

# melchers law

**MELCHERS**

RECHTSANWÄLTE

**THEMEN**

Lohnanspruch trotz ausgeschlagenem Angebot zur Weiterbeschäftigung und Nichtleistung

*ARBEITSRECHT*

Der Einsatz von KI im Beschäftigungsverhältnis

*DATENSCHUTZRECHT*

Die wettbewerbliche Eigenart: Eingangstor zum wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz

*PRAXISTIPP*



**DR. SEBASTIAN PETRACK**

s.petrack@melchers-law.com

*LL.M., ist vor allem im Bereich des Gewerblichen Rechtsschutzes sowie im IT-Recht tätig. Ein weiterer Schwerpunkt seiner Mandatsbetreuung liegt im Vertragsrecht.*

**LIEBE LESERIN,  
LIEBER LESER,**

sind Newsletter in Zeiten wie diesen überhaupt noch zeitgemäß? Meine Antwort lautet: „Ja, wenn sie seriös und ansprechend sind.“

Genau solch ein Exemplar eines Newsletters haben Sie vor sich. Wir bleiben unserem Qualitätsanspruch treu, indem wir uns als Ziel setzen, Ihnen aktuelle rechtliche Entwicklungen verständlich, kompakt und ohne juristische Phrasendrescherei vorzustellen.

Darüber hinaus erlaubt unser Newsletter Ihnen, uns auch persönlich besser kennenzulernen und einen Einblick in unser Kanzleileben zu erhalten. In „ml persönlich“ stellt sich Ihnen dieses Mal mein Kollege Johannes Fischer vor.

In inhaltlicher Hinsicht informiert Sie unter anderem meine Kollegin Beatrice Scheich über ein Urteil des BAG zum Verfall des Urlaubsanspruchs bei Langzeitkranken – sicherlich nicht nur für Personaler von Interesse.

Wir haben unsere melchers law inzwischen zudem voll digitalisiert. Um Ihnen die Wartezeit zwischen den vierteljährlichen Ausgaben unseres Newsletters zu verkürzen, empfehle ich Ihnen zudem, auch einmal einen Blick in unseren melchers blog unter <https://blog.melchers-law.com/> zu werfen, in welchem ebenfalls über aktuelle Urteile oder anstehende Gesetzesänderungen berichtet wird.

Eine informationsreiche und unterhaltsame Lektüre wünscht Ihnen

*Ihr Sebastian Petrack*

# melchers law

# 82

## ARBEITSRECHT

- 01** Lohnanspruch trotz ausgeschlagenem Angebot zur Weiterbeschäftigung und Nichtleistung **3**
- 02** Verfall von Urlaub bei Dauererkrankung des Arbeitnehmers **4**

## DATENSCHUTZRECHT

- 03** Der Einsatz von KI im Beschäftigungsverhältnis **5**
- 04** Kommt nun ein eigenes Gesetz zum Beschäftigtendatenschutz? **6**

## ÖFFENTLICHES WIRTSCHAFTSRECHT

- 05** Künstliche Intelligenz im Öffentlichen Wirtschaftsrecht – ein Überblick (Teil 1) **7**

## PRAXISREPORT

- 06** Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen von New Work – Interview mit Martin Koller-van Delden **8+9**
- 07** Geldwäsche-Compliance – Weitere Pflichten für Unternehmen durch neue EU-Geldwäscheverordnung? **10**

## PRAXISTIPP

- 08** Die wettbewerbliche Eigenart: Eingangstor zum wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz **11**

**MITTEILUNGEN 12**

**PERSÖNLICH 12**

**VERANSTALTUNGEN 9**

## 01 Lohnanspruch trotz ausgeschlagenem Angebot zur Weiterbeschäftigung und Nichtleistung

Kündigt der Arbeitgeber fristlos und meint, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sei ihm nicht zuzumuten, bietet aber gleichzeitig die Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses an, verhält er sich nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts (BAG, Urteil vom 29.03.2023, Az: 5 AZR 255/22) *widersprüchlich*. Er gerät trotz des Angebots in *Annahmeverzug* und hat *Annahmeverzugslohn* zu zahlen.

### HINTERGRUND

Der arbeitsrechtliche Grundsatz „*Ohne Arbeit kein Lohn*“ erfährt einige *Ausnahmen*. So sind Arbeitgeber bei einer *unwirksamen Kündigung* grundsätzlich verpflichtet, dem zu Unrecht entlassenen Arbeitnehmer den Lohn für die Zeit, in der die Arbeitsleistung infolge der Kündigung unterblieben ist, zu zahlen. Der Arbeitgeber befindet sich in dieser Zeit im *Annahmeverzug*. Der Arbeitnehmer ist trotz Nichtleistung und Anspruch auf seinen Lohn *nicht zur Nachleistung verpflichtet*. Um dieses wirtschaftliche Risiko aufgrund des *Annahmeverzugs* zu begrenzen, bieten Arbeitgeber gerne eine Weiterbeschäftigung für die Dauer der arbeitsgerichtlichen Auseinandersetzung an.

### ENTSCHEIDUNG

Der Kläger war seit ca. 1,5 Jahren als technischer Leiter bei der Beklagten beschäftigt, als ihm gegenüber eine *fristlose Änderungskündigung* ausgesprochen wurde. Die Beklagte bot dem Kläger einen neuen Arbeitsvertrag als Softwareentwickler mit einer monatlich um EUR 1.500,00 ver-

minderten Vergütung an. Laut Pressemitteilung des BAG hieß es in der Kündigung weiter, „im Falle der Ablehnung der außerordentlichen Kündigung durch Sie (also im Falle, dass Sie von einem unaufgelösten Arbeitsverhältnis ausgehen) oder im Falle der Annahme des folgenden Angebots erwarten wir Sie am 05.12.2019 spätestens um 12:00 Uhr MEZ zum Arbeitsantritt“. Der Kläger lehnte das Änderungsangebot ab. Er erschien auch nicht mehr zur Arbeit. Die Beklagte kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis erneut und wies darauf hin, „im Falle der Ablehnung dieser außerordentlichen Kündigung“ erwarte sie den Kläger „am 17.12.2019 spätestens um 12:00 Uhr MEZ zum Arbeitsantritt“. Der Kläger erschien weiter nicht zur Arbeit. Arbeitsgerichtlich wurde festgestellt, dass beide Kündigungen das Arbeitsverhältnis nicht beendet haben.

Der Kläger verlangte nun wegen *Annahmeverzugs* die vertraglich vereinbarte Vergütung bis zum Antritt einer neuen Beschäftigung im April 2020. Er begründete dies damit, dass ihm eine *Weiterbeschäftigung nicht zuzumuten* gewesen sei. Ohnehin sei dies *kein ernsthaftes Angebot* gewesen. Die Beklagte habe ihm zur Begründung der fristlosen Kündigungen zu Unrecht vielfältiges Fehlverhalten vorgeworfen und seine Person herabgewürdigt. Die Beklagte hatte außerdem vorgetragen, seine Beschäftigung sei ihr nicht mehr zumutbar gewesen.

Die ersten Instanzen haben noch festgestellt, der Kläger habe

trotz der unwirksamen Kündigungen keinen Anspruch auf *Annahmeverzugslohn*. Er habe hierfür versäumt, das Angebot zur Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses anzunehmen.



