

## Recht

### THEMENÜBERSICHT

- Editorial 2
- Aktien- und Kapitalmarktrecht**
- BGH: Keine verdeckte Sacheinlage durch Beratungsleistungen ("Eurobike") 2
- OLG Stuttgart: Vorstandshaftung und Vertrauen auf anwaltlichen Rat 2
- GmbH-Recht**
- OLG Celle: Außerordentliche Kündigung eines Geschäftsführers wegen Herunterladens von Hackersoftware 3
- OLG Jena: Außerordentliche Kündigung des Geschäftsführers wegen fehlender interner Kontrollsysteme 3
- Arbeitsrecht**
- BAG: Verwirkung des Widerspruchsrechts bei Betriebsübergang 4
- BAG: Rückzahlung von Fortbildungskosten 4
- Familien- und Erbrecht**
- OLG Köln: Sittenwidrigkeit eines „Behindertentestamentes“ sowie eines Pflichtteilsverzichtsvertrags 5
- Insolvenzrecht**
- BGH: Keine Haftung des Geschäftsführers für Masseschmälerung bei bloßem Gläubigertausch 6
- BGH: Befriedigung einzelner Insolvenzgläubiger aus dem insolvenzfreien Vermögen 6
- Allgemeines Zivilrecht/Kaufrecht**
- BGH: Eine einvernehmliche Verwendung von Musterverträgen unterliegt nicht den AGB-Vorschriften 7
- LG Mannheim: Aufspaltungsverbot bei Softwarelizenzen 7
- Sonstiges**
- Kurz notiert 8

## Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

wir bedanken uns herzlich für die positive Resonanz auf unsere Erstausgabe des NewSPaper Recht, die wir Ihnen Ende des ersten Quartals 2010 präsentiert haben. Künftig werden wir Sie jedes Quartal über die aktuellen Entwicklungen auf dem Laufenden halten.

Unseren NewSPaper Recht finden Sie auch im Internet unter [www.susat.de/deutsch/newsletter](http://www.susat.de/deutsch/newsletter) – gerne können Sie ihn dort auch online abonnieren.

Viel Freude bei der Lektüre wünschen Ihnen



## BGH: Keine verdeckte Sacheinlage durch Beratungsleistungen ("Euro-bike")

- Knapp ein Jahr nach seiner „Qivive“-Entscheidung (II ZR 120/07) bestätigt der BGH mit Urteil vom 1.2.2010 (II ZR 173/08) seine Rechtsprechung zum Themenkomplex „Dienstleistungen als verdeckte Sacheinlage“ für die AG. Der Beklagte, ein Aktionär der Eurobike AG, hatte die Gesellschaft gegen Honorar laufend beraten. Im Zuge einer Kapitalerhöhung erwarb er gegen Bareinlage weitere Aktien hinzu. Die Gesellschaft fiel in Insolvenz und der Insolvenzverwalter klagte auf nochmalige Zahlung der Einlage, da die Beratungsleistungen nach Auffassung des Insolvenzverwalters einen Fall der verdeckten Sacheinlage darstellten und die Einlage daher nicht wirksam geleistet worden sei.

Der BGH ist dem nicht gefolgt und hat in Fortführung seiner „Qivive“-Rechtsprechung geurteilt, dass die **Grundsätze der verdeckten Sacheinlage** (vgl. § 27 Abs. 3 AktG) auf **Dienstleistungen**, die der Bezieher neuer Aktien im zeitlichen Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung entgeltlich für die AG erbracht hat, **keine Anwendung** finden. Auch sei hierin **kein Hin- und Herzahlen** (vgl. § 27 Abs. 4 AktG) zu erkennen, wenn die gezahlte Vergütung einem **Drittvergleich** standhält, die Einlage nicht zur Bezahlung des Entgelts reserviert wird und die Leistung objektiv und auch aus Sicht der Gesellschaft **werthaltig** ist.

### Praxishinweis

Neu gegenüber der „Qivive“-Entscheidung ist bezogen auf das Hin- und Herzahlen insbesondere die Betonung des Drittvergleichs und der Werthaltigkeit der Leistung.



Gesellschaften und ihre Gesellschafter – dies gilt gleichermaßen für GmbHs wie für AGs – werden sich hierauf einzustellen haben. Ansonsten drohen unliebsame Überraschungen.

