

November 2013

Liebe Leserin, lieber Leser,

Deutschland wartet auf seine neue Regierung. Nach dem neuesten Wirtschaftsbarometer der Ostsächsischen Sparkasse Dresden sprechen sich gut 2/3 der sächsischen Unternehmer für eine schwarz-rote Koalition aus. Ob es dazu kommt, werden die nächsten Wochen zeigen – und vor allem mit welchen Inhalten die neue Regierung dann Politik machen will. Dabei beherrscht zur Zeit die Debatte um die PkW-Maut die Schlagzeilen. Es bleibt abzuwarten, ob es weitere grundstürzende Gesetzgebungsvorhaben geben wird, etwa – von Steuererhöhungen abgesehen – zur Vereinfachung des Steuerrechts (eher unwahrscheinlich), zum Energierecht (Energiewende), im Arbeitsrecht (Leiharbeit, Arbeitnehmerfreizügigkeit) oder im Medizin- und Sozialrecht (Finanzierung der medizinischen Versorgung und der Sozialsysteme). Was immer uns die neue Legislaturperiode also bringen wird: Wir werden die Rechtsentwicklungen für unsere Mandanten und Leser aufmerksam verfolgen und darüber berichten. Im BattkeBrief beschäftigen wir uns wie gewohnt mit aktuellen Gegenwartsthemen. Das Leitthema führt Sie in die Thematik der Gesellschafterliste bei der GmbH ein und worauf beim Umgang mit ihr zu achten ist. Sodann ist die Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung als brandneue Organisationsform für Freiberufler vorzustellen, eine Option, die auch BattkeGrünberg jetzt gewählt hat (s. »Internes«). Ferner beschäftigen wir uns zum Gesellschaftsrecht vor allem mit Entscheidungen zur Rolle der Organe bei GmbH und AG. Das Arbeitsrecht bietet einen gewohnt breiten Strauß von der Arbeitnehmerüberlassung über Mitbestimmung und Betriebsverfassung bis hin zu Vergütungs- und urlaubsrechtlichen Fragen. Über die soeben in Kraft getretenen neuen Regeln zum Wettbewerbs- und Urheberrecht berichtet Carsten Albert. Und auch zum Vergaberecht, zum Medizinrecht und zu Rechtsfragen, die für Träger sozialer Einrichtungen von Interesse sind, ist zu lesen. Nicht zuletzt gibt es über BattkeGrünberg in »Internes« einiges Neues zu verkünden.

Wir wünschen wie immer eine erkenntnisreiche und anregende Lektüre.

Ihre BattkeGrünberg Rechtsanwälte

## Nº 3 / 2013

### > MANDANTENINFORMATION

Schwerpunktthema .....	02
Gesellschaftsrecht .....	05
Arbeitsrecht .....	08
Gewerblicher Rechtsschutz .....	14
Medizin- und Sozialrecht .....	18
Mietrecht .....	19
Vergaberecht .....	21
Internes + Veranstaltungen .....	23
Impressum .....	28



## DIE GESELLSCHAFTERLISTE BEI DER GMBH

### 1. Einführung

Bei Gründung einer GmbH ist zugleich eine Liste der Gesellschafter aufzunehmen, aus welcher Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort der Gesellschafter sowie die Nennbeträge und die laufenden Nummern der von den Gesellschaftern übernommenen Geschäftsanteile ersichtlich sind (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG). Diese Liste ist bei der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister mit einzureichen. Für jede GmbH existiert daher eine solche Liste, die beim Handelsregister eingesehen werden kann. Nicht nur für ihre erstmalige Einreichung sondern auch für ihre ständige Aktualisierung sind die Geschäftsführer verantwortlich, soweit nicht – wie insbesondere bei Gründung oder Abtretung eines Geschäftsanteils – ein Notar eingeschaltet war.

Bis zur Reform des GmbH-Gesetzes 2008 genügte die alljährliche Einreichung der Gesellschafterliste zum Handelsregister. Dieser Pflicht wurde in der Praxis eher nachlässig entsprochen. Seit der Reform ist jedoch jede Änderung im Gesellschafterbestand dem Handelsregister unverzüglich anzuzeigen und eine aktualisierte Liste einzureichen. Da die Liste zugleich auch eine wesentliche Steigerung ihrer Bedeutung sowohl für das Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu ihrer Gesellschaft als auch für den Rechtsverkehr bei Verfügungen über den Geschäftsanteil erlangt hat, ist auch die Verantwortung bei ihrer Pflege gestiegen.

### 2. Bedeutungswandel der Liste

a) Mit der Reform des GmbH-Gesetzes wurde die Gesellschafterliste in ihrer Funktion an das Aktienregister (§ 67 AktG) angenähert. Gegenüber der Gesellschaft gilt nur noch derjenige als Gesellschafter, der in der Gesellschafterliste eingetragen ist. Das bedeutet,

dass unabhängig von der tatsächlichen Rechtslage der Gesellschaft gegenüber nur der als Gesellschafter in die Liste Eingetragene Rechte geltend machen kann. Das gilt insbesondere für Mitgliedschaftsrechte, wie das Recht auf Teilnahme und Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung oder das Gewinnbezugsrecht. Es gilt auch für die Geltendmachung von Beschlussmängeln der Gesellschafterversammlung im Wege der Beschlussmängelklage. Ist also etwa ein Gesellschafterwechsel infolge Abtretung oder Erbfalls in der Liste nicht nachvollzogen worden, kann der Erwerber diese Rechte nicht ausüben und nicht gegenüber der Gesellschaft geltend machen. Er wird nicht zu Gesellschafterversammlungen eingeladen und kann deswegen nicht einmal einen Ladungsmangel geltend machen. Umgekehrt müssen Geschäftsführer diejenigen einladen, die eingetragen sind, wollen sie keinen Ladungsmangel provozieren. So empfiehlt sich für die Geschäftsführer in jedem Fall vor Ladungen zu Gesellschafterversammlungen die akute Liste einzusehen und die dort verzeichneten Gesellschafter unter der dort angegebenen Anschrift zu laden. Das gilt auch dann, wenn sie sich vermeintlich sicher sind, wer die Gesellschafter sind und wie ihre Anschriften lauten. Denn maßgeblich ist ausschließlich die Liste, auch und selbst dann, wenn sie falsch ist. Dann ist sie zu korrigieren, nicht aber zu ignorieren.

b) Die zweite wesentliche Neuerung ist die sogenannte Gutgläubensfunktion der Gesellschafterliste. Künftig können Geschäftsanteile auch von Nichtberechtigten erworben werden, wenn der Veräußerer als Gesellschafter in die Liste eingetragen ist. Der Erwerber darf sich also darauf verlassen, dass der Eingetragene auch berechtigt ist, zu seinen Gunsten über den Geschäftsanteil zu verfügen. Damit wollte

### Die Gesellschafterliste bei der GmbH

der Gesetzgeber insbesondere Unternehmenskäufe in Form des sogenannten »share deals« erleichtern.

Das Gesetz sieht allerdings ein paar teilweise schwer verständliche Einschränkungen vor: So ist ein gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen, »wenn die Liste zum Zeitpunkt des Erwerbs hinsichtlich des Geschäftsanteils weniger als drei Jahre unrichtig ... ist« (§ 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG). Veräußert also ein in die Liste eingetragener Scheingesellschafter den Geschäftsanteil, so erwirbt ihn der Erwerber nur dann, wenn der Veräußerer mehr als drei Jahre unrichtig eingetragen ist. Es kommt nicht darauf an, dass der Veräußerer mehr als drei Jahre eingetragen ist; maßgeblich ist, dass er unrichtigerweise eingetragen war. Denkbar ist also etwa ein Fall, dass der zunächst berechtigt Eingetragene zwischenzeitlich die Gesellschafterstellung verloren hat, indem er etwa den Anteil veräußert hat und dieser Verlust bzw. die Veräußerung in der Gesellschafterliste nicht nachvollzogen worden ist. Geschah dies weniger als drei Jahre vor der neuerlichen Veräußerung, soll ein gutgläubiger Erwerb nicht möglich sein. Zwar muss hinzukommen, dass die Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten – also dem ersten Erwerber – nicht zuzurechnen ist, etwa weil er sich um die Gesellschafterliste nicht geschert hat und daher aus Nachlässigkeit die Korrektur nicht veranlasst hat. Aus der Sicht des Erwerbers, der sich auf die Richtigkeit der Liste verlassen können, ist dies jedoch nur ein schwacher Trost.

c) Ein gutgläubiger Erwerb des Geschäftsanteils vom unrichtig Eingetragenen kann durch die Aufnahme eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit der Eintragung verhindert werden. Der wahre Berechtigte muss einen entsprechenden Antrag in elektronischer Form beim Handelsregister einreichen. Ferner bedarf es der Zustimmung dessen, der fälschlicherweise eingetragen ist. Ist die Zustimmung nicht zu erlangen, kann sie durch einstweilige Verfügung ersetzt werden.

### 3. Veränderungen und Verantwortlichkeit

Nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG haben die Geschäftsführer unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter zum Handels-

register einzureichen. Maßgeblich ist also jede Änderung, nicht nur der Gesellschafterwechsel sondern auch der Wohnsitzwechsel oder eine Änderung der Geschäftsanteile durch Zusammenlegung mehrerer Anteile oder Teilung von Anteilen. Erforderlich ist weiterhin, dass die Änderung wirksam geworden ist, also etwa eine Bedingung eingetreten ist; (schwebend) unwirksame Veränderungen dürfen noch nicht in die Liste aufgenommen werden, da sie die Liste falsch werden ließen (BGH Urteil vom 20. September 2011 – II ZR 75/10). Schließlich muss der Geschäftsführer Kenntnis von der Veränderung erlangen; der betreffende Gesellschafter hat ihm also Anzeige zu machen.

Hat allerdings – wie häufig – an der Änderung ein deutscher Notar mitgewirkt, geht die Verantwortung für die neue Liste auf diesen über. Er hat anstelle des Geschäftsführers die neue Liste aufzustellen und zu unterschreiben. Dieser Fall tritt insbesondere bei Anteilsabtretungen ein, die der notariellen Beurkundung und daher typischerweise der Mitwirkung eines Notars bedürfen. Entsprechendes gilt bei der Umwandlung eines Gesellschafters (etwa von einer oHG in eine GmbH) oder bei Verschmelzungen, Ab- oder Aufspaltungen, bei denen Geschäftsanteile nach dem Umwandlungsgesetz im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den neuen Rechtsträger übergehen. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Notar Kenntnis davon hat, dass zum Vermögen eines an der Umwandlung beteiligten Rechtsträgers ein GmbH-Geschäftsanteil gehört. Problematisch sind Gesellschafterwechsel infolge Erbfalls: So hat der Notar zwar mittelbar am Gesellschafterwechsel mitgewirkt, wenn er das Testament beurkundet hat; das aber dürfte kaum ausreichen, da nicht die Testamenterrichtung sondern erst der Erbfall (bei bis dahin unverändert gebliebenem Testament) den Gesellschafterwechsel herbeiführt. In all diesen Fällen wird es daher zunächst Aufgabe der betroffenen Gesellschafter – insbesondere der neuen Gesellschafter in ihrem eigenen Interesse – sein, der Geschäftsführung den Wechsel anzuzeigen; die Geschäftsführer sind dann wiederum ihrerseits selbstständig verpflichtet, den Notar zu informieren, der weiterhin allein und ausschließlich für die Einreichung der Liste zuständig ist. In Zweifelsfällen sollten beide – Geschäftsführer und

Notar – die neue Liste unterschreiben und einreichen.

