die Klägerin meinte allerdings, der Vertrag ende erst im September 2010, da in ihren „Ergänzenden Allgemeinen Versorgungsbedingungen“ (EAV) eine Mindestlaufzeit von einem Jahr und eine Kündigungsfrist von sechs Monaten vor Ablauf der jeweiligen Vertragszeit für den Kunden vorgesehen seien. Für den Zeitraum vom 28.03.2009 bis 29.10.2009 begehrte die Klägerin daher den für den Abrechnungszeitraum angefallenen Grundpreis in Höhe von EUR 4.633,19 nebst Zinsen und Mahngebühren.

Entscheidung des BGH

Der BGH entschied nun, dass die Beklagte nicht an die in den EAV der Klägerin jeweils vorgesehene Mindestlaufzeit von einem Jahr sowie die Kündigungsfrist von sechs Monaten gebunden sei. Dies ergebe sich daraus, dass die EAV der Klägerin nicht Vertragsinhalt geworden seien, da es an der auch im kaufmännischen Verkehr *erforderlichen Einbeziehungsvereinbarung* fehle. Die bloße „Branchenüblichkeit“ reiche für die Beachtlichkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht aus. Auch aus § 1 Abs. 1 und § 2 Abs. 3 AVBFernwärmeV ergebe sich nicht, dass diese unabhängig von einer Einbeziehungsvereinbarung (sozusagen „automatisch“) Vertragsinhalt geworden wären. Denn diese beiden Bestimmungen würden selbst keine Regelung zur Einbeziehung der vom Versorgungsunternehmen gestellten Versorgungsbedingungen in den Vertrag treffen.

Ferner sei aber auch die in § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV geregelte neunmonatige Kündigungsfrist für die Beklagte nicht verbindlich, da die in § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV geregelte Kündigungsfrist nur für Verträge mit fester Laufzeit gelte, wobei die Beklagte einen solchen Vertrag aber gerade nicht abgeschlossen habe.

MELCHERS LAW: PERSÖNLICH

Dr. Klaus Frey

MELCHERS Heidelberg



Dr. Frey ist seit 01.04.2013 als Rechtsanwalt bei MELCHERS tätig. Zuvor hatte er seine im Jahre 1981 begonnene verwaltungsrichterliche Tätigkeit im Dienst des Landes Rheinland-Pfalz als Richter am Oberverwaltungsgericht Koblenz beendet.

Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts

Herr Dr. Frey über sich:

Ein guter Arbeitstag beginnt ...
... mit einem gemeinsamen und ausgiebigen Frühstück mit meiner Frau.

Am Anwaltsberuf reizt mich ...

... die Gelegenheit zur selbständigen, dem eigenen Qualitätsanspruch verpflichteten juristischen Tätigkeit, die Möglichkeit der forensischen Praxis nahe zu bleiben sowie die Chance zur persönlichen Begegnung mit den Rechtssuchenden.

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

... muss damit sicherlich in einem früheren Stadium seines Lebens beginnen, als dies bei mir der Fall ist.

Erfolge feiere ich ...

... stets in dem Bewusstsein ihrer allseits begrenzten Tragweite.

Es bringt mich auf die Palme ...

... wenn ich feststellen muss, dass „festgelegte“ Richter der anwaltlichen Entfaltung in einem offenen juristischen Diskurs die Wirksamkeit nehmen.

Zur Zeit beschäftigt mich ...