**STEFFEN LINDEN**

s.linden@melchers-law.com

*betreut schwerpunktmäßig nationale und internationale Mandanten und Mandantinnen in allen Bereichen des Arbeitsrechts. Daneben ist auch das Gesellschaftsrecht, speziell die Gestaltung von Gesellschafts- und Dienstverträgen, Gegenstand seiner Berater-tätigkeit.*

### FAZIT

*Die Entscheidung des BAG ist konsequent. Kündigt der Arbeitgeber fristlos aus verhaltensbedingten Gründen, schließt er damit die Zumutbarkeit einer weiteren Zusammenarbeit aus. Ein gleichwohl gemachtes Angebot zur Weiterbeschäftigung ist erst einmal als widersprüchliches Verhalten zu bewerten.*

*Zur Minimierung wirtschaftlicher Risiken ist ein Angebot zur Weiterbeschäftigung aus taktischen Gründen zwar nachvollziehbar. Arbeitgeber sollten jedoch bedenken, dass ein Angebot zur Weiterbeschäftigung die Rechtfertigung der Kündigung im Prozess erheblich erschwert. Nach der Entscheidung des BAG hilft ein solches Angebot, jedenfalls bei fristlosen Verhaltenskündigungen, auch im Streit über Annahmeverzugslohnansprüche nicht unbedingt weiter.* ■



## 02 Verfall von Urlaub bei Dauererkrankung des Arbeitnehmers


**BEATRICE SCHEICH**
*b.scheich@melchers-law.com*

*ist hauptsächlich auf den Gebieten des Insolvenzrechts, einschließlich der Insolvenzverwaltung, tätig und berät darüber hinaus in damit zusammenhängenden Rechtsfragen anderer Rechtsgebiete, insbesondere des Gesellschaftsrechts und des Arbeitsrechts. Sie verfügt über langjährige Erfahrung bei der Beratung mittelständischer Unternehmen.*

Das BAG hat am 20.12.2022 (Az.: 9 AZR 245/19) ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 22.09.2022 umgesetzt und zum Verfall des Anspruchs auf gesetzlichen Mindesturlaub entschieden, dass dieser regelmäßig nur dann nach Ablauf eines Übertragungszeitraums von 15 Monaten erlischt, wenn der Arbeitnehmer in dem Urlaubsjahr tatsächlich gearbeitet hat, bevor er aus gesundheitlichen Gründen an der Inanspruchnahme seines Urlaubs gehindert war, und wenn der Arbeitgeber ihn zuvor rechtzeitig in die Lage versetzt hatte, seinen Urlaub zu nehmen.

Die Entscheidung des BAG lag im Zeitpunkt des Redaktionsschlusses nur als Pressemitteilung vor.



### SACHVERHALT

Der klagende Arbeitnehmer ist als schwerbehindert anerkannt. Er konnte vom 01.12.2014 bis August 2019 wegen voller Erwerbsminderung seine Arbeitsleistung nicht erbringen. Aus dem gleichen Grund konnte er seinen Urlaub nicht nehmen, weshalb sein Urlaubsanspruch aus dem Jahr 2014 im Umfang von 24 Tagen noch nicht erfüllt ist. Er vertritt die Auffassung, die beklagte Arbeitgeberin habe ihre Obliegenheiten, an der Gewähr-

ung und Inanspruchnahme des Urlaubs aus 2014 mitzuwirken, nicht erfüllt.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Das BAG hat die Rechtssache dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt.

### BISHERIGE RECHTSPRECHUNG

Bisher verfiel der Urlaubsanspruch bei Langzeiterkrankung nach Ansicht des BAG in der Regel spätestens 15 Monate nach Ablauf des jeweiligen Urlaubsjahres ersatzlos. Die Frage, ob dies auch dann gilt, wenn der Arbeitgeber seine Mitwirkungsobliegenheiten nicht erfüllt, also den Arbeitnehmer nicht aufgefordert hat, seinen Urlaub zu nehmen, war noch nicht entschieden.

### RECHTSPRECHUNG DES EUGH

Der EuGH differenzierte im Vorabentscheidungsverfahren (Urteil vom 22.09.2022, Rs. C-120/21) zwischen zwei Sachverhaltskonstellationen. War ein Arbeitnehmer durchgehend arbeitsunfähig, bleibt es bei der 15-monatigen Verfallfrist. War der Arbeitnehmer hingegen im laufenden Kalenderjahr (teilweise) arbeitsfähig, müsse der Arbeitgeber auch gegenüber langzeiterkrankten Arbeitnehmern seine Hinweisobliegenheiten erfüllen. Komme der Arbeitgeber dieser Pflicht nicht nach, verfallende Resturlaub dieses Urlaubsjahres bei Krankheit oder Erwerbsminderung des Arbeitnehmers nicht nach Ablauf der 15-monatigen Verfallfrist.

### ENTSCHEIDUNG DES BAG

Dieser Entscheidung des EuGH hat sich das BAG angeschlossen. Es führt aus, dass es bei der 15-monatigen Frist nur dann bleibe, wenn der Arbeitneh-

mer durchgängig bis zum 31.03. des zweiten Folgejahres arbeitsunfähig erkrankt war. In diesem Fall sei es ohne Bedeutung, ob der Arbeitgeber seinen Mitwirkungsobliegenheiten nachgekommen sei, denn auch diese hätten nicht zur Inanspruchnahme des Urlaubs durch den Arbeitnehmer beigetragen.

Wenn aber der Arbeitnehmer im Urlaubsjahr tatsächlich gearbeitet habe, bevor er voll erwerbsgemindert oder krankheitsbedingt arbeitsunfähig geworden sei, setze der Verfall des Urlaubsanspruchs regelmäßig voraus, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer rechtzeitig vor Eintritt seiner Arbeitsunfähigkeit aufgefordert habe, seinen Urlaub auch tatsächlich zu nehmen.

### FAZIT

*Das BAG setzt erwartungsgemäß das Urteil des EuGH vom 22.09.2022 um. Die Anwendung der 15-Monatsfrist richtet sich zukünftig im Fall einer Dauererkrankung danach, ob es sich um Urlaub handelt, der vollständig während der Arbeitsunfähigkeit oder davor entstanden ist. Entsteht der Urlaub erst während der Dauererkrankung, verfällt er weiterhin ohne Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers nach Ablauf der vorgenannten Frist. Urlaub, der vor der dauerhaften Arbeitsunfähigkeit entstanden ist, erlischt nur innerhalb der gleichen Frist, soweit der Arbeitgeber seine Mitwirkungsobliegenheiten erfüllt hat.*

*Arbeitgebern ist in der Folge dringend zu raten, frühzeitig im Jahr ihren Mitwirkungsobliegenheiten nachzukommen, um im Falle einer möglichen unterjährigen Dauererkrankung eines Arbeitnehmers, die selten genug absehbar sein wird, die Inanspruchnahme des vollständigen gesetzlichen Mindesturlaubs ermöglicht zu haben.* ■

## 03 Der Einsatz von KI im Beschäftigungsverhältnis

Ob selbstfahrende Autos, Fließbandroboter oder der Chatbot GPT – Künstliche Intelligenz („KI“) ist das große Thema unserer Zeit. Die Unterstützung des Menschen durch „denkende“ Maschinen birgt unheimlich *viele Chancen, aber auch Risiken*. Auch im Personalwesen wird immer öfter KI eingesetzt, z. B. um Auswahlkriterien bei einer Beförderung oder im Bewerbungsverfahren objektiver zu bewerten. Umso wichtiger ist eine gesetzliche Regulierung. Eine Verordnung der Europäischen Kommission zur KI soll noch dieses Jahr verabschiedet werden. Aber schon jetzt gibt es insbesondere *datenschutzrechtliche Anforderungen*, die im Folgenden beleuchtet werden sollen.