Beliebt sind Beurkundungen bei ausländischen, insb. schweizerischen Notaren. Hier ist weiterhin umstritten, ob Schweizer Notare berechtigt sind, Listen zum Handelsregister einzureichen. Dazu wird voraussichtlich der BGH demnächst abschließend entscheiden (Az. II ZB 6/13). In jedem Fall sind sie dazu nicht verpflichtet, so dass der Geschäftsführer in diesen Fällen tätig werden muss.

Die wichtigsten Fälle, an denen Notare nicht beteiligt sind und daher die Verantwortung eindeutig allein auf den Geschäftsführern lastet, sind Erbfälle ohne notarielles Testament (also nach Gesetz oder aufgrund privatschriftlichen Testaments), gerichtliche Vergleiche und Gerichtsurteile sowie Einziehung von Geschäftsanteilen. Letzteres erfolgt ebenfalls ohne Mitwirkung von Notaren durch formfreien Beschluss der Gesellschafterversammlung. Die Geschäftsführer haben hier die schwierige und verantwortungsvolle Aufgabe, umgehend und möglichst zuverlässig zu prüfen, ob der Einziehungsbeschluss wirksam ist, was gerade bei den in solchen Fällen bestehenden Streitlagen unklar sein kann. Der BGH hat insoweit jüngst geholfen, indem er nun klargestellt hat, dass Einziehungsbeschlüsse sofort wirksam werden. Das allerdings gilt nur unter bestimmten Voraussetzungen: Sie dürfen nicht nichtig sein, was etwa bei häufig vorkommenden Ladungsmängeln der Fall sein kann. Und sie müssen inhaltlich unzweideutig durch den Versammlungsleiter festgestellt worden sein. Auch das ist nicht immer der Fall. Dann muss der Geschäftsführer selbstständig prüfen, ob ein Beschlussmangel vorliegt, der den Beschluss nichtig sein lässt, was letztlich verbindlich erst durch das Gericht festgestellt werden wird.

Gesellschafter einer GmbH kann auch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) sein. Hier ist bisher ungeklärt, ob auch ein Wechsel der GbR-Gesellschafter ein Umstand ist, der in der Liste einzutragen ist. Das wäre dann der Fall, wenn neben der GbR unter ihrer Bezeichnung auch deren Gesellschafter in der Liste einzutragen wären. Dafür sprechen freilich die gesetzlichen Regelungen für das Grundbuch (§ 47 Abs. 2 GBO) und das Handelsregister bei der Eintragung einer GbR als Kommanditistin einer KG (§ 162 Abs.

1 S. 2 HGB): Danach ist die GbR jeweils in der Weise einzutragen, dass ihre Gesellschafter mit Namen und Anschrift aufzunehmen sind. Dann müssten die Geschäftsführer bei jedem Wechsel von Gesellschaftern in der GbR ebenfalls eine aktualisierte Liste einreichen. Eindeutig ist hingegen der Fall, dass der vorletzte GbR-Gesellschafter ausscheidet und die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung der Gesellschaft vereinbart haben: In diesem Fall geht der Geschäftsanteil von der GbR im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den letzten verbleibenden Gesellschafter über; und das gilt nicht nur für die GbR sondern für jede Personengesellschaft, insbesondere also für die oHG und KG.

Nicht eingetragen werden können nach einer Entscheidung des BGH (II ZR 17/10 vom 20. September 2011) dingliche Belastungen etwa Pfändung oder Nießbrauch. Ein guter Glaube des Anteilerwerbers in die Lastenfreiheit des erworbenen Anteils ist daher nicht geschützt. Nicht geklärt ist bisher die Eintragbarkeit von Nacherben-, Testamentvollstrecker- oder Insolvenzvermerk. Dabei handelt es sich um sog. »Kürangaben«, die das Gesetz nicht verpflichtend vorschreibt. Ob solche Kürangaben aber überhaupt zugelassen werden sollen oder aus Gründen der Registerklarheit generell unzulässig sind, ist bisher ebenfalls noch nicht höchstrichterlich geklärt.

#### 4. Folgen bei Untätigkeit

Kommen Geschäftsführer ihrer Pflicht nicht nach, haften sie sowohl der Gesellschaft (§ 43 GmbHG) und den betroffenen Gesellschaftern als ggf. auch Gläubigern der Gesellschaft gegenüber (§ 40 Abs. 3 GmbHG). Das gilt sowohl für den Fall, dass sie es unterlassen, eine aktualisierte Liste unverzüglich einzureichen und dadurch dem neuen Gesellschafter Nachteile entstehen, als aber auch für den Fall, dass sie voreilig vor Wirksamwerden einer Änderung bereits eine neue Liste einreichen. Diese Fälle können insbesondere bei Einziehungsbeschlüssen eintreten. In Zweifelsfällen wird man dem Geschäftsführer aber keinen Schuldvorwurf machen können, wenn er die Rechtslage gewissenhaft geprüft und nach bestem Wissen und Gewissen eine rechtlich vertretbare Auffassung vertreten und danach gehandelt hat. Im Zweifel wird er

sich hier kompetenten Rechtsrat suchen; die Rechtsauskunft sollte dann schriftlich dokumentiert und plausibel sein. Nicht korrigieren kann er eine fehlerhafte Liste, die vom Notar eingereicht worden ist; hier kann er nur auf den Notar einwirken, der auch für die Korrektur allein und ausschließlich zuständig und verantwortlich bleibt.

#### 5. Ansprüche und Rechtsbehelfe betroffener Gesellschafter

Ein Gesellschafter, der meint, zu Unrecht nicht in einer Liste aufgenommen zu sein, sollte den Geschäftsführer zunächst unter Darlegung des Sachverhaltes und Beifügung von Urkunden und Belegen, aus denen sich seine Rechtsstellung ergibt, auffordern, die Liste entsprechend zu ändern. Kommt dieser der Aufforderung nicht nach, muss er seine Rechte gerichtlich durch Klage auf Berichtigung gegen die Gesellschaft (nicht gegen den Geschäftsführer!) durchsetzen. Zum Schutz seiner Rechte vor zwischenzeitigen Nachteilen sollte er zudem umgehend im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit der Liste erwirken.

Vor der Änderung hat der Geschäftsführer den (vermeintlich falsch) Eingetragenen zu hören.

Widerspricht dieser der Änderung, können sowohl die Gesellschaft als auch der (vermeintlich) wahre Berechtigte den Eingetragenen gerichtlich auf Rücknahme seines Widerspruchs in Anspruch nehmen. Solange der Widerspruch besteht, darf der Geschäftsführer die Liste nicht ändern.

#### FAZIT

- ▶ Die Gesellschafterliste bei der GmbH hat seit der GmbH-Reform sowohl für die Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte in der GmbH (intern) als auch für den Rechtsverkehr (extern) erheblich an Bedeutung gewonnen.
- ▶ Geschäftsführer sollten daher ihre grundsätzliche Verantwortung für die Führung der Liste gewissenhaft wahrnehmen und andererseits darauf achten, nur solchen Personen Mitgliedschaftsrechte einzuräumen, die tatsächlich auch in der Liste eingetragen sind.
- ▶ Soweit an dem Rechtsgeschäft, das zu einer Veränderung der Gesellschafter geführt hat, ein inländischer Notar mitgewirkt hat, ist allein dieser für die Einreichung der neuen Liste zuständig und verantwortlich; im übrigen lastet diese Verantwortung auf den Geschäftsführern.

Dr. Ekkehard Nolting

### GESETZGEBUNG: PARTNERSCHAFTSGESELLSCHAFT MIT BESCHRÄNKTER BERUFSHAFTUNG

Seit 19. Juli 2013 kennt das deutsche Gesellschaftsrecht eine neue Rechtsform: die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartGmbHB). Die (einfache) Partnerschaftsgesellschaft in der bisherigen Form besteht bereits aufgrund des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes seit 1994. Sie steht exklusiv nur den Angehörigen freier Berufe zur Verfügung, um gemeinsam ihren Beruf auszuüben. Ein Handelsgewerbe übt sie nicht aus und sie kann daher dafür auch nicht eingesetzt werden. Sie ist eine Personengesellschaft, bei der grundsätzlich nicht nur das Vermögen der Gesellschaft sondern auch das der Partner uneingeschränkt für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet. Das gilt aber für Verbindlichkeiten wegen beruflicher Fehler mit der Einschränkung, dass dafür nur diejenigen Partner persönlich haften, die mit der Bearbeitung des

Auftrags befasst waren; diese Haftungsfreistellung der übrigen Partner im Rahmen der Berufshaftung ist die Besonderheit der Partnerschaftsgesellschaft.

Bei der Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung ist nun auch diese persönliche Haftung des Bearbeiters ausgeschlossen; für die Schäden aus beruflichen Fehlern haftet mithin nur noch das Gesellschaftsvermögen. Einzige Voraussetzung dafür ist, dass die Partnerschaftsgesellschaft eine besondere Berufshaftpflichtversicherung abschließt, die höhere als die sonst üblichen Deckungssummen vorsieht; nur durch diese besondere Versicherung unterscheidet sich die (einfache) Partnerschaft also in den Voraussetzungen von der Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung. Welche Bedingungen die Versicherung konkret vorsehen muss, bestimmen die berufsrecht-

lichen Regeln der einzelnen Berufsgruppen. So muss bei Partnerschaftsgesellschaften von Rechtsanwälten eine Mindestdeckungssumme von EUR 2.500.000,00 pro Einzelfall versichert sein. Die Höchstsumme, die die Versicherung pro Versicherungsjahr für berufliche Fehler insgesamt leisten muss, muss mindestens diesen Betrag multipliziert mit der Zahl der Partner betragen und darf auf gar keinen Fall unter den Wert von EUR 10.000.000,00 sinken. Es gibt freilich zahlreiche freie Berufe, deren Berufsrecht eine Berufshaftpflichtversicherung für den Zweck einer PartGmbH nicht vorsehen. Diesen freien Berufen bleibt allein die Partnerschaftsgesellschaft und ihnen ist die besondere Haftungsbeschränkungsmöglichkeit verschlossen.

Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung hat in ihrer Firma einen entsprechenden Rechtsformzusatz zu führen (»Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung« oder abgekürzt

»PartGmbH«). Sie wird als solche auch im Partnerschaftsregister eingetragen.