☎ Frederik Seifert, Tel. 040 415 22-488

## OLG Stuttgart: Vorstandschaft und Vertrauen auf anwaltlichen Rat

- Das OLG Stuttgart (Urteil vom 25.11.2009, 20 U 5/09) hatte sich im Rahmen einer Schadensersatzklage gegen den ehemaligen Finanzvorstand einer AG mit der Frage zu befassen, ob der Vorstand – für den Geschäftsführer einer GmbH gilt Entsprechendes – bei fehlender eigener Sachkunde dem eingeholten anwaltlichen Rat vertrauen darf und er hierdurch „enthaftet“ wird.

Im Anschluss an ein zum Vertrauen auf den Rat eines Wirtschaftsprüfers ergangenes Urteil des BGH aus dem Jahr 2007 bejahte das Gericht die Frage, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Der Vorstand muss den Rechtsberater **sorgfältig auswählen** und sich **selbst** von der Sachkunde des Anwalts vergewissern. Das Vertrauen auf die bloße Empfehlung (bspw.) des Aufsichtsratsvorsitzenden genüge nicht.
- Der Rechtsberater muss **unabhängig** und **fachlich qualifiziert** sein.
- Der Vorstand muss dem Rechtsberater den **Sachverhalt zutreffend** und **vollständig** schildern. Die diesbezüglich vom Gericht aufgestellten Anforderungen sind sehr hoch.
- Zuletzt muss der Vorstand die Auskunft einer eigenen Plausibilitätskontrolle unterziehen.

#### Praxishinweis

Nicht zu entscheiden brauchte das Gericht die Fragen, ob der Vorstand zwingend einen externen Anwalt einschalten muss oder sich auch auf die Auskunft seiner Rechtsabteilung verlassen darf und ggf. auch eine mündliche Auskunft ausreicht. Wir würden beides bejahen. Allerdings sollte die mündliche Auskunft die Ausnahme bleiben.



☎ **Stefan Thoß, Tel. 040 415 22-163**

- Das OLG Celle hat in seinem Urteil vom 27.1.2010 (9 U 38/09) zur **Rechtmäßigkeit** einer **außerordentlichen Kündigung** des Anstellungsvertrages des alleinigen Geschäftsführers wegen des **Herunterladens von Hackersoftware** auf den dienstlichen Computer entschieden.

Der Kläger – Geschäftsführer einer GmbH – sah sich auf der Grundlage verschiedener Anschuldigungen einer fristlosen Kündigung ausgesetzt. Das OLG Celle hat hierzu ausgeführt, dass allein schon das Herunterladen eines als Hackersoftware einzuordnenden Computerprogramms wegen Verstoßes gegen § 95a Abs. 3 UrhG rechtswidrig ist und eine rechtmäßige außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrages begründet. Auf die Frage, zu welchem Zweck der Kläger die Hackersoftware installiert habe, komme es nicht an. Damit schließt sich das Gericht der Rechtsprechung des BGH an, der auf ein **subjektives Merkmal verzichtet**. Zugleich entschied das OLG, dass eine **Videoüberwachung** zum Nachweis der Anwesenheit des Angestellten gegen dessen Persönlichkeitsrecht verstößt und eine fristlose Kündigung daher aufgrund eines **Beweisverwertungsverbots** nicht auf derart festgestellte häufige Fehlzeiten gestützt werden kann.

OLG Celle: Außerordentliche Kündigung eines Geschäftsführers wegen Herunterladens von Hackersoftware

#### Praxishinweis

Das Urteil des OLG Celle schafft Rechtssicherheit für Unternehmen. Es entfällt die Schwierigkeit für das kündigende Unternehmen, im Rahmen der Darlegungs- und Beweislast etwaige Rechtfertigungsgründe des Mitarbeiters zu widerlegen und subjektive Motive nachzuweisen. Für den Mitarbeiter bedeutet dies eine erhebliche Belastung. Es ist daher für beide Seiten anzuraten, bei der Gestaltung des Anstellungsvertrags hierauf ein besonderes Augenmerk zu richten.