KI verarbeitet personenbezogene Daten automatisiert i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DS-GVO, sodass es sich in aller Regel um *Profiling* handelt. Das ist gemäß Art. 22 Abs. 2 DS-GVO nur in *engen Grenzen zulässig*, im Beschäftigungsverhältnis regelmäßig nur aufgrund einer ausdrücklichen Einwilligung, Art. 22 Abs. 2 lit. c) DS-GVO. Zusätzlich ist eine *Datenschutz-Folgenabschätzung* gemäß Art. 35 Abs. 3 lit. a) DS-GVO durchzuführen, bei der mögliche Risiken herausgearbeitet und bewertet werden.

*Text- und Sprachanalysen* werden schon lange verwendet. Mittels linguistischer, psychologischer und kommunikationsbezogener Merkmale sollen bestimmte persönliche Merkmale, wie etwa Teamfähigkeit und Belastbarkeit der Beschäftigten, festgestellt werden. Es gibt allerdings auch Systeme, die aufgrund von *Persönlichkeits- bzw. Perfor-*

*manceanalysen* den Wert einer Arbeitnehmerin bzw. eines Arbeitnehmers für das Unternehmen bestimmen, was erhebliche Folgen für die individuelle Karriere haben kann.

Neben der ethischen Frage, bis zu welchem Grad wir eine Maschine über den (beruflichen) Erfolg des Einzelnen entscheiden lassen, gibt es vor allem zwei ganz praktische Probleme, namentlich die *Rechtsgrundlage* und die *Transparenz der Verarbeitung*.

### RECHTSGRUNDLAGE

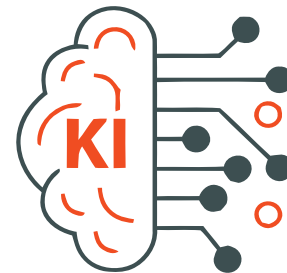
Die *Einwilligung* in die automatisierte Verarbeitung muss nicht nur *ausdrücklich*, sondern auch *freiwillig* erteilt werden. Allerdings wird die Freiwilligkeit der Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis aufgrund des Über-/Unterordnungsverhältnisses nur ausnahmsweise angenommen. Den Betroffenen muss eine *echte Alternative angeboten* werden und es muss deutlich werden, dass eine *Nichtteilnahme* an der automatisierten Verarbeitung *keinerlei Konsequenzen* hat. Bei Durchführung einer Persönlichkeitsanalyse könnte dies beispielsweise ein persönliches Gespräch mit einem externen Dienstleister sein.

### TRANSPARENZ

Das weitaus größere Problem stellt die fehlende Transparenz dar. Denn die betroffene Person muss *erkennen* können, in welche Verarbeitungen sie einwilligt, damit sie ihre Entscheidung informiert treffen kann. Der Arbeitgeber als Verantwortlicher nach der DS-GVO muss *vor Verarbeitung* gemäß Art. 13 Abs. 2 lit. f) DS-GVO über die *involvierte Logik*

sowie die *Tragweite* und die *angestrebten Auswirkungen der Verarbeitung* informieren. Das wird in der Praxis jedoch kaum möglich sein, da in der Regel externe Dienstleister eingesetzt werden und die dahinterstehende Logik als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis verständlicherweise nicht an Dritte weitergegeben wird. Hinzu kommt, dass der Arbeitgeber regelmäßig keine Kenntnis darüber hat, mit welchen Trainingsdaten die KI gespeist worden ist. Das birgt das *Risiko einer Diskriminierung*, wenn nicht sogar einer Verschärfung bestehender diskriminierender Strukturen. Denn der zugrundeliegende Algorithmus entscheidet nur aufgrund der Daten, die ihm zur Verfügung stehen. Wenn eine KI in einem Unternehmen also mit vorwiegend „männlichen“ Daten gespeist wird, weil dort überwiegend Männer arbeiten, ist es möglich, dass Frauen andere, schlechtere Ergebnisse erhalten, weil sie bestimmte Kriterien nicht erfüllen. Das ist umso schwerwiegender, als die Entscheidung einer KI als faktenbasiert, neutral und objektiv angesehen wird.

Die fehlende Transparenz spielt auch beim *Auskunftsanspruch* gemäß Art. 15 DS-GVO eine Rolle, denn auch hier muss der Arbeitgeber im genannten Umfang *Auskunft über die Verarbeitung* erteilen, Art. 15 Abs. 1 lit. h) DS-GVO.



### FAZIT

*Um KI im Beschäftigungsverhältnis rechtssicher einzusetzen, müssen viele Hürden genommen werden. Die Datenschutz-Folgenabschätzung bewertet die wesentlichen Vor- und Nachteile und hilft dabei, Risiken zu minimieren.* ■



**MIRIAM EWIG**

[m.ewig@melchers-law.com](mailto:m.ewig@melchers-law.com)

*berät in allen Fragen des Informations- und Medienrechts sowie in den Bereichen des Gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts. Das Wettbewerbsrecht und der Datenschutz bilden ebenfalls einen Schwerpunkt ihrer anwaltlichen Tätigkeit.*



**JOHANNES FISCHER**

*j.fischer@melchers-law.com*

*berät schwerpunktmäßig nationale und internationale Unternehmen im Wettbewerbs-, Datenschutz- sowie im IT- und eCommerce-Recht.*

## ml DATENSCHUTZRECHT

# 04 Kommt nun ein eigenes Gesetz zum Beschäftigendatenschutz?

Werden personenbezogene Daten („Daten“) insbesondere automatisiert verarbeitet, gilt zunächst die DS-GVO, Art. 2 Abs. 1 DS-GVO. Nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO ist die Verarbeitung von Daten rechtmäßig, wenn dies zur Erfüllung eines Vertrags oder vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich ist.

Neben der DS-GVO gibt es jedoch auch bundesgesetzliche Regelungen, insbesondere das BDSG, sowie Datenschutzgesetze der einzelnen Länder. Für Arbeitgeber ist insbesondere der § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG von hoher praktischer Relevanz. Nach dieser Norm dürfen Daten von Beschäftigten zur Begründung, Durchführung oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet werden, wenn die Verarbeitung hierzu erforderlich ist.



Art. 88 Abs. 1 DS-GVO ermöglicht den EU-Mitgliedstaaten den Erlass von „spezifischeren Vorschriften“ zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten von Beschäftigten-daten im Beschäftigungskontext. Nach Art. 88 Abs. 2 DS-GVO müssen diese Vorschriften Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person umfassen.

Das BAG war 2019 der Ansicht, dass § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG die Voraussetzungen des Art. 88

Abs. 2 DS-GVO erfülle (Beschl. v. 07.05.2019, Az: 1 ABR 53/17, Rn. 47). Das VG Wiesbaden war anderer Meinung und legte die Frage dem EuGH vor, der nun entschieden hat (Urteil vom 30.03.2023, Rs. C-34/21).