#### FAZIT

- Freien Berufen – insbesondere Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern – steht seit 19. Juli 2013 mit der PartGmbH eine Rechtsform des Personengesellschaftsrecht zur Verfügung, mit der sich die Haftung für berufliche Fehler auf das Gesellschaftsvermögen beschränken lässt.
- Die Mandanten werden vor Schäden durch entsprechend höhere Deckungen in den Berufshaftpflichtversicherungen geschützt.
- Diese Möglichkeit steht hingegen freien Berufen, deren Berufsrecht keine für diese Zwecke vorgesehene Berufshaftpflichtversicherung vorschreiben, nicht zur Verfügung

Dr. Ekkehard Nolting

## BGH: VERTRETUNG DER AKTIENGESELLSCHAFT IM PROZESS GEGEN IHREN VORSTAND

Ein in der Pfalz ansässiges Bauunternehmen beschäftigt seit geraumer Zeit den Bundesgerichtshof. Hintergrund ist ein handfester Streit der beiden Familienstämme, die das Unternehmen, das in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft geführt wird, beherrschen und u.a. im Aufsichtsrat paritätisch vertreten sind. Dieser hatte über den Rauswurf eines Vorstandsmitglieds zu entscheiden. Die Abstimmung ergab – wie nicht anders zu erwarten – mit 3 Ja- und 3 Nein-Stimmen ein Patt. Der Vorsitzende entschied jedoch, dass die drei Gegenstimmen treuwidrig seien und der Vorstand daher mit 3 zu 0 Stimmen aus wichtigem Grund abberufen sei.

Dagegen klagte der betroffene Vorstand gegen die Aktiengesellschaft, die in diesen Fällen nach § 112 AktG vom Aufsichtsrat vertreten wird. Deren Vorsitzender hatte – ohne zuvor einen Beschluss des Aufsichtsrats einzuholen – einen Anwalt mit der Prozessvertretung der Gesellschaft beauftragt. Der BGH stellte nun in einem Urteil vom 14. Mai 2013 – II ZB 1/11 – fest, dass die Gesellschaft nicht ordnungsgemäß vertreten sei. Die Vertretung der AG sei nach § 112 AktG dem Aufsichtsrat als Gremium zugewiesen. Dieses

habe durch Beschluss zunächst darüber zu befinden, ob die Gesellschaft sich gegen die Klage überhaupt verteidigen wolle. Dieser Vorgang der Willensbildung könne nicht durch den Aufsichtsratsvorsitzenden allein ersetzt werden, der insoweit einen von der Aufsichtsratsmehrheit abweichenden Willen haben könne. In Eilfällen könne zwar zunächst der Vorsitzende einen Anwalt bevollmächtigen. Er handele insoweit allerdings wie ein Vertreter ohne Vertretungsmacht und müsse sich dieses nachträglich durch Mehrheitsbeschluss genehmigen lassen. Ohne die Mitwirkung des Aufsichtsrats als Gremium kann aber der Vorsitzende allein nicht für die AG handeln und sie daher im Prozess auch nicht wirksam vertreten.

Die Entscheidung ist auch für GmbHs mit (fakultativem) Aufsichtsrat von Bedeutung. Das gilt insbesondere für kommunale GmbHs, die regelmäßig über einen solchen Aufsichtsrat verfügen. Auch hier gilt § 112 AktG, wonach die GmbH gegenüber ihrem Geschäftsführer vom Aufsichtsrat vertreten wird. Für Geschäfte und Prozesse im Zusammenhang mit der Bestellung und Abberufung bzw. mit dem Anstellungsvertrag hingegen gilt dies nur, wenn die Sat-

zung der GmbH dem Aufsichtsrat – abweichend vom GmbHG – die Zuständigkeit für die Bestellung von Geschäftsführern und den Abschluss der Anstellungsverträge zuweist. Auch hier ist daher grundsätzlich das Gremium als Ganzes zuständig. Ob das anders ist, wenn – wie häufig – abweichend von den Bestimmungen im Aktiengesetz dem Aufsichtsratsvorsitzenden bereits in der Satzung die Befugnis eingeräumt wird, den Aufsichtsrat gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten, ist bisher höchstrichterlich nicht entschieden. Da der BGH auch für die AG auf die Grundsätze von der Vertretung ohne Vertretungsmacht und die nachträgliche Genehmigungsfähigkeit Bezug nimmt, sollte es auch möglich sein, dem Vorsitzenden grundsätzlich schon vorab in der Satzung einer GmbH entsprechende Vollmacht einzuräumen, was nur bei der AG wegen des Grundsatzes der Satzungsstrenge ausgeschlossen ist. Allerdings kommt es dann entscheidend auf die Auslegung der Satzungsbestimmung im Ein-

zelfall und darauf an, ob dem Vorsitzenden tatsächlich so weitgehende Vertretungsbefugnisse eingeräumt werden sollten. Der sicherere Weg ist daher in jedem Fall, einen Beschluss des Aufsichtsrates einzuholen.

#### FAZIT

- Sowohl bei der rechtsgeschäftlichen (außergerichtlichen) als auch im Streitfall bei der gerichtlichen Vertretung der AG gegenüber dem Vorstand ist darauf zu achten, dass die AG nur durch den Aufsichtsrat als Ganzes vertreten wird und daher alle Handlungen durch entsprechende Beschlüsse legitimiert sein müssen.
- Dasselbe gilt für GmbHs mit (fakultativem) Aufsichtsrat; auch hier entfalten Rechtsgeschäfte mit oder gegenüber dem Geschäftsführer, die der Vorsitzende oder ein Mitglied des Aufsichtsrats allein ohne entsprechenden Beschluss abschließt, keine Rechtswirkungen für oder gegen die Gesellschaft.

Dr. Ekkehard Nolting

## SCHAFFUNG EINER »GLÄSERNEN GMBH« DURCH PFÄNDUNG DES GESETZLICHEN AUSKUNFTSANSPRUCHS DES GESELLSCHAFTERS

Gläubiger von GmbH-Gesellschaften können sich zur Befriedigung ihrer Zahlungsansprüche an den Geschäftsanteilen des Schuldners im Wege der Zwangsvollstreckung mittels Pfändung schadlos halten. Für den die Pfändung betreibenden Gläubiger stellt sich im Rahmen der Verwertung des Geschäftsanteils die Notwendigkeit, den Geschäftsanteil zu bewerten. Für eine solche Bewertung ist der Gläubiger regelmäßig auf Informationen des Schuldners oder der Gesellschaft angewiesen. Geben diese keine Informationen, kommt für den Gläubiger nur die Geltendmachung eigener oder dem Schuldner zustehender Auskunftsansprüche in Betracht.

Jedem GmbH-Gesellschafter steht gegenüber seiner Gesellschaft ein umfassender Auskunftsanspruch über sämtliche Angelegenheiten der Gesellschaft gemäß § 51 a GmbHG zu. Dieser Auskunftsanspruch ermöglicht grundsätzlich die Erlangung solcher Informationen von der Gesellschaft, die für eine Bewertung des Geschäftsanteils notwendig sind. Der BGH hat nun mit Beschluss vom 29. April 2013 – VII ZB 14/12

entschieden, dass Ansprüche gemäß § 51 a GmbH nicht pfändbar sind. Dem liegt zugrunde, dass Rechte – wozu auch der Auskunftsanspruch gehört – nur dann gepfändet werden können, wenn diese Rechte übertragbar sind. Die Übertragbarkeit des Auskunftsanspruchs ist jedoch nicht gegeben, da der Auskunftsanspruch gerade Ausfluss der Gesellschafterstellung ist und von dieser schon nicht getrennt werden kann. Eine in den Geschäftsanteil ausgebrachte Pfändung kann somit den Auskunftsanspruch nicht erfassen.

#### FAZIT

- Der Beschluss des BGH erschwert die Verwertung von gepfändeten Geschäftsanteilen, wenn der betroffene Gesellschafter oder die Gesellschaft die zur Bewertung des Geschäftsanteils erforderlichen Auskünfte nicht freiwillig erteilen.
- Zu befürchten ist, dass die Bereitschaft zur Auskunftserteilung mit Bekanntwerden des Beschlusses des BGH abnehmen wird.

Jörg-Dieter Battke

## VERPFLICHTUNG DER KOMMUNALEN HOLDING-GMBH ZUR BILDUNG EINES PARITÄTISCH BESETZTEN AUFSICHTSRATES?

Die Stadt B. lässt einen Teil der ihr obliegenden Verpflichtungen durch Gesellschaften in privater Rechtsform erfüllen, an denen sie mittelbar über die B. Beteiligungs- und Vermögensverwaltungs-GmbH (BBVG), einer 100% Tochtergesellschaft der Stadt B., beteiligt ist. Bei der BBVG handelt es sich um eine reine Vermögensholding, die sechs Arbeitnehmer beschäftigt. Ein Aufsichtsrat besteht bei der BBVG nicht.

Die BBVG ist alleinige Gesellschafterin der Stadtwerke B.-GmbH, die Mehrheitsanteilsownerin einer Gruppe von Tochtergesellschaften ist. Die Stadtwerke B.-GmbH und ihre Tochtergesellschaften beschäftigen insgesamt mehr als 2.000 Arbeitnehmer. Bei der Stadtwerke B.-GmbH ist ein paritätisch besetzter Aufsichtsrat eingerichtet.

Der Betriebsrat der Stadtwerke B.-GmbH war der Auffassung, dass die mehr als 2.000 Mitarbeiter der Stadtwerke B.-GmbH und deren Tochtergesellschaften der BBVG als sog. herrschenden Unternehmen zuzurechnen sind. Folglich müsse bei der BBVG ein je zur Hälfte aus Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertretern bestehender Aufsichtsrat gebildet werden. Dieser Auffassung trat die BBVG im Wesentlichen mit dem Argument entgegen, dass sie als reine Vermögensholding keine Leitungsmacht über die Stadtwerke B.-GmbH ausübt.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Entscheidung der Vorinstanz, wonach die BBVG keinen

Aufsichtsrat nach den Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes bilden muss, mit Beschluss vom 4. Juli 2013 – I – 26 W 13/08 bestätigt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf stützt seine Entscheidung im Wesentlichen darauf, dass die BBVG zwar als herrschendes Unternehmen anzusehen ist, doch weder die BBVG noch die Stadt B. den Stadtwerken B.-GmbH Weisungen erteilt und mithin keine Leitungsmacht ausübt. Die gesetzliche Vermutung der §§ 17, 18 AktG, wonach bei einer solchen – im kommunalen Bereich durchaus üblichen – Unternehmensstruktur alle Unternehmen einen »von oben« geführten Konzern bilden, war deshalb widerlegt. Eine Verpflichtung zur Bildung eines paritätisch besetzten Aufsichtsrates bei der BBVG bestand daher mangels der hierfür notwendigen Beschäftigtenzahl nicht.

### FAZIT

- ▶ Maßgebend für die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes und die hiermit einhergehende paritätische Besetzung des Aufsichtsrates ist die Anzahl der Arbeitnehmer der Konzernunternehmen.
- ▶ Soweit im Einzelfall diese Anzahl erreicht wird, führt dies nicht zwingend zur paritätischen Besetzung des Aufsichtsrates, soweit vom herrschenden Unternehmen dem beherrschten Unternehmen gegenüber keine Weisungen erteilt und keine Leitungsmacht ausgeübt wird.