... die Frage der Verfassungskonformität des glücksspielrechtlichen Genehmigungsvorbehalts nach den Maßstäben des Glücksspieländerungsstaatsvertrags. <<

Fazit: Ein durch die Entnahme von Fernwärme aus dem Verteilungsnetz zustande gekommener Vertrag beinhaltet ohne eine Einbeziehungsvereinbarung nicht automatisch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Fernwärmeversorgungsunternehmens, auch wenn diese branchenüblich sind. Sofern der Neukunde sich

also weigert, nach der Entnahme einen schriftlichen Vertrag mit einer rechtswirksamen Einbeziehungsvereinbarung zu unterzeichnen, ist genau zu prüfen, welchen Inhalt der Vertrag neben der in § 2 Absatz 2 Satz 2 AVBFernwärmeV geregelten Preisgeltung hat. Damit hat der BGH die Rechte der Kunden abermals gestärkt. Die

Versorgungsunternehmen sind mithin vor die Schwierigkeit gestellt, im Nachgang zu einem durch den Kunden bereits herbeigeführten konkludenten Vertragsschluss ihre Lieferkonditionen rechtlich wirksam zu vereinbaren. <<

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

MELCHERS LAW: PRAXISREPORT

Vertragen sich Surfen und Kranksein aus arbeitsrechtlicher Sicht?

In sozialen Medien hinterlassen wir viele Spuren, die unsere Handlungen nachvollziehbar machen, und zwar auch dann, wenn wir uns beim Arbeitgeber krank melden und zu Hause bleiben. In einem mit "heute.de" am 27.01.2014 geführten Gespräch erklärte Rechtsanwalt Gerhard Boß, wie und ob Surfen und Kranksein sich aus arbeitsrechtlicher Sicht vertragen. Nachfolgend geben wir das Interview auch für Sie wieder:

heute.de: Früher stritten Arbeitnehmer und Arbeitgeber darüber, ob und in welchem Umfang private Telefongespräche am Arbeitsplatz zulässig sind. Was früher das Telefon war, sind heute die sozialen Medien wie Facebook und Twitter. Wie reagieren die Unternehmen darauf?

Gerhard Boß: Sie gehen zunehmend dazu über, in Social-Media-Richtlinien festzuhalten, wie die Mitarbeiter mit sozialen Medien am Arbeitsplatz umgehen sollten. Dabei geht es im Kern darum, den Konflikt zwischen privater Internetnutzung am Arbeitsplatz und der Arbeitsverpflichtung zu entschärfen. Verfügt ein Unternehmen über einen Betriebsrat, kommt es oft auch zu Betriebsvereinbarungen, die dieses Thema regeln.

heute.de: Machen soziale Medien die Arbeitnehmer angreifbarer, wenn sie krank zu Hause, aber dennoch munter auf Facebook und Twitter unterwegs sind?

Gerhard Boß: Nicht per se. Aber natürlich machen uns die sozialen Medien in unseren Handlungen nachvollziehbarer. Arbeitsrechtlich gesehen ist im Streitfall aber immer der Arbeitgeber

in der Nachweispflicht. Er muss beweisen, dass die Nutzung der sozialen Medien nicht vereinbar war mit dem Genesungsprozess, damit der Arbeitnehmer wieder gesund und arbeitsfähig wird. Und diesen Beweis gegen seinen Mitarbeiter zu führen, ist für den Arbeitgeber schwierig, denn je nach den Gegebenheiten des konkreten Falles darf er oftmals die Daten des Mitarbeiters bezüglich der privaten Nutzung von sozialen Medien nicht verwenden. Denn hier gilt im Wesentlichen die Regel: Das Privatleben eines Mitarbeiters ist ein Tabu, es sei denn, dessen privates Verhalten beeinträchtigt in nicht zumutbarer Weise das Arbeitsverhältnis. Die Frage, ob eine vom Arbeitgeber nicht mehr hinnehmbare Beeinträchtigung vorliegt, ist Gegenstand vieler Gerichtsentscheidungen zu Einzelfällen.

heute.de: Kommt es oft vor, dass Kollegen Mitarbeiter anschwärzen, wenn diese in ihren Krankzeiten im Internet aktiv sind?