### SACHVERHALT

Während der Corona-Pandemie fand oftmals Unterricht per Videokonferenz statt. Von den Schülern bzw. ihren Erziehungsberechtigten wurde vor der Teilnahme eine Einwilligung hierzu eingeholt. Die unterrichtenden Lehrer mussten hingegen keine Einwilligung abgeben. Nach Ansicht des Hessischen Kultusministeriums sei die Verarbeitung der Daten der Lehrer zur Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich gewesen.

Das Hessische Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetz (HDSIG), welches auf Lehrer Anwendung findet, enthält in § 23 Abs. 1 S. 1 eine Norm, deren Wortlaut größtenteils § 26 Abs. 1 S.1 BDSG entspricht. Insbesondere muss die Verarbeitung der Daten erforderlich sein.

### ENTSCHEIDUNG DES EUGH

Der EuGH stellt fest, dass es sich bei Art. 88 Abs. 1 DS-GVO um eine Öffnungsklausel handelt, die die Mitgliedstaaten zum Erlass „spezifischerer Vorschriften“ befugt, aber nicht verpflichtet. Spezifisch ist eine Norm zunächst, wenn diese in Verbindung zum Beschäftigungsverhältnis steht und sich von den allgemeinen Regelungen der DS-GVO unterscheidet. Dies räumt den Mitgliedstaaten Ermessen ein, welches allerdings durch die Inhalte und die Ziele der DS-GVO begrenzt ist. So muss jede Verar-

beitung den in Art. 5 DS-GVO (Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten) und in Art. 6 DS-GVO (Rechtmäßigkeit der Verarbeitung) aufgestellten Grundsätzen entsprechen. Spezifisch kann eine Norm aber nicht sein, wenn sie nur die Grundsätze des Art. 6 DS-GVO wiederholt. Vielmehr muss sie auf den Schutz der Rechte und Freiheiten der Beschäftigten im Beschäftigungskontext abzielen und geeignete und besondere Maßnahmen nach Art. 88 Abs. 2 DS-GVO treffen.

§ 23 Abs. 1 S. 1 HDSIG bzw. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG erfordern für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung, genau wie Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO, lediglich, dass die Verarbeitung erforderlich ist. Nach Ansicht des EuGH „scheint“ § 23 Abs. 1 S. 1 HDSIG daher keine spezifischere Norm zu sein. Ob das tatsächlich der Fall ist, muss nun das vorliegende deutsche Gericht klären.

### FAZIT

*Vieles spricht dafür, dass § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG (und auch § 23 Abs. 1 S. 1 HDSIG) keine spezifischere Vorschrift darstellt. Kommt das vorliegende Gericht zu dieser Feststellung, gilt der Vorrang des Unionsrechts und die Verarbeitung von Beschäftigten-daten muss sich an der DS-GVO messen lassen. Hier sprechen gute Gründe dafür, zunächst einfach die Rechtsgrundlage des § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG mit einer Rechtsgrundlage der DS-GVO auszutauschen.*

*Wesentlich weitreichender könnten die gesetzgeberischen Folgen sein. Zum Redaktionsschluss hatte Bundesarbeitsminister Hubertus Heil ein eigenes Datenschutzgesetz für Beschäftigte angekündigt. Die Vorgaben, wann eine Norm spezifisch ist, hat der EuGH nun ja benannt. Im Beschäftigendatenschutz bleibt es also spannend.* ■

## 05 Künstliche Intelligenz im Öffentlichen Wirtschaftsrecht – ein Überblick (Teil 1)

„Erfolgreich künstliche Intelligenz zu erschaffen, wäre das größte Ereignis in der Geschichte der Menschheit. – Leider wäre es vielleicht auch das letzte.“

Das kontemplativ daher kommende Zitat von Astrophysiker Stephen W. Hawking klingt nach Dystopie und doch scheinen sich alle, die sich mit dem Thema Künstliche Intelligenz („KI“) befassen, einig zu sein. Neben den vielen positiven Aspekten, die die Technologie mit sich bringt, birgt KI enorme Gefahren und auch die Rechtspraxis steht vor Herausforderungen.

### KÜNSTLICHE INTELLIGENZ – WAS IST DAS EIGENTLICH?

Die von der EU-Kommission ins Leben gerufene „Hochrangige Expertengruppe für Künstliche Intelligenz“ definiert KI als ein „softwarebasiertes System, welches Daten wahrnimmt, interpretiert, verarbeitet und sodann entscheidet.“ Bildhaft lässt sich KI als ein künstliches neuronales Netzwerk darstellen, welches auf Basis von vorhandenen Daten neue, eigene Entscheidungen treffen kann. Anhand des maschinellen Lernens (sog. *Deep Learning*) lässt sich erläutern, wie das funktioniert. Eine Software soll lernen, einen Hund zu erkennen, und wird mit einer enormen Datenmenge in Form von unterschiedlichen Bildern gefüttert. Es erfolgt vorab die Kategorisierung in „Hund“ oder „kein Hund“. Je mehr die Software mit kategorisierten Bildern trainiert wird, desto besser kann sie später ein bisher noch nicht verarbeitetes Bild anhand von spezifischen Bildpunkten erkennen. Am Ende

erkennt die Maschine schneller und besser, was ein Hund ist, als ein durchschnittlicher menschlicher Betrachter. Bei der Erkennung von Krebsgewebe sind KI-Systeme bereits den meisten Fachärzten überlegen.

### DATENSCHUTZRECHT

Das Nutzen von KI setzt eine umfangreiche Datenverarbeitung voraus. Insoweit müssen Unternehmen und Behörden bei der Datenverarbeitung durch KI-basierte Systeme darauf achten, dass diese mit geltendem Datenschutzrecht vereinbar ist und welche Rechte und Pflichten sich für den Verwender der Software ergeben. Nach der DS-GVO ist der Einsatz von KI nicht grundsätzlich verboten. Zwar gilt ein (über den Wortlaut des Art. 22 Abs. 1 DS-GVO hinausgehendes) *generelles Verbot algorithmischer bzw. vollautomatisierter Entscheidungen*. Das heißt jedoch nicht, dass die Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch eine KI unzulässig ist oder diese nicht eine abschließende Entscheidung durch einen Menschen vorbereiten darf. Bei der entsprechenden Datenverarbeitung ist allerdings sicherzustellen, dass einzelne Personengruppen durch den Einsatz von KI-Systemen nicht diskriminiert werden. Darüber hinaus können *Transparenz- und Informationspflichten* für Betroffene zu beachten sein (z. B. Art. 13 Abs. 2 lit. f DS-GVO).

### GLÜCKSSPIELRECHT

Im Online-Glücksspielsektor greifen Anbieter bereits heute auf digitale Avatare zurück, um menschliche Arbeitskräfte wie Croupiers oder Dealer zu er-

setzen. Bei der Kommunikation mit Kunden werden Chat-Bots eingesetzt. Im Rahmen der Regulierung gibt es seit kurzem verbindliche Vorgaben im Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV 2021) für die Suchterkennung. So sind grundsätzlich alle Online-Glücksspielanbieter verpflichtet, ein „auf Algorithmen basierendes automatisiertes System zur Früherkennung von Glücksspiel-suchtgefährdeten Spielern und von Glücksspielsucht“ einzusetzen (§ 6i Abs. 1 S. 1 GlüStV 2021).