Jörg-Dieter Battke

## LEIHARBEITNEHMER ALS PERSONALKONZEPT: EIN AUSLAUFMODELL?

»Die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt vorübergehend«. Seit dem 1. Dezember 2011 steht dies in § 1 S. 2 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG). Zuvor war eine zeitliche Begrenzung der Überlassung nicht vorgeschrieben. Höchst umstritten ist seitdem, was unter »vorübergehend« zu verstehen ist und ob damit der Einsatz von Leiharbeitnehmern als dauerhaftes Flexibilisierungselement des Personalbedarfs noch bestehen kann. In der Praxis stellt sich diese Frage vor allem bei der Entscheidung,

ob der Betriebsrat des Entleiherbetriebs die Einstellung von Leiharbeitnehmern mit der Begründung verhindern kann, diese erfolge nicht »vorübergehend«. Verschiedene Arbeitsgerichte und Landesarbeitsgerichte hatten diese Frage in der Vergangenheit unterschiedlich beantwortet. Das Bundesarbeitsgericht hat hierzu nunmehr in seinem Beschluss vom 10. Juli 2013 (Az. 7 ABR 91/11) eine Grundsatzentscheidung getroffen: Das BAG bestätigte die Rechtmäßigkeit der Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 1 Nr. 1

BetrVG beim Vorhaben des Arbeitgebers, einen Leiharbeiter auf unbestimmte Zeit einzustellen.

Die Arbeitsgerichte Cottbus (Beschluss vom 25. April 2012 – 2 BV 8/12) und Offenbach (Urteil vom 1. August 2012 – 10 BV 1/12) sowie das Landesarbeitsgericht Niedersachsen (Beschluss vom 19. September 2012 – 17 TaBV 124/11) hatten bereits im Jahre 2012 entschieden, dass § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG ein Verbotsgesetz i. S. v. § 99 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG sei, welches die nicht nur vorübergehende Überlassung verbiete. Der Zweck der Norm, die Einstellung von Leiharbeitnehmern auf Dauerarbeitsplätzen zu verhindern, komme hinreichend deutlich zum Ausdruck. Wenn die Einstellung insofern nicht den Bestimmungen des AÜG entspreche, sei es im Sinne effizienter Rechtsdurchsetzung erforderlich, dem Betriebsrat ein Zustimmungsverweigerungsrecht einzuräumen. Der nationale Gesetzgeber habe zwar kein grundsätzliches Verbot der dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung geregelt. Der Zweck der Leiharbeitsrichtlinie könne aber mangels Regelungen im AÜG nur dann gewahrt werden, wenn die Einstellung selbst unterbleibe. Art. 10 der europäischen Leiharbeitsrichtlinie (2008/104/EG) verlange bei Verstößen wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen. Dies hatten u.a. das ArbG Leipzig (Urteil vom 15. Februar 2012 – 11 BV 79/11) und das ArbG Mönchengladbach (Beschluss vom 29. März 2012 – 1 BV 14/12) noch anders beurteilt. Das Bundesarbeitsgericht hat nunmehr klargestellt, dass in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG ein Verbotsgesetz i. S. des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG zu sehen ist.

Der EuGH hatte mit Urteil vom 11. April 2013 (C-290/12) entschieden, dass die Richtlinie 1999/70/EG zur Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge nicht auf befristete Arbeitsverhältnisse von Leiharbeitnehmern anzuwenden ist. Damit besteht für frühere Fälle, die noch nicht unter die Leiharbeitsrichtlinie fallen, kein besonderer unionsrechtlicher Schutz. Dies hat sich jedoch für aktuelle Fälle durch die Leiharbeitsrichtlinie geändert. Damit beeinflusst das Urteil des EuGH die hier besprochene Rechtsprechung des BAG nicht.

Die Gelegenheit, auch den Begriff »vorübergehend« möglichst abschließend zu definieren und die damit einhergehenden Unklarheiten zu beseitigen,

hat das Bundesarbeitsgericht indes nicht genutzt. Da im konkreten Fall eine dauerhafte Überlassung erfolgen sollte, konnte sich das Gericht darauf beschränken, jedenfalls die zeitlich unbegrenzte Überlassung als nicht mehr vorübergehend zu qualifizieren. Wann ein nicht auf Dauer gewollter Einsatz eines Leiharbeitnehmers nicht mehr »vorübergehend« ist, bleibt offen. Teile des Schrifttums lehnen sich an den Wertungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) an und bewerten eine Überlassung immer dann als vorübergehend, wenn für sie einer der Befristungsgründe des § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG vorliegt. (s. dazu oben Beitrag von Kiss, »Keine Befristung wegen vorübergehendem Bedarf bei unsicherer Prognose«).

Dagegen stellen die Landesarbeitsgerichte Düsseldorf (Az. 17 TaBV 48/12) und Niedersachsen (wenngleich mit unterschiedlichem Ergebnis) auf eine wertende Inhaltsbestimmung anhand einer Missbrauchskontrolle ab. Nach Auffassung der 17. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf (Urteil vom 2. Oktober 2012) habe der Gesetzgeber den Begriff »vorübergehend« im Sinne der Leiharbeitsrichtlinie als flexible Zeitkomponente verstanden und insbesondere auf genau bestimmte Höchstfristen verzichtet. Entstehungsgeschichte und Gesetzesbegründung sprächen mithin dagegen, dass bereits zu Beginn einer Überlassung deren Ende feststehen müsse. Deshalb sei es nicht erforderlich, dass der Einsatz eines Leiharbeitnehmers von vornherein zeitlich befristet sei. Dem AÜG stünden keine Einsätze entgegen, deren Dauer noch nicht endgültig feststehe. Auf die Wertungen des TzBfG könne nicht zurückgegriffen werden. Es verbleibe allenfalls eine Missbrauchskontrolle. Nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 19. September 2012 (Az. 17 TaBV 124/11) dagegen ist der Dauerverleih von Arbeitnehmern seit der Neufassung des AÜG unzulässig. Mit der Aufnahme des Adjektivs »vorübergehend« habe der Gesetzgeber klargestellt, dass die Dauerüberlassung von Leiharbeitnehmern unzulässig sei, um den Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung zu unterbinden. Wenn der Arbeitgeber Leiharbeiter einstelle, um eine Senkung der Personalkosten zu erreichen, sei dies als »institutioneller Rechtsmissbrauch« zu qualifizieren und daher ein Verstoß gegen § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG. Angesichts

dieser divergierenden Rechtsprechung bleibt auch hier eine Grundsatzentscheidung des Bundesarbeitsgerichts abzuwarten. (Zur Unzulässigkeit der Befristung eines Arbeitsverhältnisses ohne konkrete Prognose eines nur vorübergehenden Bedarfs im Zeitpunkt der Befristung s. Beitrag von Frau Dr. Kiss, S.12).

#### FAZIT

► Die Entscheidung stärkt die Rechte des Betriebsrates, der auch bei einem Verstoß gegen § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG

seine Zustimmung zur Einstellung verweigern kann. Hingegen ist die Auslegung des Merkmals »vorübergehend« weiterhin unsicher.

► In der Einstellungspraxis gilt daher auch künftig besondere Vorsicht bei längeren Einsätzen eines Leiharbeitnehmers. Ein dauerhafter Einsatz auf einem Dauerarbeitsplatz wird nicht mehr vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz gedeckt sein.

Dr. Andrea Benkendorff

## MITBESTIMMUNGS- UND ÜBERWACHUNGSRECHTE BEI KONZERNWEITER PERSONALSOFTWARE

Das BAG hat sich in einem Beschluss vom 25. September 2012 (1 ABR 45/11) zur Abgrenzung der Mitbestimmungsrechte zwischen Konzernbetriebsrat und Einzelbetriebsräten, insbesondere zu der Frage, in wessen Kompetenz die Einführung eines Personalsoftwaresystems fällt, geäußert. Das betreffende Unternehmen führte ein Programm für die Personalverwaltung durch ein konzernangehöriges Unternehmen für mehrere Tochtergesellschaften ein. Das System erhebt individualisierbare Verhaltens- oder Leistungsdaten der Mitarbeiter und zeichnet sie auf. Die Einführung unterliegt damit grds. dem Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Für dessen Ausübung ist allerdings - so die Entscheidung - der Konzernbetriebsrat nach § 58 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BetrVG zuständig, wenn die Angelegenheit nicht auf den einzelnen Betrieb beschränkt ist und deshalb die Interessen der Arbeitnehmer nicht mehr auf der betrieblichen Ebene gewahrt werden können.

Interessant wird die Entscheidung vor dem Hintergrund des Beschlusses desselben Senats vom 16. August 2011 (1 ABR 22/10). Darin entschieden die

Richter, dass die Überwachungsrechte aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG allein dem (Einzel-) Betriebsrat zustehen.

In Konsequenz der o.g. beiden Beschlüsse können die Zuständigkeit zum Erlass einer Betriebsvereinbarung und die Zuständigkeit zu deren Kontrolle bei verschiedenen Organen liegen. Insbesondere kann ein vom Gesamt- oder Konzernbetriebsrat geschlossener Rechtssatz der Überwachung mehrerer Einzelbetriebsräte unterliegen.

#### FAZIT

► Die Entscheidung betont die vorrangige Zuständigkeit des Betriebsrats vor dem Gesamt- oder Konzernbetriebsrat, teilt aber einen Regelungsgegenstand in eine Abschluss- und eine Überwachungszuständigkeit.

► Um der Kompetenzaufspaltung entgegenzuwirken, sollte der Betriebsrat den Gesamtbetriebsrat nach § 50 Abs. 2 BetrVG und der Gesamtbetriebsrat den Konzernbetriebsrat nach § 58 Abs. 2 BetrVG mit der Wahrnehmung seiner Aufgaben beauftragen.

Dr. Andrea Benkendorff

## VERFAHRENSFEHLERHAFTER BETRIEBSRATSBESCHLUSS – RECHTSPRECHUNGSÄNDERUNG?

Gemäß § 29 Abs. 2 S. 3 BetrVG hat der Betriebsratsvorsitzende Betriebsratsmitglieder zu den Sitzungen rechtzeitig unter Mitteilung der Tagesordnung zu laden. Die Tagesordnung muss dabei so genau sein, dass das Betriebsratsmitglied erkennen kann, welche

Fragen zur Beratung/Beschlussfassung gestellt werden sollen, und sich entsprechend auf die Betriebsratssitzung vorbereiten kann.

Nach der derzeitigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes und herrschenden Meinung

können Betriebsratsbeschlüsse in Betriebsratssitzungen grundsätzlich nicht wirksam getroffen werden, wenn sie ohne Mitteilung einer entsprechenden Tagesordnung erfolgt sind. Die Mitteilung eines Tagesordnungspunktes »Verschiedenes« steht insoweit dem Fehlen einer Tagesordnung gleich. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz soll nur dann gelten, wenn alle Betriebsratsmitglieder in der Betriebsratssitzung anwesend sind und der Beschlussfassung zustimmen.