☎ **Viktoria Mildner, Tel. 040 415 22-144**

- Das OLG Jena – Urteil vom 12.8.2009 (7 U 244/07) – hatte über die fristlose Kündigung eines Geschäftsführers einer Konzernobergesellschaft zu entscheiden, dem die Verletzung seiner Aufsichts- und Überwachungspflichten in Bezug auf Verfehlungen seines Mitgeschäftsführers zur Last gelegt worden war. Letzterer hatte nachgewiesenermaßen Tochtergesellschaften zur Ausstellung von Scheinrechnungen angewiesen. Daraufhin war auch dem Kläger fristlos gekündigt worden. Das OLG Jena hielt die Kündigung für gerechtfertigt.

OLG Jena: Außerordentliche Kündigung des Geschäftsführers wegen fehlender interner Kontrollsysteme

Das Gericht stellt heraus, dass die Geschäftsführung ein **effizientes Kontrollsystem** für die Obergesellschaft und die Tochtergesellschaften einzurichten habe, durch welches die Ausstellung von Scheinrechnungen verhindert werden könne. Diese Verpflichtung trifft **sämtliche Geschäftsführer** und nicht etwa nur den für die Finanzen zuständigen Geschäftsführer. Es handelt sich insoweit um eine grundlegende Geschäftsführungsaufgabe, für die eine wechselseitige Überwachungspflicht aller Geschäftsführer besteht.

## Praxishinweis

Die Bedeutung der Entscheidung liegt insbesondere darin, dass das Gericht auch bei der GmbH ein **konzernweites Kontroll- und Überwachungssystem** für notwendig erachtet. Während AGs schon wegen § 91 Abs. 2 AktG in der Regel über ausdifferenzierte Überwachungssysteme verfügen, ist dies in GmbH-Konzernen oftmals nicht der Fall. Hiervor kann angesichts der sonst drohenden Konsequenzen für die Geschäftsführung nur gewarnt werden.



📞 Sigrun Mast, Tel. 040 415 22-136

## BAG: Verwirkung des Widerspruchsrechts bei Betriebsübergang

- Das BAG (Urteil vom 23.7.2009, 8 AZR 357/08) hatte sich wieder einmal mit einem Betriebsübergang (§ 613a BGB) zu befassen. Konkret ging es darum, ob das Widerspruchsrecht eines Arbeitnehmers, der, nachdem er nicht ordnungsgemäß über den Betriebsübergang belehrt worden war, dem Betriebsübergang erst 15 Monate danach widersprochen und zudem bereits einen Aufhebungsvertrag mit dem Erwerber des Betriebs geschlossen hatte, **verwirkt** war.

Das BAG bejahte die Frage. Schon nach bisheriger Rechtsprechung des BAG setzt die Verwirkung kumulativ das Vorliegen eines **Zeit-** und eines **Umstandsmoments** voraus. Es existiert aber keine feste Grenze, wie viel Zeit verstrichen sein muss, damit das Zeitmoment erfüllt ist. Der hier verstrichene Zeitraum von 15 Monaten reichte aber nach Auffassung des BAG aus. Darüber hinaus präzisiert das BAG in der Entscheidung seine Rechtsprechung hinsichtlich des Umstandsmoments: Dieses sieht das BAG als erfüllt, wenn der Arbeitnehmer über sein Arbeitsverhältnis **„disponiert“** hat. Eine solche Disposition liege in dem Abschluss des Aufhebungsvertrags mit dem Erwerber.

## Praxishinweis

Bei verspätet eingegangenen Widersprüchen von Arbeitnehmern gegen einen Betriebsübergang sollte geprüft werden, ob der Arbeitnehmer über das Arbeitsverhältnis bereits disponiert hat. In den Urteilgründen findet sich der Hinweis, dass nicht nur ein Aufhebungsvertrag als **Disposition über das Arbeitsverhältnis** anzusehen sei, sondern auch die Hinnahme einer Kündigung oder die Begründung eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses.



📞 Diana Kobl, Tel. 089 368 49-277

## BAG: Rückzahlung von Fortbildungskosten

- Das BAG hat mit Urteil vom 15.9.2009 (3 AZR 173/08) zur Rückzahlung von arbeitgeberfinanzierten Fortbildungskosten Stellung genommen. Die Entscheidung enthält zwei wesentliche Fragenkreise. Zum einen die Frage der Verwendung von **von Dritten vorformulierter Muster** durch den Arbeitgeber (z. B. das von dem Bildungsträger zur Verfügung gestellte Formular) und

zum anderen die Frage, wann der Arbeitnehmer für den Fall einer Kündigung zur **Rückzahlung der Fortbildungskosten** verpflichtet werden kann, m. a. W. die Frage der höchstzulässigen Bindungsdauer der Arbeitnehmer.