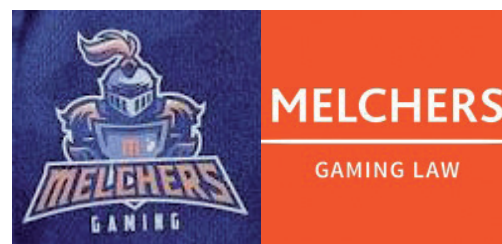
**NIKOLAI STRAIMER**

[n.straimer@melchers-law.com](mailto:n.straimer@melchers-law.com)

*ist seit Oktober 2019 Teil der Gaming & Betting Law Practice Group bei MELCHERS und berät in allen Fragen des Glücksspielrechts und des Verwaltungsrechts.*

### GELDWÄSCHERECHT

Das jährliche Geldwäschevolumen wird allein in Deutschland auf über 100 Milliarden Euro geschätzt. Davon wird nur etwa 1% aufgedeckt. Experten gehen davon aus, dass im Kampf gegen Geldwäsche KI bei der Erfüllung der Verpflichtungen nach dem Geldwäschegesetz (GwG) und dem Kreditwesengesetz (KWG), insbesondere beim Risikomanagement (§§ 4 ff. GwG), in Zukunft unterstützen muss, um diesen effektiver führen zu können. Sowohl beim Transaktionsmonitoring, welches bisher vor allem regel- und schwellenwertbasiert funktionierte, als auch im Bereich geldwäscherechtlicher Identifizierungspflichten (§§ 10 ff. GwG), den sogenannten KYC-Verfahren („*Know-Your-Customer*“), ist eine Anwendung von KI denkbar. Aufgrund der für die Prozesse erforderlicher Weise zu verarbeitenden Daten werden auch hier datenschutzrechtliche Regelungen zu beachten sein.



Fortsetzung folgt. ■





**MARTIN KOLLER-VAN DELDEN**

*m.koller.v.delden@melchers-law.com*

*LL.M., Maître en Droit, Fachanwalt für Arbeitsrecht, berät seit 20 Jahren Unternehmen in allen Fragen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts – von der Vertragsgestaltung bis hin zu umfassenden Restrukturierungen.*

## ml PRAXISREPORT

# 06 Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen von New Work – Interview des Wirtschaftsmagazin Pfalz mit Martin Koller-van Delden

Die neue Arbeitswelt ist geprägt durch Agilität, Selbstorganisation sowie örtliche und zeitliche Flexibilisierungswünsche der Mitarbeitenden. Für Arbeitgeber bedeutet dies permanent neue, insbesondere auch rechtliche Herausforderungen.

### **Welche Rolle spielt das Thema New Work in Ihrer Beratungspraxis?**

Eine große! Der Begriff beschreibt ja sehr treffend, dass die Arbeitswelt derzeit einem starken Wandel unterliegt, den man auch positiv als einen Aufbruch in eine neue Zeit mit großen Chancen beschreiben kann. Eine gute rechtliche Gestaltung ist nicht nur sehr hilfreich, sondern eine Voraussetzung dafür, die Chancen von New Work zu nutzen und die Risiken zu beherrschen.

### **Wo liegen die Schwerpunkte des Wandels bei New Work?**

Ganz klar bei der örtlichen und der zeitlichen Flexibilisierung der Arbeitswelt. Bewerber erwarten, dass sie zumindest einen Teil der Woche mobil von zu Hause aus arbeiten können, teils auch über die nationalen Grenzen hinweg. Auch zeitlich wollen sie flexibel sein, um sich beispielsweise während des Arbeitstags bestimmte Freizeitaktivitäten zu ermöglichen. Bei einer sinnvollen Umsetzung ist das Resultat eine größere Mitarbeiterzufriedenheit und eine höhere Produktivität.

### **Was bedeutet das in Bezug auf die Arbeitszeit?**

Die sinnvolle rechtliche Gestaltung der Arbeitszeit ist tatsächlich eine große Herausforderung.

Bei einer ausgewogenen arbeitsvertraglichen Gestaltung ist auch der Arbeitgeber bei New Work auf der Gewinnerseite: Der Arbeitnehmer bekommt nicht nur Flexibilität, sondern der Arbeitgeber kann diese auch in einem sinnvollen Maße einfordern. Bei der Vertragsgestaltung ist ein besonderes Augenmerk darauf zu legen, dass bei allem Bedarf an Flexibilität das antiquierte Arbeitszeitgesetz sowie die Rechtsprechung zur Arbeitszeiterfassung respektiert werden. Außerdem muss eine stillschweigende und unter Umständen teure Duldung von Überstunden durch gute vertragliche Gestaltung vermieden werden. Der Arbeitgeber muss hier die Arbeitnehmer mit in die Verantwortung nehmen, um vor bösen Überraschungen gefeit zu sein. Auch bei der Gestaltung der örtlichen Flexibilität ist vieles zu bedenken.

### **Was ist bei der Gestaltung von mobiler Arbeit zu regeln?**

Bei der Vertragsgestaltung ist zunächst zu unterscheiden: Soll der Arbeitnehmer verpflichtend von zu Hause tätig werden, auf einem gemäß den Maßgaben des Arbeitgebers eingerichteten Arbeitsplatz? Dann handelt es sich um Telearbeit, mit der Folge, dass der häusliche Arbeitsplatz vom Arbeitgeber auf seine Kosten eingerichtet und unterhalten werden muss und der Heimarbeitsplatz auch den Anforderungen der Arbeitsstättenverordnung genügen muss. Oder soll der Arbeitnehmer – was meistens der Fall ist – nur die Möglichkeit haben, von zu Hause aus mobil zu arbeiten, während es ihm offensteht,

auch im Betrieb tätig zu werden, eventuell am „Shared Desk“? Hier sind die arbeitsschutzrechtlichen Anforderungen geringer. Weiter sollte geregelt sein, unter welchen Maßgaben der Arbeitgeber etwa zur Sicherstellung und Überprüfung der Einhaltung des Datenschutzes Zugangsrechte zur Wohnung des Arbeitnehmers hat. Zum Datenschutz und zur Vertraulichkeit sollten technische Maßnahmen ergriffen werden, etwa Sichtschutzfolien am Laptop, Sperrung von USB-Anschlüssen, 2-Faktor-Authentifizierung, VPN-Tunnel. Auch sollte man vertragliche Regelungen treffen, nach denen beispielsweise dienstliche Unterlagen verschlossen verwahrt werden müssen und sicherzustellen ist, dass ein Arbeitsplatz ohne Einsicht von Dritten besteht und dritte Personen keine dienstlichen Telefonate mithören.

### **Muss ein neuer Arbeitsvertrag geschlossen werden, wenn während des laufenden Arbeitsverhältnisses New Work eingeführt wird?**

Das ist rechtlich nicht erforderlich. Allerdings ist eine schriftliche Ergänzungsvereinbarung dringend zu empfehlen, denn für beide Seiten sollten die für sie jeweils wichtigen Regelungen verbindlich sein. So wie etwa für den Arbeitnehmer wichtig ist, dass er eine verlässliche zeitliche oder örtliche Autonomie hat, ist es für den Arbeitgeber umgekehrt wichtig, dass eine verlässliche Erreichbarkeit gegeben ist.