Diese Rechtsprechung möchte der 1. Senat des Bundesarbeitsgerichtes aufgeben und die Ansicht vertreten, dass die Ladung zu einer Betriebsratssitzung ohne Mitteilung der Tagesordnung nicht zur Unwirksamkeit eines in dieser Betriebsratssitzung gefassten Beschlusses führt, wenn sämtliche Mitglieder des Betriebsrates rechtzeitig geladen sind, der Betriebsrat beschlussfähig ist und die anwesenden Betriebsratsmitglieder einstimmig beschlossen haben, über den Regelungsgegenstand des später gefassten Beschlusses zu beraten und abzustimmen. Nicht erforderlich

sein soll danach zukünftig, dass in dieser Betriebsratssitzung auch alle Betriebsratsmitglieder anwesend sein müssen.

Da der 1. Senat des Bundesarbeitsgerichtes mit dieser Ansicht von der Rechtsprechung des 7. Senats des Bundesarbeitsgerichtes abweichen will, hat er in seinem Beschluss vom 9. Juli 2013 – 1 ABR 2/13 – dem 7. Senat die Frage vorgelegt, ob dieser an seiner bisherigen Rechtsprechung festhalten will.

#### FAZIT

► Es bleibt abzuwarten, ob der 7. Senat an seiner Rechtsprechung festhalten wird. Da der Arbeitgeber die Einladung zu den Betriebsratssitzungen nicht erhält, würde die Rechtsprechungsänderung den Arbeitgebern größere Sicherheit geben, dass Betriebsratsbeschlüsse auch dann als wirksam angesehen werden, wenn ihnen keine ordnungsgemäße Tagesordnung zugrunde liegen.

Frank Martin Thomsen

## VERHINDERUNG EINES BETRIEBSRATSMITGLIEDES

Mit seinem Beschluss vom 24. April 2013 führt das Bundesarbeitsgericht (7 ABR 82/11) seine bisherige Rechtsprechung zur Verhinderung von Betriebsratsmitgliedern bei Maßnahmen des Betriebsrates fort.

Ein Betriebsrat hatte über die Versetzung eines Arbeitnehmers zu beschließen. An der Beschlussfassung wirkte ein Betriebsratsmitglied mit, das zuvor selbst die Versetzung auf die begehrte Stelle beantragt hatte. Die Arbeitgeberin hielt den Beschluss deswegen für unwirksam. Sie meinte, dass so befangene Mitglied hätte nicht mitstimmen dürfen.

Den Antrag der Arbeitgeberin wies das Bundesarbeitsgericht ab. Das Gericht führte zunächst aus, dass ein Betriebsratsmitglied auch dann nicht von der Beratung und Beschlussfassung des Betriebsrates über den Antrag des Arbeitgebers auf Versetzung ausgeschlossen sei, wenn er sich selbst auf die zu besetzende Stelle beworben habe. Generell gelte, dass ein Betriebsratsmitglied nur dann im rechtlichen Sinne verhindert und von seiner Organtätigkeit ausgeschlossen sei, wenn Maßnahmen und Regelungen

das Mitglied individuell und unmittelbar betreffen. Wenn also der Arbeitgeber wie hier die Zustimmung zur Versetzung bzw. Besetzung einer Stelle beantragt, so ist ein Betriebsratsmitglied nur dann von der Mitbestimmung des Betriebsrates nach § 99 Betriebsverfassungsgesetz ausgeschlossen, wenn das Betriebsratsmitglied selbst die Person ist, auf die sich das Zustimmungersuchen des Arbeitgebers unmittelbar richtet.

#### FAZIT

► Ein Betriebsratsmitglied ist von Beratung und Beschlussfassung des Betriebsrates ausgeschlossen, wenn die konkrete Maßnahme es individuell und unmittelbar betrifft. Wirkt es dennoch mit, so ist der Beschluss des Betriebsrates unwirksam.

► Eine nur mittelbare Berührung der Interessen des Betriebsratsmitglied vermag dagegen dessen Teilhabe an Beratung und Beschlussfassung des Betriebsrates nicht zu hindern.

Cathleen Schiller

## KEINE BEFRISTUNG WEGEN VORÜBERGEHEMDEM BEDARF BEI UNSICHERER PROGNOSE

Ein Arbeitsvertrag kann mit Sachgrund gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG befristet werden, wenn die Befristung durch einen - insbesondere durch im Gesetz aufgelisteten - Sachgrund gerechtfertigt ist. So kann ein vorübergehender Bedarf an der Arbeitsleistung eine Befristung des Arbeitsvertrages wirksam begründen. Die Befristung ist gleichwohl unwirksam, wenn die Prognose über den vorübergehenden Bedarf zum Zeitpunkt der Befristung unsicher ist. Dies hat das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 1. September 2013 (7 AZR 707/12) entschieden.

Voraussetzung einer Befristung ist, dass der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht. Hierzu muss auch zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit hinreichender Sicherheit zu erwarten sein, dass nach der vorgesehenen Beendigung des Vertrages für die Tätigkeit des Mitarbeiters kein dauerhafter betrieblicher Bedarf mehr besteht. Der Arbeitgeber muss bereits bei Vertragsschluss eine entsprechende Prognose aufstellen und diese begründen können. Falls zu diesem Zeitpunkt allerdings noch nicht ersichtlich ist, ob der Arbeitsbedarf weiterhin dauerhaft besteht, ist die

Befristung unwirksam. So besteht keine hinreichend sichere Prognose für den nur vorübergehenden Bedarf, wenn dem Arbeitgeber staatliche Aufgaben von öffentlicher Hand nur zeitweise übertragen sind. Für die Befristung reicht es nicht aus, dass eine Aufgabe bei dem Arbeitgeber nur möglicherweise entfällt. (Zur Frage, ob auch Leiharbeitsverträge nur befristet sein dürfen, ein nur vorübergehender Bedarf von vornherein also feststehen muss, s. Frau Dr. Benkendorff, S. 8 ff.)

### FAZIT

- ▶ Eine Ungewissheit über die Fortführung von staatlichen Projekten rechtfertigt eine Befristung des Arbeitsvertrages nicht.
- ▶ Beim tatsächlichen Wegfall bestimmter Aufgaben, für die der Arbeitnehmer angestellt worden war, kommt lediglich eine betriebsbedingte Kündigung in Frage.
- ▶ Die Wirksamkeit von bereits erfolgten Befristungen wegen staatlich geförderter Projekte muss in jedem Einzelfall gesondert geprüft werden.

Dr. jur. (BP-PPKE) Orsolya Kiss, LL.M.

## BILLIGES ERMESSEN BEI DER ZAHLUNG EINER JÄHRLICHEN ZUSATZLEISTUNG

Das Bundesarbeitsgericht hat in Urteilen vom 20. März 2013 und 17. April 2013 folgende Grundsätze des freien Ermessens im Zusammenhang mit der Gewährung einer jährlichen Zusatzleistung des Arbeitgebers festgelegt:

Ist im Arbeitsvertrag ein jährlicher Leistungsbonus vereinbart, welcher sich an einer individuellen Zielerreichung, dem Teamverhalten sowie dem Erfolg des Arbeitgebers orientiert, ist dies eine Verpflichtung zur Festlegung einer jährlichen Bonuszahlung nach billigem Ermessen. Diese ist rechtswirksam. Die Parteien haben den Bonus dem Grunde nach bestimmt, aber dessen Höhe nicht (z.B. als Mindestbonus) festgelegt. Der Arbeitgeber hat demnach die Höhe des Anspruchs und die Gewichtung der Kriterien nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) zu bestimmen. Der Arbeitgeber muss dieses billige Ermessen fehlerfrei ausüben.

Daher könne der Bonus in einem Beschäftigungsjahr im Ausnahmefall wegen besonders wichtiger Gründe auch auf »Null« zurückgehen. Dies bedeute weder ein Verstoß gegen das Transparenzgebot noch sei es eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers (§ 307 I, II BGB).

Im zweiten Urteil vom 17. April 2013 war im Arbeitsvertrag war die Zahlung einer Tantieme für das erste Beschäftigungsjahr festgelegt, die vom Arbeitgeber auch in den Folgejahren gezahlt und dann eingestellt worden war. Das Bundesarbeitsgericht sah in der Zahlung in den Folgejahren eine konkludente Abrede und nahm damit einen vertraglichen Anspruch auf die Tantiemenzahlung an. Da aber der Betrag nicht festgehalten worden war, musste der Arbeitgeber nach § 315 BGB die Tantieme nach billi-

gem Ermessen bestimmen. Aufzuklären wäre, nach welchen Kriterien der Arbeitgeber die Höhe der Zahlung nach billigem Ermessen festlegen kann.

### FAZIT

- ▶ Erhält der Arbeitnehmer über Jahre hinweg eine jährliche Zusatzzahlung, so kann dadurch aufgrund einer konkludent geschlossenen Vereinbarung ein

Anspruch auf künftige Sonderzahlungen entstehen. Über die Höhe hat der Arbeitgeber nach billigem Ermessen gem. § 315 BGB zu entscheiden.

- ▶ Die Nichtgewährung einer vertraglich vereinbarten Zusatzvergütung ist aufgrund besonders wichtiger Umstände im Unternehmen zulässig, wenn die Bestimmung der Höhe auf »Null« im billigen Ermessen liegt

Dr. Andrea Benkendorff

## NEUE NETTOMETHODE FÜR DIE HÖHE DES PFÄNDBAREN EINKOMMENS

Das Bundesarbeitsgericht hat mit seinem Urteil vom 17. April 2013 (10 AZR 59/12) die Methode zur Berechnung des pfändbaren Einkommens umgestellt. Statt der bisherigen sogenannten Bruttomethode soll nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts bei der Lohnpfändung nunmehr eine neue Berechnungsmethode Anwendung finden, die sich stark auf die Höhe des pfändbaren Betrages auswirken kann. Bislang wurden vom Gesamtbrutto die unpfändbaren Bezüge, die Sozialversicherungsbeiträge und Steuern abgezogen. Anders bei der neuen Nettomethode: Hier zieht man die unpfändbaren Bezüge vom Bruttoeinkommen ab, hiernach werden die Lohnsteuer und Sozialversicherungsabgaben aus dem Restbetrag ermittelt und abgezogen. Der verbleibende Betrag ist dann das pfändbare Einkommen, aus dem der Pfändungsbetrag mit Hilfe der Pfändungstabelle festgestellt wird. Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichtes sichert die neue Nettomethode besser den Pfändungsschutz und benachteiligt den Pfändungsgläubiger nicht. Zusammengefasst ist gemäß der neuen Nettomethode bei der Ermittlung des pfändbaren Einkommens wie folgt zu verfahren:

1. Vom Bruttoeinkommen ist der unpfändbare Sonderbezug abzuziehen (vgl. § 350 a ZPO).

2. Sodann sind die (hypothetischen) Steuern und die vom Arbeitnehmer zu tragenden Sozialversicherungsabgaben abzuziehen, die auf dieses verbleibende Bruttoeinkommen zu zahlen wären.

3. Auf Basis des Restbetrages ist anhand der Tabelle gemäß § 350 c ZPO der pfändbare Betrag zu ermitteln.

4. Schließlich wird vom tatsächlichen Nettoeinkommen der nach oben genannter Methode ermittelte pfändbare Betrag abgezogen und an den Gläubiger abgeführt. Das restliche Nettoeinkommen wird an den Arbeitnehmer gezahlt.