Gerhard Boß: Eigentlich kommt das in der Realität sehr selten vor. Dafür muss die Stimmung im Betrieb schon sehr schlecht sein. Auch, dass der Arbeitgeber den Aufwand treibt, die Aktivitäten eines Mitarbeiters in seinen Krankzeiten zu durchleuchten, ist eher selten. Dann ist das Arbeits- und Vertrauensverhältnis meist schon sehr gestört und dann geht es auch um arbeitsrechtlich relevantere Themen als die Internetnutzung. Kommt es zu dieser Eskalation, argwöhnt der Arbeitgeber meist, dass sein Mitarbeiter die Krankheit nur vorschiebt, um die freie Zeit für private Projekte zu nutzen



oder um etwa bei der Konkurrenz auf Probe zu arbeiten. In diesen Fällen wird schon einmal ein Detektiv auf den Mitarbeiter angesetzt.

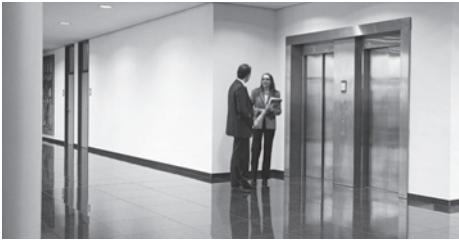
heute.de: Haben Arbeitsgerichte bereits zu dem Sachverhalt Social-Media-Nutzung in Krankzeiten geurteilt?

Gerhard Boß: Meiner Kenntnis nach nicht. Das Urteil würde vom Einzelfall abhängen. Denn das deutsche Arbeitsrecht ist stark fallbezogen. Der Richter muss also die geltenden Vorschriften abhängig von der Situation entsprechend auslegen. Generell steht immer die Logik dahinter, dass der arbeitsunfähige Arbeitnehmer sich so verhalten sollte, dass er den Genesungsprozess fördert. Meldet sich ein Mitarbeiter, der beruflich an einem Bildschirmarbeitsplatz tätig ist, wegen starker Migräne krank, sollte er also nicht stundenlang im Internet surfen. Dasselbe würde für einen Arbeitnehmer gelten, der beispielsweise gerade am Auge operiert wurde.

heute.de: Ich dürfte aber meine Lebensmittel online einkaufen?

Gerhard Boß: Sicher, denn das sind Geschäfte des alltäglichen Lebens, die erledigt werden müssen. Deswegen darf man ja auch im Supermarkt einkaufen oder mit dem Hund laufen, auch wenn man krank zu Hause bleibt. <<

Gerhard Boss
g.boss@melchers-law.com



MELCHERS LAW: GESELLSCHAFTSRECHT

Anteileinziehung wegen tiefgreifenden Gesellschafterzerwürfnisses

Der BGH hat mit Urteil vom 24.09.2013 (Az.: II ZR 216/11) entschieden, dass ein wichtiger Grund zum Ausschluss eines Gesellschafters im Falle eines tiefgreifenden Zerwürfnisses der Gesellschafter voraussetzt, dass das Zerwürfnis von dem betroffenen Gesellschafter zumindest überwiegend verursacht worden ist und in der Person der die Ausschließung betreibenden Gesellschafter keine Umstände vorliegen, die deren Ausschließung rechtfertigen würden.

Sachverhalt

Der Kläger war mit drei weiteren Gesellschaftern Gründer der beklagten GmbH. Alle Gesellschafter waren mit jeweils 25 % an der GmbH beteiligt und alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer. Nachdem die persönliche Beziehung des Klägers zu einer Mitgesellschafterin gescheitert war, kam es zu Spannungen zwischen den Gesellschaftern. Dem Kläger wurde die Verletzung seiner Pflichten als Geschäftsführer und Gesellschafter vorgeworfen. Die übrigen Gesellschafter fassten daraufhin den Beschluss, den Kläger als Geschäftsführer abzuwählen, seinen Geschäftsanteil aus wichtigem Grund einzuziehen und ihn aus der Gesellschaft auszuschließen, weil sein *weiteres Verbleiben* in der GmbH *aufgrund seines Verhaltens* für die übrigen Gesellschafter *untragbar* sei. Der Kläger beantragte, den Einziehungs- und Ausschließungsbeschluss für nichtig zu erklären.