### **Was gilt in Unternehmen mit Betriebsrat?**

Der Betriebsrat hat grundsätzlich kein Mitbestimmungsrecht bei der Entscheidung, ob mobile Arbeit eingeführt wird oder nicht. Allerdings bestehen mannigfaltige erzwingbare Mitbestimmungsrechte bei der inhaltlichen Ausgestaltung, zum Beispiel bei der Regelung der Lage und Flexibilisierung der Arbeitszeit. Der Be-



etriebsrat ist bei der Gestaltung der Arbeitsplätze und bei der Gefährdungsbeurteilung zu beteiligen. Er hat des Weiteren ein umfassendes Mitbestimmungsrecht bei der Einführung jeder Art von IT-Hardware und Software. Nach dem neuen § 87 Abs. 1 Nr. 14 Betriebsverfassungsgesetz hat der Betriebsrat ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht bei der Ausgestaltung von mobiler Arbeit. Besteht also ein Betriebsrat, ist er bei Einführung von New Work zwingend zu beteiligen. Je nach

Fall kann die Beteiligung im Rahmen der Anpassung bereits bestehender Betriebsvereinbarungen (BVen) oder auch durch Gestaltung neuer BVen, zum Beispiel einer gesonderten BV zu mobiler Arbeit, sinnvoll sein.

Aus der Notwendigkeit einer Verständigung mit dem Betriebsrat und der Möglichkeit von BVen, die normativ wirken und daher eine vertragliche Regelung teilweise ersetzen können, folgt für Arbeitgeber mit Betriebsrat, dass mit

dem einzelnen Mitarbeiter unter Umständen nur noch eine sehr kurze individuelle Vertragsergänzung erforderlich ist (gegebenenfalls mit einem Formschreiben), während im Übrigen auf die betrieblichen Regelungen verwiesen wird.

### **Sind die Beschäftigten bei Arbeit im Homeoffice eigentlich unfallversichert?**

Ja, das ist der Fall. Mit dem Betriebsrätemodernisierungsgesetz hat auch für Betriebe ohne Be-

etriebsrat der Gesetzgeber die Regeln zum gesetzlichen Unfallversicherungsschutz speziell für die mobile Arbeit oder das Homeoffice ergänzt und ausdrücklich klargestellt, dass der Versicherungsschutz in gleichem Umfang besteht wie bei Ausübung der Tätigkeit an der Unternehmensstätte.

*Das Interview ist zuerst erschienen im Wirtschaftsmagazin Pfalz der IHK Pfalz, Ausgabe 03/04 2023.* ■

## **ml** VERANSTALTUNG

### Arbeitsrecht trifft Datenschutz – Ausgewählte Fragen des Beschäftigten-datenschutzes

Vom Bewerbermanagement bis zur Löschung von Beschäftigten-daten – datenschutzrechtliche

Fragestellungen spielen regelmäßig eine Rolle im Arbeitsverhältnis. Wir bringen Sie zu ausgewähl-

ten Fragen des Beschäftigten-daten-schutzes auf den neuesten Stand.

Für weitere Informationen und die Anmeldung nutzen Sie bitte den QR-Code. Leider liegt der Anmeldeschluss für unser

Seminar nahe am Versanddatum dieser Ausgabe der melchers law. Aus diesem Grund nehmen wir Ihre Anmeldung im Rahmen der vorhandenen Kapazitäten auch noch bis kurz vor Seminarbeginn entgegen. ■

**Termin:** Freitag, 12.05.2023, 13.00 Uhr  
**Ort:** Heidelberg, Im Breitspiel 21  
**Veranstalter:** MELCHERS Rechtsanwälte  
**Referenten:** RA Dominik Gallini, RA Johannes Fischer



## **ml** VERANSTALTUNG

### Veranstaltungsreihe „Rechtssicheres Direktmarketing“

Gutes Marketing und erfolgreiche Kundenakquise sind maßgeblich für den Erfolg eines Unternehmens. Doch nicht jede Marketingmaßnahme ist erlaubt! Gerade beim Direktmarketing gibt es viele Einschränkungen. Wie Sie im „Gesetzesdschungel“ rechtlich

einwandfrei Marketing betreiben und sich gegen unlauteren Wettbewerb schützen, erfahren Sie in der Veranstaltungsreihe „Rechtssicheres Direktmarketing“ der IHK Frankfurt am Main. Referent:innen der Seminarreihe sind Rechtsanwält:innen von MELCHERS. Jede Veranstaltung ist inhaltlich in sich abgeschlossen und zeigt mit vielen Praxisbeispielen, was geht und was nicht geht.

Nutzen Sie für nähere Informationen und die Anmeldung gerne die QR-Codes. ■

**Titel:** Kobra, löschen Sie!  
**Der richtige Umgang mit Werbewidersprüchen, Auskunfts- und Löschverlangen**

**Termin:** Freitag, 23.06.2023, 9:30 bis 13:00 Uhr  
**Ort:** Frankfurt am Main  
**Veranstalter:** IHK Frankfurt am Main  
**Referenten:** RA Dr. Dennis Voigt, RA Johannes Fischer, MELCHERS



**Titel:** Ich habe heute leider keine Sterne für Dich – Fluch und Segen von Bewertungen und Produktempfehlungen

**Termin:** Freitag, 08.09.2023, 9:30 bis 13:00 Uhr  
**Ort:** Frankfurt am Main  
**Veranstalter:** IHK Frankfurt am Main  
**Referenten:** RAin Miriam Ewig, RA Johannes Fischer, MELCHERS



**Titel:** You've got mail – Newslettertools in der Praxis  
**Termin:** Freitag, 24.11.2023, 9:30 bis 13:00 Uhr  
**Ort:** Frankfurt am Main  
**Veranstalter:** IHK Frankfurt am Main  
**Referenten:** RA Dr. Dennis Voigt, RAin Katharina Ebbecke, MELCHERS





**DR. BODO VINNEN**

b.vinnen@melchers-law.com

*berät seit vielen Jahren Unternehmen aus dem In- und Ausland in den Bereichen Mergers & Acquisitions (M&A), Gesellschaftsrecht sowie (internationales) Handelsrecht. Häufig begleitet er dabei auch grenzüberschreitende Projekte. Dr. Vinnen ist langjähriger Dozent für Außenwirtschaftsrecht/Exportkontrollrecht an der renommierten Frankfurt School of Finance and Management, Frankfurt am Main.*

## ml DATENSCHUTZRECHT

# 07 Geldwäsche-Compliance – Weitere Pflichten für Unternehmen durch neue EU-Geldwäscheverordnung?

Die Mitgliedstaaten der EU haben bisher – basierend auf EU-Richtlinien, die im Wege nationaler Gesetzgebung umzusetzen sind – jeweils eigene gesetzliche Vorschriften für die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung erlassen. Nun soll mit dem Ziel der Harmonisierung eine einheitliche Regelung durch eine in jedem Mitgliedsstaat unmittelbar geltende EU-Geldwäscheverordnung geschaffen werden.

Den Entwurf hierfür hat die EU-Kommission im Sommer 2021 vorgelegt. Im Dezember 2022 hat der Rat der EU (Vertretung der Mitgliedstaaten) hierzu seinen Standpunkt veröffentlicht. Hieran schließen sich nun die Trilogverhandlungen mit dem Europäischen Parlament an. Die neue EU-Geldwäscheverordnung soll voraussichtlich 2025 in Kraft treten. Nach dem Vorschlag der EU-Kommission und der Stellungnahme des Rates ist insbesondere mit den nachfolgenden Änderungen zu rechnen.