### FAZIT

- ▶ Unterschiede in der Ermittlung der pfändbaren Beträge ergeben sich beim Erhalt von z. B. Urlaubsgeld oder Überstundenvergütungen sowie anderen unpfändbaren Bezügen.
- ▶ Die Lohnabrechnungsprogramme müssen auf die neue Nettoberechnungsmethode umgestellt werden. Ansonsten droht dem Arbeitgeber als Drittschuldner eine Haftung.

Dr. Andrea Benkendorff

## KEINE QUOTELUNG VON URLAUBSANSPRÜCHEN BEI WECHSEL VON VOLL- IN TEILZEIT

Das Bundesurlaubsgesetz enthält keine Regelung zu der Frage, wie ein Urlaubsanspruch eines Arbeitnehmers zu berechnen ist, der während einer Vollzeit-tätigkeit entstanden war, aber nicht genommen werden konnte, wenn der Arbeitnehmer von Voll- in Teilzeit mit weniger Arbeitstagen in der Woche wechselt.

Das Arbeitsgericht Nienburg hat dem Europäischen Gerichtshof die Frage vorgelegt, ob eine Quotelung des Urlaubsanspruches in einem solchen Fall mit der entsprechenden EG-Richtlinie zu vereinbaren sei.

Der Vorlage lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Eine Arbeitnehmerin, die in Vollzeit beschäftigt war,

konnte 29 Urlaubstage wegen Mutterschutz und Elternzeit nicht nehmen. Nach Rückkehr aus der Elternzeit war sie in Teilzeit an drei Tagen in der Woche für den Arbeitgeber tätig. Die Arbeitnehmerin war der Meinung, dass ihr weiterhin die 29 noch nicht genommenen Urlaubstage zustünden. Demgegenüber vertrat der Arbeitgeber die Ansicht, dass die 29 Urlaubstage auf der Grundlage der derzeitigen Anzahl an Wochenarbeitsdagen neu zu berechnen und demgemäß nur noch 17 Urlaubstage seien. Die 29 Urlaubstage müssten durch die damaligen fünf Arbeitstage der Arbeitnehmerin dividiert und anschließend mit der Anzahl ihrer derzeitigen Arbeitstage multipliziert werden. Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 13. Juni 2013 – C 415/12 – entschieden, dass eine Quotelung des Urlaubs gegen Unionsrecht verstoße. Ein bereits erworbener Urlaubsanspruch dürfe dem Arbeitnehmer nicht dadurch verloren gehen, dass er von einer Vollzeit- in eine Teilzeitbeschäftigung wech-

sele. Der Arbeitnehmerin stünden demgemäß weiterhin noch 29 Urlaubstage zu. Der Urlaubsanspruch von 29 Urlaubstagen bedeutet bei einer 3-Tage-Woche, dass die Arbeitnehmerin nahezu 10 Wochen von der Arbeit fern bleiben kann.

#### FAZIT

- ▶ Nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes darf eine Quotelung eines bereits entstandenen Urlaubsanspruches wegen Wechsel von Voll- in Teilzeit nicht erfolgen.
- ▶ Dies kann erhebliche Folgen haben, wenn ein Arbeitnehmer aufgrund der Teilzeit nur noch an wenigen Tagen in der Woche arbeitet. In einem solchen Fall ist eine Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer zu erwägen, nach Rückkehr aus der Elternzeit zunächst den noch nicht genommenen Urlaub aus der Vollzeittätigkeit zu nehmen und erst anschließend das Teilzeitarbeitsverhältnis beginnen zu lassen.

Frank Martin Thomsen

## GESCHMACKSMUSTERRECHT: NACHWEIS DER INHABERSCHAFT AN EINEM BENUTZUNGSGESCHMACKSMUSTER – BOLEROJÄCKCHEN

Wer sich im Streit um Designverletzungen auf ein nicht eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster, d. h. auf ein sogenanntes Benutzungsgeschmacksmuster, stützt, der muss im Prozess beweisen, dass er der Inhaber des Musterrechtes ist. Dabei kann er sich nicht allein auf dem Umstand stützen, dass er es war, der das Muster erstmalig innerhalb der Europäischen Union der Öffentlichkeit zugänglich gemacht hat. Denn aus diesem Umstand streitet keine Vermutung für die Inhaberschaft. So lautet eine aktuelle Entscheidung des Bundesgerichtshofes (BGH, Urt. v. 13. Dezember 2012 – I ZR 23/12 – BOLEROJÄCKCHEN).

Geschmacksmusterrechte an einem Design werden in der Regel durch Anmeldung und Eintragung des Musters bei den zuständigen Ämtern (z. B. dem DPMA oder dem HABM) erworben. Wird das Musterrecht verletzt, so bereitet der Nachweis der Inhaberschaft an dem Musterrecht in der Regel keine Probleme. Denn es wird kraft Gesetzes vermutet, dass derjenige der Inhaber ist, der im Musterregister als Inhaber eingetragen ist. Anders als nach deut-

schem Recht kann der Entwerfer nach EU-Recht auch ohne formelle Eintragung ein Musterrecht dadurch erwerben, dass er das entworfene Muster veröffentlicht (sog. EU-Benutzungsgeschmacksmuster). In diesem Fall muss der Inhaber im Verletzungsfall konkret nachweisen, dass er bzw. seine Mitarbeiter das Muster entworfen haben. Hierfür kann er beispielsweise auf Zeugenaussagen oder auf Skizzen zurückgreifen.

In dem Fall, über den der Bundesgerichtshof zu entscheiden hatte, konnte der Inhaber des Rechts sowohl Skizzen als auch Zeugen vorweisen. Seine Arbeitnehmer konnten bestätigen, dass sie das skizzierte Muster entworfen hatten. Das Problem war, dass die Skizzen ein entscheidendes Merkmal des Musters nicht wiedergaben. Dieses Merkmal war wohl erst zu einem späteren Zeitpunkt im Zuge einer Weiterentwicklung in das Muster eingeflossen. Das konnte der Inhaber nicht beweisen. Dass er es war, der das Produkt auf den Markt gebracht hatte, genügte dem Bundesgerichtshof nicht.

#### FAZIT

- ▶ Für Designschaffende bedeutet dies, dass sie die Genese ihres Designs akribisch dokumentieren müssen, und zwar sowohl hinsichtlich des Designs als auch hinsichtlich des Entwerfers und des jeweiligen Zeitpunktes des Entwurfes. Scheitert diese

Dokumentation, z. B. weil eine Zeichnung entscheidende Merkmale des Musters nicht wiedergibt, so scheitert in der Regel auch der Nachweis der Inhaberschaft an dem Musterrecht. Wem das zu riskant ist, der sollte sein Muster amtlich registrieren lassen.

Carsten Albert

## WETTBEWERBSRECHT: NEUE REGELN IM UWG

Ab dem 9. Oktober 2013 gelten neue Regeln im Wettbewerbsrecht.

1. Für Direktwerber gelten künftig verschärfte Vorschriften. Denn Werbenachrichten sind nicht nur dann wettbewerbswidrig, wenn ihr Absender anonym bleibt, sondern auch dann, wenn die Werbenachricht nicht die Pflichtangaben wiedergibt, die § 6 Abs. 1 Telemediengesetz vorschreibt. Hier geht es um die klare Offenlegung des kommerziellen Charakters der Kommunikation und des Absenders bzw. Auftraggebers. Ebenso müssen eventuelle Preisnachlässe, Geschenke oder Preisausschreiben mit Werbecharakter sowie ihre näheren Bedingungen klar und eindeutig angegeben werden, sonst ist die Werbenachricht wettbewerbswidrig. Dasselbe gilt, falls die Werbenachricht auf eine Internetseite verlinkt, die nicht die notwendigen Angaben enthält.

2. Wer rechtsmissbräuchlich abgemahnt wird, der kann künftig Ersatz für seine Verteidigungsaufwendungen verlangen. Das ist neu und befreit die Opfer rechtsmissbräuchlicher Abmahnungen von dem Gefühl, in der Sache gewonnen, finanziell aber verloren zu haben. Die Ersatzpflicht gilt aber nur für rechtsmissbräuchliche Abmahnungen. Dies sind Extremfälle.

3. Unbillige finanzielle Belastungen aus einem Wettbewerbsverstoß vermeidet künftig das sog. Streitwertprivileg: Wer gegen Wettbewerbsrecht ver-

stößt und durch die Belastung mit den Prozesskosten in seiner wirtschaftlichen Lage erheblich gefährdet wird, dem kann das Gericht durch eine Herabsetzung des Streitwertes (und damit mittelbar der Prozesskosten) helfen. Auch das ist grundsätzlich sachgerecht. Denn auch kleine Wettbewerbsverletzungen können grundsätzlich große Auswirkungen haben und zu hohen Streitwerten führen. Hier soll zumindest für die Extremfälle Abhilfe geschaffen werden.

4. Verschärft werden die Konstellationen, in denen eine wettbewerbswidrige Verhaltensweise von den amtlichen Stellen als Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann. Bislang sind das vor allem Fälle, in denen Verbraucher ohne vorherige Zustimmung angerufen werden. Künftig zählen auch solche Werbetechniken dazu, die automatische Anrufmaschinen verwenden. Der Bußgeldrahmen wurde deutlich aufgestockt und zwar von 50.000 EUR auf empfindliche 300.000 EUR.

#### FAZIT

- ▶ Werbetreibende müssen sich auf die Neuerungen einstellen. Für sie gelten punktuell strengere Vorgaben.
- ▶ Im Gegenzug erhalten sie mit dem Kostenerstattungsanspruch eine Verteidigungsoption, die auch finanziell effektiv ist, sowie einen Schutz vor ruinösen Prozesskosten.

Carsten Albert

## URHEBERRECHT: NEUE REGELN AUCH IM URHEBERRECHT

Zeitgleich mit den Änderungen im Wettbewerbsrecht treten ab dem 9. Oktober 2013 Änderungen im Urheberrecht in Kraft.

1. Urheberrechtliche Abmahnungen müssen künftig zusätzliche Formalien erfüllen, um überhaupt wirksam zu sein. Dazu gehören insbesondere Angaben



darüber, ob eine geforderte Unterlassungserklärung so formuliert ist, dass sie über die eigentlich gerügte Rechtsverletzung hinausgeht. Der Abmahnende muss damit im Ergebnis über die Grenzen seiner eigenen Rechtsposition aufklären. Das ist ungewöhnlich, dient aber dem Schutz des Abgemahnten.

2. Verbraucher profitieren von einer im Detail günstigeren Regelung über die Begrenzung der Anwaltskosten, die sie dem Abmahnenden bei einer berechtigten Abmahnung grundsätzlich ersetzen müssen. Beim ersten Verstoß gegen fremde Urheberrechte sind die Anwaltskosten, die erstattet werden müssen, künftig per se limitiert. Nur in solchen Konstellationen, in denen die Limitierung unbillig wäre, gilt das Limit nicht. Das Gericht davon zu überzeugen, liegt in der Hand des Abmahnenden.

3. Wer zu Unrecht oder unter Verletzung der geltenden Formalien abgemahnt wird, der kann künftig im Grundsatz Ersatz für seine Verteidigungsaufwen-

dungen verlangen. Die Regelung schafft letztlich Waffengleichheit zwischen den Parteien, die sich gegenüber stehen.