Entscheidung

Der BGH hat die Entscheidung des OLG Koblenz, das das Verhalten des Klägers als pflichtwidrig ansah, aber den wichtigen Grund für Ausschluss und Einzie-

hung nicht bejahte, aufgehoben und die Klage abgewiesen, da er die Voraussetzungen für einen Ausschluss gegen den Willen des Klägers als gegeben ansah. Grundlage für den Ausschluss sei eine *Bestimmung in der Satzung* der GmbH, wonach es der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters nicht bedarf, „wenn in seiner Person ein anderer wichtiger Grund, der seine Ausschließung rechtfertigt, gegeben ist.“ Neben einer ausdrücklichen satzungsmäßigen Ermächtigung zum Ausschluss, wie § 34 Abs. 2 GmbHG sie verlangt, war nach Ansicht des BGH auch das Vorliegen eines wichtigen Grundes gegeben.

Nach der Rechtsprechung des BGH liegt ein *wichtiger Grund* vor, wenn die *Fortsetzung der Gesellschaft mit dem betroffenen Gesellschafter* für die übrigen Gesellschafter bei einer umfassenden Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände *unzumutbar* ist, ohne dass eine weniger einschneidende Maßnahme als der Ausschluss möglich ist. Während das OLG das Verhalten des Klägers maßgeblich vor dem Hintergrund der Trennung von seiner ehemaligen Lebensgefährtin und Mitgesellschafterin gewürdigt hatte, erachtete der BGH es als entscheidend, dass das *Zerwürfnis der Gesellschafter vom Kläger zumindest überwiegend verursacht* worden ist. Auch wenn emotionale Verhaltensweisen durch das Scheitern der persönlichen Beziehung von Gesellschaftern selbstverständlich sind, so dürfen diese jedoch nicht in die Gesellschaft hineingetragen werden. Ein Fehlverhalten der ehemaligen Lebensgefährtin und der übrigen Mitgesellschafter konnte der BGH nicht erkennen. Es sei allein der Kläger gewesen, der den aus dem Scheitern der persönlichen Lebensgemeinschaft resultierenden Konflikt in die Gesellschaft hineingetragen habe.

Fazit: Die Entscheidung setzt die bisherige Rechtsprechung zur Auslegung des wichtigen Grundes konsequent fort. Die in GmbH-Satzungen übliche Klausel, einen Ausschluss aus wichtigem Grund zuzulassen, liefert eine hinreichende Handhabe zur Ausschließung eines Gesellschafters, wenn andernfalls der Fortbestand der Gesellschaft gefährdet wäre. Die vom BGH vorgenommene klare Trennung zwischen der privaten Lebensgemeinschaft des Klägers und einer Mitgesellschafterin einerseits und den Belangen der Gesellschafter in deren Funktion als Gesellschafter andererseits ist zu begrüßen. <<

Florian Armbruster
f.armbruster@melchers-law.com

MELCHERS LAW: GLÜCKSSPIELRECHT

Spielhallen unter Druck

Spielhallenbetreiber sehen sich seit dem Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags (GlüStV) am 01.07.2012 strengeren Anforderungen ausgesetzt. Grund hierfür sind einschneidende Regelungen des Staatsvertrags, die teils eine Verschärfung durch einzelne, auf Grundlage des Vertrags erlassene Normen in Landesgesetzen erfahren. So schreibt der Staatsvertrag in § 25 Abs. 1 vor, dass ein *Mindestabstand zwischen den Spielhallen* einzuhalten ist. Das Nähere zu regeln, obliegt den einzelnen Bundesländern. Von dieser Befugnis haben sie Gebrauch gemacht – mit unterschiedlichen Resultaten.