### AUSWEITUNG DES KREISES DER VERPFLICHTETEN

Der Kreis der Verpflichteten, die Maßnahmen zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung vorzunehmen haben, wird ausgeweitet. Erfasst werden, neben Unternehmen aus der Finanz- und Versicherungsbranche, Immobilienmaklern und Güterhändlern etc., nun auch Anbieter von Krypto-Dienstleistungen, Crowdfunding-Plattformen, Juweliere und Drittfinanzierungsvermittler.

### FESTLEGUNG DER SORGFALTS-PFLICHTEN

Die Sorgfaltspflichten im Hinblick auf die Beziehung zu Geschäftspartnern, insbesondere auch die Pflichten betreffend das Gebot „Know-Your-Customer“, werden detailliert festgelegt.

### WIRTSCHAFTLICH BERECHTIGTER

Der Begriff des „wirtschaftlich Berechtigten“, also der natürlichen Person, die hinter dem Geschäftspartner steht, wird ausführlich geregelt. Hierzu müssen die zwei Komponenten *Eigentum und Kontrolle* von den Verpflichteten analysiert werden, um zu beurteilen, wer die wirtschaftlichen Eigentümer des Geschäftspartners sind. Bisher muss eine natürliche Person als unmittelbarer Gesellschafter über eine Kapital- oder Stimmrechtsbeteiligung von mehr als 25% auf der ersten Ebene der Beteiligung verfügen, um wirtschaftlich Berechtigter zu sein. Bei *mehrstufigen Beteiligungsverhältnissen* ist wirtschaftlich Berechtigter nur die natürliche Person, welche die Zwischengesellschaft kontrolliert, die auf der ersten Ebene eine Beteiligung von mindestens 25% hält. Hierfür bedarf es einer Kapital- oder Stimmrechtsmehrheit von mehr als 50%. Bei solchen mehrschichtigen Beteiligungsverhältnissen sollen nun auch Kapital-, Stimm- oder sonstige Kontrollrechte von deutlich unter 50% für eine wirtschaftliche Berechtigung ausreichen können.

Verpflichtete haben nach dem derzeit geltenden Recht den Namen des wirtschaftlich Berechtigten und nur im Einzelfall risiko-

angemessen weitere Daten zu erheben. Zukünftig besteht die Verpflichtung, in jedem Fall auch den Geburtstag, den Geburtsort, die Wohnanschrift, die Nationalität und die nationale Identifikationsnummer (Reisepass-/Steuernummer) festzustellen und zu dokumentieren.

### EINSICHTNAHME INS TRANSPARENZREGISTER

Bisher konnten detaillierte Informationen über den wirtschaftlich Berechtigten aus dem deutschen *Transparenzregister* unbeschränkt abgerufen werden. Nach einem Urteil des EuGH vom 22.11.2022 (Rs. C-37/20, C-601/20), welches das luxemburgische Register betraf, ist diese *unbegrenzte Einsichtnahmemöglichkeit* jedoch *unzulässig*. Der freie Zugang verstoße gegen die Grundrechte auf Achtung des Privatlebens und auf den Schutz personenbezogener Daten. Denn hierdurch sei für jedermann die Möglichkeit eröffnet, ein umfassendes Profil mit bestimmten persönlichen Identifizierungsdaten der Vermögenslage der Betroffenen zu erstellen, die sich gegen eine missbräuchliche Verwendung nicht angemessen wehren können. Dieser Eingriff werde durch den Zweck der Verhütung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung nicht gerechtfertigt, da er nicht auf das absolut Erforderliche begrenzt und daher nicht angemessen sei. Folglich ist nun für den Zugang zum deutschen Transparenzregister der *Nachweis eines berechtigten Interesses* an der Einsichtnahme erforderlich.

### FAZIT

*Insgesamt ist durch die zu erwartende EU-Geldwäscheverordnung mit einem erhöhten Compliance-Aufwand für verpflichtete Unternehmen zur Erfüllung ihrer Sorgfaltspflichten, insbesondere zur Identifizierung der Geschäftspartner, zu rechnen.* ■

## 08 Die wettbewerbliche Eigenart: Eingangstor zum wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz

Kennen Sie das auch? Sie vertreiben ein Produkt oder bieten eine Dienstleistung an, die am Markt eine gute Resonanz erfährt, und müssen feststellen, dass ein Konkurrent „genau das Gleiche“ tut.

In der Beratungspraxis berichten Mandanten häufig hiervon und möchten wissen, ob sie sich dagegen zur Wehr setzen können.

In vielen Fällen verfügen die Mandanten für ihre Produkte oder Dienstleistungen (gemeinsam nachfolgend: „Leistungen“) über *Schutzrechte*, wie etwa ein Patent, eine Marke, ein eingetragenes Design oder ein Urheberrecht. Das ist relativ „komfortabel“, denn sie haben die Schutzrechte erworben, um sich gerade für solche Fälle zu wappnen.

Was geschieht aber, wenn diese Schutzrechte „nicht greifen“ oder keine vorhanden sind? Sind Betroffene dann rechtlos und müssen die Konkurrenzsituation hinnehmen? Darauf folgt die Lieblingsantwort des Juristen: „Es kommt darauf an.“ Aber worauf kommt es genau an?

Betroffene können sich gegebenenfalls auf den sogenannten *wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz* berufen, welcher etwa *Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche* einräumt. Um in seinen Genuss zu kommen, ist eine der Voraussetzungen, dass die (potenziellen) Kunden diese Leistung als von einem bestimmten Hersteller oder Dienstleister stammend identifizieren können (sogenannte *wettbewerbsrechtliche Eigenart*).

Oftmals tendieren Betroffene dazu, dies ohne Weiteres anzunehmen, weil sie an ihre Leistung glauben sowie diese als (hoch) wertig und „allseits bekannt“ ansehen. In der „rechtlichen Realität“ ist diese *Feststellung meist komplexer*. So kann diese Feststellung bei anonymen Massenprodukten herausfordernd sein, bei Luxusprodukten hingegen oft leichter fallen.

Dies bedeutet allerdings nicht, dass, wenn die wettbewerbsrechtliche Eigenart bejaht werden kann, automatisch Ansprüche des Herstellers oder Dienstleisters bestehen. Es ist noch mehr erforderlich, wie etwa, dass die vom Konkurrenten angebotene Leistung eine Nachahmung ist oder der „gute Ruf“ der Leistung ausgenutzt oder beeinträchtigt wird. Die wettbewerbsrechtliche Eigenart ist jedoch der Grundbaustein. Wie schnell dieser gelegt ist, haben kürzlich das OLG Köln sowie das LG Düsseldorf aufgezeigt.

### ENTSCHEIDUNG DES OLG KÖLN VOM 04.11.2022

Das OLG Köln (Az.: 6 U 183/21) befasste sich mit *hölzernen (Kinder-)Spieltürmen* für den Außenbereich. Diesen sprach es eine *wettbewerbsliche Eigenart* zu. Das war nicht selbstverständlich, denn deren modulare Konstruktion, Gebrauchszweck und die von vielen Herstellern verwendete Gestaltungsgrundlage (zentraler Turm mit angesetzten Spielgeräten, wie Rutsche, Kletterseil und Schaukel) waren bekannt und im Marktsegment verbreitet. Entscheidend war jedoch das Zusammenwirken der Elemente.

Die Klägerin verwendete eckige Balken als Tragelemente und breite Bretter im Bereich der Ausgestaltung von Stufen, Geländern, Böden und Flächen. Sie teilte das Gerät klar auf in einen Spielturm auf der einen und eine Stützkonstruktion auf der anderen Seite.