4. Verbraucher können künftig nur an ihrem Wohnsitz verklagt werden. Damit wird den Rechteinhabern das bislang faktisch bestehende Recht, den Gerichtsstand zu bestimmen, entzogen. Soweit es nicht um Verbraucher geht, bleibt es bei dem Wahlrecht, wie es bislang besteht.

#### FAZIT

- Rechteinhaber müssen und Rechteverletzer können sich auf die Neuerungen einstellen.
- Für Rechteinhaber dürften die Neuerungen nicht unerhebliche Erschwerungen bringen. Insbesondere bei den Formalien der Abmahnung müssen sie künftig genau hinschauen.
- Für Rechteverletzer bedeuten die Änderungen vor allem eines: Schutz.

Carsten Albert

### MARKENRECHT: ANMELDUNG EINER 3D-MARKE – BGH SCHOKOLADENSTÄBCHEN

Der Markenmeldung für eine 3D-Marke müssen nicht zwingend mehrere Ansichten von der Marke beigelegt werden, z. B. um die dreidimensionale Form, die als Marke geschützt werden soll, aus allen nur denkbaren Perspektiven wiederzugeben. Es kann grundsätzlich auch eine einzige Abbildung genügen. So lautet eine aktuelle Entscheidung des Bundesgerichtshofes (BGH, Beschl. v. 28. Februar 2013 – I ZB 56/11 – SCHOKOLADENSTÄBCHEN. Denn die einschlägigen Bestimmungen im deutschen Markenrecht sehen nicht vor, dass bei dreidimensionalen Gestaltungen zwingend mehr als eine Ansicht von der Marke eingereicht werden muss. Für die internationale Registrierung von Marken gilt dasselbe.

Dennoch muss die Marke, die angemeldet wird, aber hinreichend bestimmt sein. Das bedeutet, dass die Marke in der Anmeldung so klar und eindeutig abgebildet sein muss, dass der Schutzgegenstand des Markenrechtes genau identifiziert und bestimmt werden kann. Diesen Anforderungen genügt es nicht, wenn sich die Marke der Abbildung zufolge auf unterschiedliche Erscheinungsformen erstreckt.

Vielmehr ist es bei einer 3D-Marke erforderlich, dass der Abbildung die räumliche Ausdehnung der Marke in perspektivisch eindeutiger Weise entnommen werden kann. Ist das nicht der Fall, so sind mehrere Abbildungen erforderlich, um die Marke eindeutig zu beschreiben.

In der Konstellation, über die der Bundesgerichtshof zu entscheiden hatte, war ein geschlängelt Schokoladenstäbchen als Marke angemeldet worden. Das Bundespatentgericht hatte den Standpunkt vertreten, dass der Anmeldung nicht eindeutig zu entnehmen sei, ob sich das Schokoladenstäbchen zweidimensional schlängelte oder ob es eine zusätzliche Dimension aufweise, also spiralförmig gestaltet sei. Desweiteren hatte das Bundespatentgericht die Frage aufgeworfen, ob bei einer komplexen dreidimensionalen Gestaltung nicht regelmäßig mehrere Ansichten eingereicht werden müssten, die den Gegenstand aus allen Perspektiven wiedergeben. Der Bundesgerichtshof, der in letzter Instanz über die Sache befand, verneinte dies. Die Entscheidung erging in dem Streit um die nachträgliche Schutz-

entziehung einer bereits international registrierten französischen Marke. Der Bundesgerichtshof entschied zugleich, dass die mangelnde Bestimmtheit zu den Gründen zählt, derentwegen einer bewilligten internationalen Marke der Schutz für das Territorium Deutschland nachträglich entzogen werden darf.

#### FAZIT

- Der Anmeldung einer 3D-Marke müssen nicht grundsätzlich mehrere Abbildungen beigelegt werden.

Carsten Albert

### PATENTRECHT: PRIORITÄTSRECHT KANN FORMLOS ÜBERTRAGEN WERDEN – BGH FAHRZEUGSCHEIBE

Das Recht auf die Inanspruchnahme der Priorität einer deutschen Patentanmeldung kann übertragen werden, ohne dass die Übertragung des Prioritätsrechtes einer besonderen Form bedarf. Das gilt auch dann, wenn die Priorität für eine europäische Patentanmeldung in Anspruch genommen werden soll. So lautet eine aktuelle Entscheidung des Bundesgerichtshofes (BGH, Urt. v. 16. April 2013 – X ZR 49/12 – FAHRZEUGSCHEIBE).

Auch bei Sachverhalten mit einer Verbindung zu einem ausländischen Staat, wie beispielsweise einer europäischen Patentanmeldung, gilt für die Übertragung des Rechtes auf die Inanspruchnahme der Priorität einer deutschen Patentanmeldung das deutsche Recht. Nach deutschem Recht ist die Übertragung des Prioritätsrechtes nicht formbedürftig. Die Übertragung benötigt also weder die handschriftliche Unterzeichnung der einzelnen Übertragungsdokumente, noch bedarf es beispielsweise einer notariellen Beurkundung der Dokumente. Art. 72 EPÜ, der vorschreibt, dass die rechtsgeschäftliche Übertragung einer europäischen Patentanmeldung schriftlich erfolgen muss und der Unterschrift der Vertragsparteien bedarf, gilt nur, soweit die Übertragung einer Anmeldung in Frage steht, nicht hin-

Dennoch ist es in der Regel empfehlenswert, die 3D-Marke anhand mehrerer Abbildungen zu beschreiben, um sicherzustellen, dass die Marke ausreichend bestimmt wiedergegeben ist. Desweiteren können es auch Überlegungen über den Schutzzumfang der Marke nahelegen, mehrere Abbildungen zu verwenden.

gegen für die Übertragung eines Prioritätsrechtes.

In dem Fall, über den der Bundesgerichtshof zu entscheiden hatte, hatte eine Konzerngesellschaft ein europäisches Patent angemeldet und dabei die Priorität einer deutschen Voranmeldung einer anderen Konzerngesellschaft in Anspruch genommen. Das Bundespatentgericht erkannte die Priorität der Voranmeldung nicht an, weil die Anmelderin nicht den Nachweis geführt habe, dass ihr das Prioritätsrecht aus der deutschen Anmeldung wirksam übertragen worden sei. Das Bundespatentgericht legte dabei wohl zugrunde, dass das Prioritätsrecht nur schriftlich übertragen werden kann. Dafür gaben die Unterlagen, die die Anmelderin vorgelegt hatte, nichts her. Der Bundesgerichtshof sah das anders. Die Entscheidung erging im Nichtigkeitsverfahren.

#### FAZIT

- Für F&E-Kooperationen bringt die BGH-Entscheidung Sicherheit und formale Erleichterungen. Die für Folgeanmeldungen durch Kooperationspartner oder durch andere dritte Personen notwendigen Prioritätsrechte können formfrei und damit aufwandsarm übertragen werden.

Carsten Albert

## HAFTUNG DES APOTHEKERS

»Die bei der Arzthaftung anerkannte Umkehr der Beweislast für den Kausalzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und Schaden gilt auch für die Haftung des Apothekers.« So hat das Oberlandesgericht (OLG) Köln in einem aktuellen Urteil vom 7. August 2013 (Az.: 5 U 92/12) zu dieser bisher nicht geklärten Frage entschieden. Die Revision zum BGH wurde zugelassen.

Was war passiert? Der Arzt hatte aufgrund eines Versehens einem Kind ein herzstärkendes Medikament in achtfach überhöhter Dosis verordnet. In der Apotheke fiel dies nicht auf. Das Kind nahm das Medikament ein, erlitt nach wenigen Tagen einen Herzstillstand und musste über einen Zeitraum von 50 Minuten reanimiert werden. Heute liegen bei dem Kind erhebliche Entwicklungsrückstände vor, wobei nicht klar ist, ob diese Folge des erlittenen Herzstillstandes oder einer bereits vorher vorliegenden Erkrankung (Down-Syndrom/Herzfehler) sind. Die Beweislast hierfür liege jedoch, so das OLG Köln, aufgrund der grob fehlerhaften Medikamentenabgabe beim Apotheker, der hier neben dem Arzt haftet.

Das OLG Köln hat zu den Pflichten eines Apothekers und seiner Angestellten wie folgt ausgeführt: »Schon einen normalen Verkäufer treffen vertraglich wie deliktisch allgemeine Warn- und Hinweispflichten im Hinblick auf die mit dem Kaufgegenstand einhergehenden Gefahren für Leib, Leben oder Gesundheit des Käufers. Einen Apotheker treffen darüber hinaus auch berufsrechtlich Beratungspflichten hinsichtlich der von ihm abgegebenen Medikamente, die über die allgemeinen vertraglichen Warn- und Hinweispflichten eines Verkäufers hinausgehen. Jedem Apotheker und jedem Angestellten einer Apotheke muss bekannt sein, ob ein gefährliches Herzmedikament in einer bestimmten Darreichungsform für Erwachsene oder für Kleinkinder und Säuglinge bestimmt ist. Ein blindes Vertrauen auf die Verordnung des Arztes darf es nicht geben, denn auch ein Arzt und sein Personal können irren bzw. ihnen kann ein folgenschweres Versehen unterlaufen. Der Apotheker muss sich vielmehr eigene Gedanken über die Richtigkeit und Sinnhaftigkeit der Verordnung machen. Im Zweifel muss

der Apotheker beim Arzt nachfragen, und die Angestellte des Apothekers muss entweder beim Arzt oder ihrem Chef bzw. einem anderen Apotheker nachfragen. Den Apotheker treffen insoweit entsprechende Organisations-, Instruktions- und Überwachungspflichten hinsichtlich seines Personals.«

Das OLG Köln hat das fehlerhafte Verhalten hier als grobes Versäumnis eingestuft und hierzu ausgeführt: »Der ganze Ablauf der Aushändigung des Medikamentes war vielmehr so, dass sich die Verkäuferin Zweifel an der Richtigkeit der Verordnung und eine Hinterfragung und Überprüfung förmlich aufdrängen mussten. Das Medikament passte nicht, es war eines für Erwachsene. Die Packungsgröße passte nicht, aus einer Packung mit 100 Tabletten entnahm sie vielmehr einzelne Blister, um die verordnete kleine Menge erzielen zu können, was wiederum mit sich brachte, dass die Mutter des Klägers nicht einmal mehr einen Beipackzettel erhielt – ein (zumal für ein Herzmedikament) ganz und gar ungewöhnlicher Vorgang. Die Darreichungsform passte nicht, die Angestellte und die Mutter des Klägers stellten vielmehr Überlegungen dahin an, wie man Tabletten einem Säugling einflößen könne, was letztlich zur Notwendigkeit des Mörsers führte. Auch dies dürfte sich als (angesichts der Möglichkeit und Üblichkeit von säuglingsgerechten Darreichungsformen) ein in einer Apotheke eher ungewöhnlicher Vorgang darstellen. All dies bedeutet nicht nur, dass von einem Augenblicksversagen keine Rede sein kann, sondern dass auch keineswegs nur von einem einfachen Verstoß gegen die Pflichten eines Apothekers gesprochen werden kann, vielmehr von einem überaus gravierenden. Entscheidende Bedeutung kommt aber hier dem gleichen Umstand zu, der auch für den Beklagten zu 1) [niedergelassener Kinderkardiologe] maßgeblich war: Es handelte sich um ein hochgefährliches Medikament, bei dem ein wie auch immer geartetes Versehen unter allen Umständen verhindert werden musste, was bedeutet, dass die Aufmerksamkeit und die Sorgfalt bei der Abgabe in ganz besonderer Weise gewahrt und beachtet werden musste, was nicht geschehen ist. Ein derart folgenschweres Versehen darf in einer Apotheke schlechterdings nicht passieren.«

## FAZIT

► Einen Apotheker treffen Beratungspflichten, die über die allgemeinen vertraglichen Warn- und Hinweispflichten eines Verkäufers hinausgehen.