Danach gilt, dass AGB auch dann vorliegen, wenn der Arbeitgeber von Dritten erstellte Formulare verwendet. Dies hat zur Folge, dass die restriktiven AGB-Regelungen in vollem Umfang Anwendung finden.

Hinsichtlich der zulässigen Bindungsdauer stellt das BAG eine Stufenregelung auf:

Dauer der Fortbildung:	Zulässige Bindungsdauer:
Bis zu einem Monat	bis zu sechs Monaten
Bis zu zwei Monaten	bis zu einem Jahr
Drei bis vier Monate	bis zu zwei Jahren
Sechs Monate bis zu einem Jahr	nicht länger als drei Jahre
Mehr als zweijährige Dauer	nicht länger als fünf Jahre

### Praxishinweis

Für die Praxis bedeutet dies, dass Vereinbarungen mit Arbeitnehmern zur Rückzahlung von Fortbildungskosten möglichst individuell formuliert werden sollten, um die Klauselkontrolle nach dem Recht der AGB zu vermeiden. Weiter sollte die Bindungsdauer unbedingt beachtet werden, da deren Verletzung zur **Unzulässigkeit** der gesamten Rückzahlungsabrede führt.



 **Alexander Hamminger, Tel. 040 415 22-130**

■ Das OLG Köln (Urteil vom 9.12.2009, 2 U 46/09) hatte über ein gemeinschaftliches Testament zu urteilen, mit dem Eltern ihr (lern-)behindertes, durch den **Sozialhilfeträger unterstütztes** (aber ansonsten voll geschäftsfähiges, volljähriges) **Kind** unter Pflichtteilsverzicht nur als nicht befreiten Vorerben auf einen den Pflichtteil kaum übersteigenden Erbteil eingesetzt und bei seinem Tod ein anderes Kind als Nacherben berufen haben (sog. Behindertentestament). Nach Auffassung des OLG Köln verstößt ein solches Testament nicht gegen die guten Sitten. Auch der während des Bezugs von (nachrangigen) Sozialleistungen, aber vor Eintritt des Erbfalls erklärte Erb- bzw. Pflichtteilsverzicht stelle keinen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter (des Sozialhilfeträgers) dar und sei auch nicht sittenwidrig. Die Frage der Sittenwidrigkeit sei aus Gründen der Rechtssicherheit unabhängig von einem zeitlichen Zusammenhang (hier: alles am selben Tage) und der Wahrscheinlichkeit des alsbaldigen Ablebens zu beantworten.

OLG Köln: Sittenwidrigkeit eines „Behindertentestaments“ sowie eines Pflichtteilsverzichtsvertrags

### Praxishinweis

In der Praxis ist darauf zu achten, dass nicht nur das bedürftige Kind, sondern auch dessen Geschwister auf ihr Pflichtteilsrecht verzichten. Hierdurch soll dokumentiert werden, dass die Versorgung des längerlebenden Ehegatten im Vordergrund steht und die Benachteiligung des Sozialleistungsträgers nur einen reinen „Reflex“ darstellt.



 **Tanja Knievel, Tel. 040 415 22-132**

## BGH: Keine Haftung des Geschäftsführers für Masseschmälerung bei bloßem Gläubigertausch

- Mit Urteil vom 25.1.2010 (II ZR 258/08) hat der BGH entschieden, dass Zahlungen, die der Geschäftsführer einer insolvenzreifen GmbH vom (debitorischen) Konto der Gesellschaft bei ihrer Hausbank vornimmt, dann **keinen Verstoß gegen das Zahlungsverbot** nach § 64 Abs. 2 GmbHG a. F. (= § 64 Satz 1 GmbHG n. F.) darstellen, **wenn** die Bank über keine entsprechenden Gesellschaftssicherheiten verfügt und somit die **verteilungsfähige Masse nicht vermindert** wird.