Während *Schleswig-Holstein* sich dafür entschied, einen Mindestabstand von 300 m zwischen Spielhallen festzulegen, und bestimmt, dass zu Einrichtungen, die dem Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen dienen, ebenfalls ein Abstand von 300 m nicht unterschritten werden soll, ging *Baden-Württemberg* deutlich strenger vor: Dessen Landesglücksspielgesetz schreibt einen Abstand von jeweils 500 m Luftlinie – „gemessen von Eingangstür zu Eingangstür“ – zur nächsten Spielhalle und den eben erwähnten Einrichtungen vor. Im Gegensatz zu Schleswig-Holstein gibt es auch keine einzelfallbezogene Abweichungsmöglichkeit für Ausnahmekonstellationen. Der Abstand ist einzuhalten. *Berlin* legte sich in Bezug auf den Abstand zu Jugendeinrichtungen nur insoweit fest, als dass Spielhallen nicht „in räumlicher Nähe“ dieser Einrichtungen betrieben werden sollen – ohne indes Präzisierungen zu liefern.

Kritik an den Regelungen

Die Abstandsregelungen können aber dann ad absurdum führen, wenn beispielsweise ein Fluss den Jugendclub von der Spielhalle trennt, so dass zwar eine Luftlinie von weniger als 500 m gegeben ist, doch die tatsächliche Möglichkeit des Erreichens der Spielhalle einen Umweg von mehreren Kilometern erfordert. In Baden-Württemberg bleibt ein solcher Umstand nach dem Gesetzeswortlaut vollkommen unberücksichtigt. Zudem ist zweifelhaft, ob Kinder im Kindergartenalter schon empfänglich für Glücksspiel sucht sein können, ob hier also über-

haupt ein Gefahrenpotential und damit ein Schutzbedürfnis besteht. Ohnehin ist jedem minderjährigen Spieler der Zutritt zu einer Spielhalle versagt; Betreiber haben im Falle nachlässiger Alterskontrollen empfindliche Bußgelder zu fürchten.

Verschärft wird die obige Lage dadurch, dass die Regelungen nicht nur Neukonzessionen, sondern auch **bestehende Erlaubnisse** erfassen. Dabei sind die **Übergangsfristen** des § 29 Abs. 4 GlüStV besonders einschneidend. Für Erlaubnisinhaber, welche ihre Konzession nach dem 28.10.2011 („Stichtag“) erhielten, galten die obigen Vorschriften ab dem Ablauf des ersten Jahres nach Inkrafttreten des GlüStV, mithin ab dem 01.07. 2013. Erfüllen sie die Abstandsvorschriften nicht, droht ihnen die Betriebsschließung. § 25 Abs. 2 GlüStV komplettiert das strenge Regime: Er **verbietet** die Möglichkeit der begehrten **Mehrfachkonzessionierung**.

Widerstand in der Branche

Die Spielhallenunternehmen wehrten sich: In mehreren Bundesländern wurden **Verfassungsbeschwerden** eingereicht, wovon einige derzeit noch anhängig sind. Die Betreiber sehen u.a. ihr **Recht auf freie Berufsausübung** und den **Schutz des Eigentums** tangiert. Auch sei nicht erkennbar, warum der 28.10.2011, der Tag der – nicht öffentlichen – Jahreskonferenz der Regierungschefs der Länder, als Stichtag herhalten können soll. Nicht zuletzt seien die **Übergangsfristen zu kurz** bemessen.

Fazit: Der Gesetzgeber hat es mit dem Jugend- und Spielerschutz gut gemeint, doch ist er in einigen Ausgestaltungen zulasten der Betreiber über das Ziel hinausgeschossen. Dem Einzelfall Rechnung tragende Ermächtigungen sowie angemessene Übergangsfristen für Konzessionen nach dem 28.10.2011 hätten bedacht werden müssen, um eine Amortisierung der teils erheblichen Investitionen zu ermöglichen. Das letzte Wort ist aber noch nicht gesprochen. **Ogleich einige Landesverfassungsgerichte (z.B. Berlin und Bayern) keine Grundrechtsverletzungen erkennen konnten, befinden die obersten Gerichte anderer Länder noch hierüber, etwa der Staatsgerichtshof in Karlsruhe oder der rheinland-pfälzische Verfassungsgerichtshof.** <<