### ENTSCHEIDUNG DES LG DÜSSELDORF VOM 20.12.2022

Das LG Düsseldorf (Az.: 14c O 77/21) nahm die wettbewerbsliche Eigenart eines *Einhebelmischers* an – also eines Wasserhahns mit einem Hebel für kaltes und warmes Wasser. Die Klägerin legte dar, dass sie den Einhebelmischer seit Jahren unverändert auf dem Markt vertreibt und er aufgrund seiner schlichten Gestaltung, die im Wesentlichen rechteckig sei und bei der der – massiv gestaltete – Mischhebel am Ende des Zulaufrohrs angebracht sei, im Marktsegment wiedererkannt werden würde. Der Begründungsaufwand der Klägerin war vergleichsweise gering.

### TIPP

*Sollten Sie mit einer Konstellation befasst sein, in der ein Konkurrent von Ihnen „genau das Gleiche“ wie Sie macht, Sie aber über keine Schutzrechte verfügen, lassen Sie prüfen, ob Sie über Ansprüche aufgrund wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes verfügen. Sie können sich zur Eigenkontrolle vorab folgende Frage stellen: Ist Ihre Leistung so individuell, dass Ihre (potenziellen) Kunden diese aus der Vielzahl der in Ihrem Marktsegment verfügbaren Leistungen heraus identifizieren und mit einem bestimmten Hersteller oder Dienstleister assoziieren würden? Falls ja, sprechen Sie uns gerne an. Wir unterstützen Sie bei der weiteren Prüfung und Durchsetzung Ihrer Rechte.* ■



**DR. SEBASTIAN PETRACK**

s.petrack@melchers-law.com

*LL.M., ist vor allem im Bereich des Gewerblichen Rechtsschutzes sowie im IT-Recht tätig. Ein weiterer Schwerpunkt seiner Mandatsbetreuung liegt im Vertragsrecht.*

## MELCHERS ist EXPO-Partner des SPOBIS

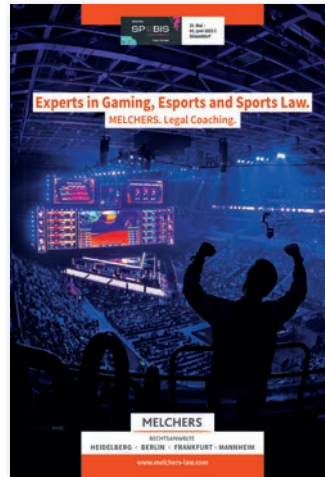
Die MELCHERS Praxisgruppen Sport & Esport sowie Gaming & Betting Law sind auch in diesem Jahr wieder auf dem Sportbusinesskongress (SPOBIS) als offizieller EXPO-Partner mit einem eigenen Stand vertreten. Wir freuen uns, viele Mandanten und Freunde am 31.05. sowie 01.06.2023 in Düsseldorf auf dem SPOBIS wiederzusehen und an unserem Stand neben der Präsentation eines Live-Esport-Events auch über aktuelle Themen im Sportbusiness zu diskutieren.

Der SPOBIS ist Europas größtes Sportbusiness-Event und bringt das Sportbusiness-Whos' who zusammen. Menschen und Unternehmen aus der Branche tauschen Ideen aus, treffen aktuelle und künftige Geschäftspartner

und schließen wertvolle Partnerschaften.

Die Mitglieder der MELCHERS Praxisgruppe Sport & Esport verbinden Branchenkenntnis mit dem spezifischen juristischen Fachwissen, etwa im Verbands- und Gesellschaftsrecht, dem Arbeitsrecht und der Sportgerichtsbarkeit, und sind mit allen relevanten Akteuren gut vernetzt. Zum Mandantenkreis gehören etwa Sportler und Esportler aus Profiteams, Vereine und Kapitalgesellschaften aus dem Amateur- und Profisport sowie Sponsoren, sonstige Werbetreibende und Medienunternehmen.

Seit mehr als 30 Jahren berät die MELCHERS Gaming & Betting Law Practice Group Spielbanken,



iGaming-Anbieter (vor allem aus dem Sportwett- und Online-Casinobereich), Spielgerätehersteller, Softwareentwickler, Spielstättenbetreiber, Testing Labs und Startup-Unternehmen. Neben der rechtlichen Expertise kennen unsere Practice Group-Mitglieder die Branche, haben ein Gespür für den Markt und sind hervorragend national sowie international vernetzt mit den weltweit führenden Glücksspielrechtsexperten und Regulierungsbehörden. ■

## Johannes Fischer

MELCHERS Heidelberg



**Johannes Fischer ist seit Oktober 2019 als Rechtsanwalt bei MELCHERS tätig.**

Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt auf dem Gebiet des Datenschutzrechts.

**Was ist Ihr Lebensmotto bzw. Lieblingszitat?**

„Auf jetzt, zu!“ – ein geflügelter Ausdruck meines Vaters, der Geschäftsführer ist, wenn 's mal wieder schnell gehen muss.

**Was reizt Sie am Datenschutzrecht?**

Im Datenschutzrecht sind unterschiedliche Interessen in Einklang zu bringen. Das Rechtsgebiet entwickelt sich aktuell sehr dynamisch. Dies mit dem stetigen technischen Fortschritt in Einklang zu bringen, erfordert Mut.

**Was ist für ein gutes Verhältnis zum Mandanten wichtig?**

Geradlinigkeit in der Kommunikation, Verlässlichkeit im Handeln.

**Wie verbringen Sie Ihre Freizeit am liebsten?**

Mit meinen Kindern und meiner Frau, ansonsten in Restaurants.

**Wohin soll Ihre nächste Reise gehen?**

Allein in die Eifel mit Freunden und mit der Familie nach Sardinien.

**Was möchten Sie unbedingt einmal im Leben tun?**

Ich würde sehr gerne eine Straßenrallye fahren sowie mit der Familie in einem Haus am Meer wohnen. Beruflich möchte ich unbedingt einmal eine Rechtssache vor dem EuGH verhandeln. ■

## IMPRESSUM

### HERAUSGEBER

Melchers Rechtsanwälte  
Partnerschaftsgesellschaft mbB  
Sitz Heidelberg  
Amtsgericht Mannheim PR 700195

### CHEFREDAKTION

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

### KONZEPTION UND GESTALTUNG

CT Medienberatung, Wiesloch  
bfiw tailormade communication  
GmbH, Neustadt a. d. Weinstraße

### ERSCHEINUNGSWEISE

4 Ausgaben pro Jahr

### NACHBESTELLUNGEN

info@melchers-law.com

### STANDORTE UND KONTAKT

HEIDELBERG  
Im Breitspiel 21, 69126 Heidelberg  
T +49-(0)6221-18 50-0  
F +49-(0)6221-18 50-1 00  
E heidelberg@melchers-law.com

BERLIN  
Katharinenstraße 8, 10711 Berlin  
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  
Solmsstraße 71  
60486 Frankfurt/Main  
T +49-(0)69-6 53 00 06-0  
F +49-(0)69-6 53 00 06-40  
E frankfurt@melchers-law.com

MANNHEIM  
O4, 7  
68161 Mannheim  
T +49-(0)621-411025  
F +49-(0)621-411027  
E mannheim@melchers-law.com

www.melchers-law.com