Sinn und Zweck des Zahlungsverbots sei es, die verteilungsfähige Vermögensmasse der insolvenzreifen Gesellschaft im Interesse der Gesamtheit ihrer Gläubiger zu erhalten und eine zu ihrem Nachteil gehende, bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger zu verhindern. Zahlungen von einem debitorischen Konto an einzelne Gesellschaftsgläubiger berühren aber weder die verteilungsfähige Vermögensmasse, noch gehen sie zum Nachteil der Gläubigergesamtheit.

### Praxishinweis

Trotz einer ggf. vorliegenden Überschuldung kann der Geschäftsführer Auszahlungen vornehmen, wenn dadurch das Aktivvermögen der Gesellschaft nicht zu Lasten der Gläubiger vermindert wird. An die Stelle der mit Kreditmitteln erfüllten Forderungen der Gesellschaftsgläubiger tritt eine entsprechend höhere Gesellschaftsverbindlichkeit gegenüber der Bank. Es handelt sich dabei lediglich um einen Passiv- bzw. Gläubigertausch.



☎ Tobias Engelmann, Tel. 089 368 49-228

## BGH: Befriedigung einzelner Insolvenzgläubiger aus dem insolvenzfremen Vermögen

- In einer viel beachteten Entscheidung hat der BGH (Urteil vom 14.1.2010, IX ZR 93/09) entschieden, dass die Vorschriften der Insolvenzordnung (InsO) **freiwilligen Zahlungen** des Schuldners **aus seinem insolvenzfremem Vermögen** an einen Insolvenzgläubiger nicht entgegenstehen. Die Zahlungen haben aber mit Mitteln zu erfolgen, die nicht zur Insolvenzmasse (§§ 35, 36 InsO) gehören und folglich auch nicht der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters unterliegen (§ 80 InsO).

Solche freiwilligen Leistungen des Schuldners aus dem insolvenzfremem Vermögen an Insolvenzgläubiger berühren weder die Vorschriften der §§ 87, 89 InsO noch den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger, da dieser nur in Bezug auf die Insolvenzmasse gilt. Für das freie, nicht zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz dagegen nicht.

### Praxishinweis

Nicht zur Insolvenzmasse gehören die Gegenstände, die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen, insbesondere das unterhalb der Pfändungsfreigrenze liegende Arbeitseinkommen. Mit seinem insolvenzfremem Vermögen kann der Schuldner z. B. auch die ausstehenden Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung, wie etwa die Krankenkassenbeiträge, leisten und sich so während des Insolvenzverfahrens die Möglichkeit der Restschuldbefreiung „erkaufen“.



☎ Stephanie von Seyfried, Tel. 089 368 49-220

- Der BGH hat mit Urteil vom 17.2.2010 (VIII ZR 67/09) die **einvernehmliche Verwendung** eines **Mustervertrages** zwischen **Privatleuten** über den Kauf eines Gebrauchtwagens nicht als einseitiges Stellen vorformulierter Vertragsbedingungen angesehen. Die privaten Käufer und Verkäufer hatten vor Abschluss des Kaufvertrags gemeinsam telefonisch überlegt, welches Vertragsformular sie verwenden sollten und sich schließlich auf einen Mustervertrag einer Versicherung des Verkäufers geeinigt. Dieser enthielt einen nach AGB-Recht unwirksamen Haftungsausschluss für Unfallschäden.

BGH: Eine einvernehmliche Verwendung von Musterverträgen unterliegt nicht den AGB-Vorschriften

Das Gericht stellt darauf ab, dass bei einer Privatperson, bei der die Verwendung eines Mustervertrages selten oder einmalig ist, ein Rückgriff auf Musterverträge aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit verständlich sei. Eine einseitige Auferlegung von Bedingungen des Verkäufers läge bei der Verwendung eines Mustervertrages nicht vor, sofern der Käufer die freie **Auswahl** der in Frage kommenden Vertragstexte hat und die Gelegenheit bekommt, ein **anderes Muster** vorzuschlagen. Es handelt sich daher **nicht** um nach **AGB-Recht** zu beurteilende Klauseln.

#### Praxishinweis

Dieses Urteil behandelt den Sonderfall der Verwendung von Musterverträgen zwischen Privatpersonen. Bei Verträgen zwischen Unternehmern und Verbrauchern gilt die gesetzliche Vermutung, dass der Unternehmer dem Verbraucher die Bedingungen stellt, so dass in der Regel die AGB-Vorschriften zum Schutz des Verbrauchers Anwendung finden. Daher ist es nicht anzuraten, in dem Urteil eine generelle Gestaltungsmöglichkeit zu sehen.