Danny Engelhardt
d.engelhardt@melchers-law.com

MELCHERS LAW: WETTBEWERBSRECHT

Tell-a-friend

Viele Unternehmen bieten auf ihren Webseiten Empfehlungsfunktionen an. Dabei hat der Nutzer die Möglichkeit, über den Anbieter eine E-Mail mit einem Link zur Webseite oder einem bestimmten Inhalt auf der Webseite zu senden. E-Mail-Empfehlungsfunktionen waren schon mehrfach Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen. Im Kern ging es hierbei um die Frage, ob die durch den Nutzer ausgelöste E-Mail an den Empfänger als E-Mail-Werbung des Anbieters einzuordnen ist und deshalb der vorherigen Einwilligung des Empfängers bedarf.

BGH-Entscheidung

Dies ist nach Auffassung des BGH (Az.: I ZR 208/12) der Fall. In der jetzt aktuellen Entscheidung bestätigt der BGH einen **Anspruch des Empfängers der E-Mail** gegen den Anbieter der Empfehlungsfunktion **auf Unterlassung der Zusendung** weiterer E-Mails über die

Empfehlungsfunktion ohne seine vorherige Einwilligung. Nach Auffassung des BGH ist die Empfehlungs-Mail **E-Mail-Werbung** im Sinne des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Auch ist der Anbieter für die Zusendung der Werbung (zumindest mit-) verantwortlich, weil er dem Nutzer die Empfehlungsfunktion zur Verfügung stellt.

Die Entscheidung ist zwar auf zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen gestützt. Der BGH nimmt jedoch ausdrücklich Bezug auf die wettbewerbsrechtliche Regelung der E-Mail-Werbung in § 7 Abs. 2 UWG, weshalb die Entscheidung allgemeine Geltung beanspruchen kann.

Fazit: Diskutiert wird derzeit, ob die Entscheidung nur relevant ist, wenn – wie im zu entscheidenden Sachverhalt – der Anbieter als Absender der Empfehlungs-Mail erscheint. Für diese Einschränkung sind jedoch im Urteil keine Anhaltspunkte ersichtlich. Vor diesem Hintergrund droht Anbietern von Empfehlungsfunktionen ein erhebliches Abmahnrisiko. <<

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

MELCHERS LAW: VERANSTALTUNGEN

» **IBWF-Fachtagung am 28.03.2014 in Düsseldorf**
Thema: Facebook, XING und Twitter – Ihr neuer Markt im Netz!
„Beratende Berufe in den neuen Medien“

In Zusammenarbeit mit dem Institut für Betriebsberatung, Wirtschaftsförderung und -forschung e.V. (IBWF-Institut) führen Herr Rechtsanwalt Dr. Dennis Voigt und Herr Rechtsanwalt Markus Faust im Rahmen einer IBWF-Fachtagung in das Themenfeld des rechtssicheren Marketings in sozialen Netzwerken ein. Der Vortrag richtet sich insbesondere an Marketingverantwortliche und Werbeagenturen.

Termin: Freitag, 28.03.2014, 10.00 – 16.30 Uhr
Ort: Düsseldorf
Veranstalter: IBWF Institut
Referenten: RA Dr. Dennis Voigt/ RA Markus Faust
Info: www.ibwf.org

» **Fachtagung TÜV NORD Akademie Datenschutz 2014**
Einwilligung für Marketingzwecke – Aktuelle Entwicklungen

Einwilligungslose Dialogmarketing-Kampagnen sind vielfach gesetzlich nicht mehr zulässig. Die Formulierung der Marketing-Einwilligung erfordert besondere Sorgfalt, um im Streitfall gegenüber dem Adressaten, den Aufsichtsbehörden oder missgünstigen Mitbewerbern Ansprüche verlässlich abwehren zu können. Im Vortrag werden die gesetzlichen und durch die Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an die Formulierung einer Marketing-Einwilligung kanalspezifisch dargestellt und Formulierungshilfen erarbeitet.