 Sigrun Mast, Tel. 040 415 22-136

- Das LG Mannheim hatte in seinem Urteil vom 22.12.2009 (2 O 37/09) zu entscheiden, ob eine AGB-Klausel eines Software-Herstellers, wonach erworbene Software nicht teilweise einem Dritten überlassen werden darf („Aufspaltungsverbot“), wirksam ist.

LG Mannheim: Aufspaltungsverbot bei Software-Lizenzen

Die spätere Klägerin hatte von dem beklagten Hersteller für mehrere tausend Anwender sogenannte ERP-Software erworben. Nach den AGB durfte die Software einem Dritten „nur einheitlich und unter vollständiger und endgültiger Aufgabe der eigenen Nutzung“ überlassen werden. Der die Zerschlagung betreibende Insolvenzverwalter der Klägerin fand einen Käufer für einen Teil der Software-Nutzungsrechte und verlangte vom Hersteller die Zustimmung zur Übertragung. Der Hersteller lehnte dies mit Hinweis auf seine AGB ab. Das Gericht hat die auf Erteilung der Zustimmung gerichtete Klage abgewiesen und dies damit begründet, dass das **Aufspaltungsverbot** keine Abweichung von wesentlichen Gedanken des Urheberrechts darstelle und deshalb AGB-rechtlich **unbedenklich** sei. Es gäbe gerade keine Pflicht des Urhebers zur Verschaffung übertragbarer Nutzungsrechte. Auch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vermochte das Gericht für diesen Fall nicht zu erkennen.

#### Praxishinweis

Das Urteil ist nicht nur für die Händler gebrauchter Software und deren Kunden interessant. Auch bei Umstrukturierungen und Unternehmenstransaktionen kommt es häufig dazu, dass Software-Nutzungsrechte teilweise übertragen werden (müssen). Besteht ein wirksames Aufspaltungsverbot sind gegebenenfalls wirtschaftliche und bilanzielle Folgen zu berücksichtigen.



 Marcus Brüning, Tel. 040 415 22-135

## Kurz notiert

Wenn Sie diesen Newsletter elektronisch erhalten möchten, registrieren Sie sich bitte unter [www.susat.de/deutsch/newsletter/](http://www.susat.de/deutsch/newsletter/).

### Impressum

#### Herausgeber:

SUSAT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
Domstraße 15  
20095 Hamburg

#### Verantwortliche Redaktion:

WP/RA/StB Dipl.-Kfm. Dr. Frank Roser

#### Schriftleitung:

WP/RA/StB Dipl.-Kfm. Dr. Frank Roser  
RA Stefan Thoß  
RAin/StBin Viktoria Mildner

#### Druckerei:

Druckerei Brünner GmbH  
Rondenbarg 52  
22525 Hamburg

Nur für unsere Mandanten. Das SUSAT-NewSPaper Recht gibt im Allgemeinen Rechtsprechung nur auszugsweise wieder. Wir bitten deshalb, die Beiträge im Einzelfall mit den ungekürzten Veröffentlichungen zu vergleichen, um Informationsfehler, für die wir keine Haftung übernehmen, zu vermeiden.

Hamburg, im Mai 2010

■ Der BGH hat in seinem Urteil vom 18.2.2010 (Xa ZR 95/06) bestätigt, dass einem Fluggast bei mindestens **drei Stunden verspäteter Ankunft** seines Flugs ein **Ausgleichsanspruch** nach der europäischen Fluggastrechteverordnung (VO 261/2004) zusteht. Er folgt damit der Auslegung des EuGH, dem der BGH seine Vorlagefrage gestellt hat, dass Fluggäste verspäteter Flüge im Hinblick auf die Anwendung des Ausgleichsanspruchs nach Art. 7 VO den **Fluggästen annullierter Flüge gleichzustellen** sind. Je nach Flugkilometer besteht ein Entschädigungsanspruch von 250 EUR bis 600 EUR. Soweit die Verspätung allerdings auf **außergewöhnlichen Umständen** beruht, die von dem Luftfahrtunternehmen nicht zu beherrschen sind, werden Ausgleichsansprüche nicht gewährt. Hierzu zählen in der Regel technische Probleme nicht, hingegen ist der Vulkanausbruch in Island als außergewöhnlich anzusehen – eine finanzielle Entschädigung wird es daher nicht geben. Bei Flugausfällen nach dem Vulkanausbruch hat aber jeder Fluggast nach Art. 8 VO die Wahl zwischen einer vollständigen Erstattung des Flugpreises und der anderweitigen Beförderung zum Flugziel. (Viktoria Mildner)

■ Das BAG hat es in seinem Urteil vom 25.2.2010 (6 AZR 911/08) **nicht** als **Diskriminierung wegen Alters** angesehen, wenn ältere Arbeitnehmer von dem Angebot des **Ausscheidens gegen Abfindung ausgenommen** werden. Es fehlt bereits an einer unmittelbaren Benachteiligung, da das Diskriminierungsverbot wegen Alters auf den Verbleib von älteren Arbeitnehmern im Arbeitsleben abzielt. Insoweit ergebe sich weder aus dem Diskriminierungsverbot noch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung des Arbeitgebers mit dem älteren Arbeitnehmer einen Aufhebungsvertrag abzuschließen. (Sigrun Mast)

■ Der EuGH hat mit Urteil vom 15.4.2010 (C-511/08) entschieden, dass eine Regelung gegen die Fernabsatzrichtlinie verstößt, nach der dem Verbraucher im Fall des Widerrufs des **Fernabsatzvertrags** die **Kosten der Zusendung** von Waren auferlegt werden. Der Verbraucher kann jeden Vertragsabschluss über Fernkommunikationsmittel (z. B. online-Bestellungen) innerhalb einer Frist von mindestens sieben Werktagen ohne Angabe von Gründen und ohne Strafzahlung widerrufen. Nach Ansicht des EuGH könnte ihn die Auferlegung der Hinsendekosten von der Ausübung seines Widerrufsrechtes abhalten. Der Lieferant kann dem Verbraucher hingegen die unmittelbaren **Kosten der Rücksendung** der Waren auferlegen. Dies ist allerdings im deutschen Recht nach § 357 Abs. 2 Sätze 2, 3 BGB derzeit nur eingeschränkt bei einem Warenwert bis 40 EUR oder bei Widerruf vor Erbringung der Gegenleistung möglich. (Christina Richter)

■ Der BGH hatte in seinem Urteil vom 22.3.2010 (II ZR 12/08) inzident über die Anwendbarkeit der **Neuregelungen zur verdeckten Sacheinlage** auf **Altfälle** zu entscheiden. Nach der durch das MoMiG eingeführten Neuregelung des § 19 Abs. 4 GmbHG sind die der verdeckten Sacheinlage zugrunde liegenden Geschäfte nicht mehr unwirksam, der Wert der verdeckt eingebrachten, in das Eigentum der Gesellschaft übergegangenen Sache wird auf die Bareinlageverpflichtung des Einlegers angerechnet. Der BGH hält die Übergangsregelung, dass auch Fälle hiernach zu beurteilen sind, in welchen eine verdeckte Sacheinlage vor dem 1.1.2008 vereinbart und eingebracht wurde, für verfassungsrechtlich unbedenklich. (Viktoria Mildner)

■ Der neu gefasste § 100 Abs. 5 AktG regelt, dass bei kapitalmarktorientierten Kapitalgesellschaften **mindestens** ein unabhängiges **Mitglied des Aufsichtsrats** über **Sachverstand** auf den Gebieten **Rechnungslegung oder Abschlussprüfung** verfügen muss. Das Urteil des LG München vom 5.11.2009 (5 HK O 15312/09) konkretisiert nunmehr die gesetzlichen Anforderungen. Danach verlangt § 100 Abs. 5 AktG weder, dass dieses Mitglied Vorstandsmitglied einer Kapitalgesellschaft mit dem Zuständigkeitsbereich für die Bereiche Rechnungswesen und Abschlussprüfung gewesen ist, noch, dass dieses Mitglied auch nur schwerpunktmäßig beruflich (z.B. als Wirtschaftsprüfer) mit diesen Bereichen befasst gewesen sein müsste. Auch fachkundige Angestellte oder entsprechend geschulte Betriebsräte können über den gem. § 100 Abs. 5 AktG geforderten Sachverstand verfügen. (Peter Christian Felst)