Termin: Donnerstag, 08.05.2014, 09.30 – 18.00 Uhr
Ort: Hamburg
Veranstalter: TÜV NORD Akademie GmbH & Co. KG
Referent: RA Dr. Dennis Voigt
Info: www.tuevnordakademie.de

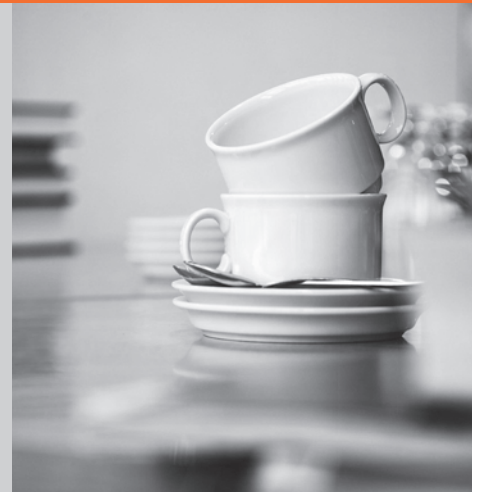
MELCHERS LAW: VERANSTALTUNGEN

» Seminarreihe Direktmarketing 2014 – IHK Frankfurt am Main
Gewerbliche Schutzrechte in der Unternehmenskommunikation

Jede Unternehmenskommunikation soll Produkte, Leistungen oder auch Werbe-Ideen aus dem Kreis der Mitbewerber hervorheben. Gute Produkte und gute Werbung werden oft kopiert und ausgebeutet. Im Rahmen dieses Vortrages erläutern die Referenten die Entwicklung von maß-

geschneiderten Schutzkonzepten nach Marken-, Wettbewerbs-, Urheber- und Designschutzrecht sowie durch technische Schutzrechte als Verteidigungsstrategien gegen Nachahmer und Trittbrettfahrer.

Termin: Freitag, 13.06.2014, 09.30 – 13.00 Uhr
Ort: Frankfurt am Main
Veranstalter: IHK Frankfurt am Main
Referenten: RA Dr. Dennis Voigt/
RA Markus Faust
Info: www.frankfurt-main.ihk.de



MELCHERS LAW: AUTOREN DIESER AUSGABE

**FLORIAN ARMBRUSTER**

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

**GERHARD BOSS**

ist unter anderem auf den Gebieten des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts tätig. Er verfügt über langjährige Erfahrungen als Berater deutscher und ausländischer Mandanten.

**DANNY ENGELHARDT**

ist hauptsächlich im Glücksspielrechtlichen Bereich tätig. Hier betreut er deutsch- und englischsprachige Mandanten im Lizenzierungsverfahren. Daneben gehören das öffentliche Baurecht und das Umweltrecht zu seinen weiteren Tätigkeitsschwerpunkten.

**ANDREAS PAULI**

berät im privaten Bau- und Architektenrecht, Vergaberecht, Immobilienrecht sowie insbesondere im Anlagenbaurecht und bei der Entwicklung von großen Projekten im Hochbau. Er ist seit 2007 Fachanwalt für privates Bau- und Architektenrecht.

**DR. ILONA RENKE**

berät Wirtschaftsunternehmen und öffentliche Auftraggeber im öffentlichen Recht, insbesondere im öffentlichen Bau- und Planungsrecht, im Umwelt- und Technikrecht sowie im Energie-recht. Sie ist Lehrbeauftragte an der Universität Heidelberg.

**DR. ARNDT RIECHERS**

ist Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz und Lehrbeauftragter an der Fachhochschule Heidelberg.

**DR. DENNIS VOIGT**

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

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

MELCHERS LAW: IMPRESSUM

HERAUSGEBER

Melchers Rechtsanwälte
Partnerschaftsgesellschaft mbB

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)30-310 1399-0
F +49-(0)30-310 1399-10
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