► Die Umkehr der Beweislast für den Kausalzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und Schaden kann auch für die Haftung des Apothekers gelten.

Sebastian Stücker, M.mel.

## BGH ZUR NÄCHTLICHEN FIXIERUNG EINES KINDES IN EINER OFFENEN HEILPÄDAGOGISCHEN EINRICHTUNG

Mit Beschluss vom 7. August 2013 (Az.: XII ZB 559/11) hat der Bundesgerichtshof (BGH) entschieden, dass Eltern eine Fixierungsmaßnahme in Ausübung ihrer elterlichen Sorge selbst genehmigen können. Eine familiengerichtliche Genehmigung sei im Gesetz nicht vorgesehen.

Entschieden hat der BGH über den Fall eines 1999 geborenen Kindes, welches an einem frühkindlichen Autismus mit geistiger Behinderung und einem Aufmerksamkeitsdefizit- und Hyperaktivitätssyndrom leidet. Das Kind zeigt krankheitsbedingt ausgeprägte Unruhezustände und extreme Weglauftendenzen. Es lebt in einer offenen heilpädagogischen Einrichtung und erhält Einzelbetreuung. Zum Schutz des Kindes und seiner Mitbewohner war aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht die nächtliche Fixierung mittels eines Bauch- oder Fußgurtes bzw. eines entsprechenden Schlafsacks indiziert. Die beim Familiengericht beantragte Zustimmung zur nächtlichen Fixierung wurde zurückgewiesen, da die Maßnahme nicht genehmigungsbedürftig sei. Die Beschwerde zum Oberlandesgericht (OLG) blieb, wie dann auch die zugelassene Rechtsbeschwerde zum BGH, ohne Erfolg.

Der BGH hat festgestellt, dass die Maßnahme nicht unter § 1631b BGB (der die mit Freiheitsentziehung verbundene Unterbringung bei Kindern regelt) falle, da in der Fixierung eines in einer

offenen Einrichtung lebenden Kindes keine Unterbringung liege. Eine analoge Anwendung des § 1906 Abs. 4 BGB (der auch unterbringungsähnliche Maßnahmen wie Fixierungen regelt) komme nicht in Betracht, da keine planwidrige Regelungslücke vorliege. Direkt gelte der § 1906 Abs. 4 BGB nur für Volljährige, worauf auch ausdrücklich in der Gesetzesbegründung hingewiesen werde. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem Gesichtspunkt des Kinderschutzes, da das Gesetz mit dem Verbot entwürdigender Erziehungsmaßnahmen (§ 1631 Abs. 2 BGB) und den Maßnahmen bei Kindeswohlgefährdung (§§ 1666 ff. BGB) eine ausreichende Handhabe biete.

Es sei dem Gesetzgeber vorbehalten, ob die Anordnung eines familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehaltes das geeignete, erforderliche und verhältnismäßige Mittel ist, Kinder vor ungerechtfertigten unterbringungsähnlichen Maßnahmen zu schützen.

## FAZIT (LEITSÄTZE DES BGH):

► Die nächtliche Fixierung eines Kindes in einer offenen heilpädagogischen Einrichtung ist keine genehmigungsbedürftige Unterbringungsmaßnahme im Sinne des § 1631b BGB.

► Die Vorschrift des § 1906 Abs. 4 BGB gilt nur für volljährige Betreute und kann im Kindschaftsrecht nicht analog angewendet werden.

Sebastian Stücker, M.mel.

## UNWIRKSAMER ZEITMIETVERTRAG ALS KÜNDIGUNGSVERZICHTSVEREINBARUNG

Enthält ein Mietvertrag eine unwirksame Befristung, so kann diese gleichwohl als ein beiderseitiger Verzicht auf das ordentliche Kündigungsrecht auszulegen sein. Dies entschied der Bundesgerichtshof (BGH) mit

Urteil vom 10. Juli 2013 (VIII ZR 388/12). Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Beklagte mietete von der Klägerin ab dem 1. November 2004 eine Wohnung. Dabei enthielt der

zugrundeliegende Mietvertrag folgende Bestimmung: »Das Mietverhältnis ist auf Verlangen des Mieters auf bestimmte Zeit abgeschlossen. Es beginnt am 1. November 2004 und endet am 31. Oktober 2011, wenn es nicht verlängert wird mit zwei mal dreijähriger Verlängerungsoption.« Dennoch kündigte die Klägerin das Mietverhältnis mit Schreiben vom 28. Februar 2011 zum 31. August 2011 wegen Eigenbedarfs.

Ihrer anschließenden Räumungsklage gab sowohl das Amtsgericht als auch das Landgericht Waldshut-Tiengen statt. Jedoch hatte die vom Beklagten eingelegte Revision Erfolg. Wie die Vorinstanzen, so entschied auch der BGH, dass die Befristung des Mietvertrages unwirksam sei. Eine Befristung eines Wohnraummietvertrages sei nur zulässig, wenn der Vermieter die Räume nach Ablauf der Mietzeit als Wohnraum für sich, seine Familien- oder Haushaltsangehörige nutzen will oder die Absicht hat, die Räume zu beseitigen oder so wesentlich zu verändern oder in Stand zu setzen, dass die Maßnahmen durch eine Fortsetzung des Mietverhältnisses erheblich erschwert würden. Ein solcher Befristungsgrund lag im vorliegenden Fall bei Abschluss des Mietvertrages nicht vor, so dass der Vertrag gemäß § 575 Abs. 1 S. 2 BGB deshalb als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt.

Anders als die Vorinstanzen schlussfolgerte der Bundesgerichtshof allerdings nicht von der Unwirksamkeit der Befristung auf eine ordentliche Kündigung bei Vorliegen eines Kündigungsgrundes. Vielmehr sei durch die Unwirksamkeit der vereinbarten Befristung eine planwidrige Vertragslücke entstanden, da die durch die Befristung zum Ausdruck kommende, bezweckte langfristige Bindung der Parteien aus dem Vertrag entfallen sei. Dem Willen der Parteien

nach einer langfristigen Bindung werde, so der BGH, nur durch Schließung der Lücke durch eine ergänzende Vertragsauslegung genüge getan. Dabei sei zu berücksichtigen, was die Parteien redlicherweise vereinbart hätten, wenn ihnen die Unwirksamkeit der Befristung bekannt gewesen wäre. Wollten sich die Parteien bei Vertragsschluss langfristig binden, so sei für die Dauer der unwirksamen Befristung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ein beidseitiger Kündigungsverzicht anzunehmen. Den Bindungswillen der Parteien schloss der BGH im der Entscheidung zugrundeliegenden Fall daraus, dass die Befristung durch eine feste Vertragslaufzeit mit Verlängerungsoption auf Wunsch des Mieters in den Vertrag aufgenommen wurde und dieser zur Sicherung einer langen Mietzeit in Kauf nahm, dass auch er selbst während der Vertragslaufzeit nicht ordentlich kündigen könne. Insofern entsprach die Annahme eines Kündigungsverzichts für die Dauer der unwirksamen Befristung hier auch dem mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien bei Vertragsschluss.

#### FAZIT

► Vermieter sollten bei Abschluss eines befristeten Mietvertrages von der veralteten Formulierung, nach der die Befristung auf Wunsch des Mieters vorgenommen wird, absehen und dafür einen konkreten, in § 575 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BGB vorgesehenen Befristungsgrund in den Mietvertrag aufnehmen oder diesen dem Mieter vor Vertragsschluss mitteilen.

► Geschieht dies nicht, so gilt der Vertrag nach § 575 Abs. 1 S. 2 BGB unter Geltung eines beidseitigen Kündigungsverzichts für die Dauer der unwirksamen Befristung auf unbestimmte Zeit geschlossen.

Susann Lahmann

### ZUR (UN-)WIRKSAMKEIT VON QUOTENABGELTUNGSKLAUSELN IN MIETVERTRÄGEN

Heutzutage werden die Schönheitsreparaturen in nahezu allen Mietverträgen vertraglich auf den Mieter übertragen. Sehr verbreitet ist dabei die Vereinbarung eines sogenannten Fristenplanes, nach dem die jeweiligen Mieträume nach Ablauf eines gewissen Zeitraumes zu renovieren sind. Für den Fall, dass der Mieter

vor Ablauf einer solchen Renovierungsfrist auszieht und der Vermieter keine Endrenovierung verlangen kann, sorgen sogenannte Quotenklauseln regelmäßig dafür, dass der Mieter wenigstens einen prozentualen Anteil der Renovierungskosten zahlt. Grundsätzlich sind solche Quotenabgeltungsklauseln zulässig, da

der Vermieter die Kosten für die Schönheitsreparaturen anderenfalls über eine höhere, im Voraus zu zahlende Bruttomiete auf den Mieter umlegen würde.

Mit seinem Urteil vom 29. Mai 2013 (VIII ZR 285/12) erklärt der Bundesgerichtshof (BGH) jedoch solche Quotenklauseln für unwirksam, nach denen die Berechnungsgrundlage für die bei Auszug zu zahlenden Renovierungskosten der »Kostenvoranschlag eines vom Vermieter auszuwählenden Malerfachgeschäftes« sei. Eine solche Formulierung in einem vom Vermieter vorformulierten Mietvertrag (AGB) benachteilige den Mieter unangemessen und sei daher unwirksam. Die Klausel sei mehrdeutig und intransparent, da sie offenlasse, ob der vom Vermieter beizubringende Kostenvoranschlag nur eine unverbindliche Berechnungsgrundlage sein soll oder ob ihm eine bindende Wirkung für die Bemessung des Abgeltungsbetrages zukomme, ohne dass dem Mieter die Möglichkeit bleibt, Einwendungen gegen die Richtigkeit und Angemessenheit des Kostenvoranschlages geltend zu machen. Gibt es, wie hier, für eine Allgemeine Geschäftsbedingung zwei Auslegungsmöglichkeiten, so ist von mehreren möglichen Deutungen die kundenfeindlichste maßgebend, wenn diese zur Unwirksamkeit der Klausel führt. Folgt man der zweiten Auslegungsvariante und sieht den einge-

holten Kostenvoranschlag für die Bemessung der vom Mieter zu zahlenden Abgeltungsbeträge als verbindlich an, so ist der Mieter schutzlos, wenn das seitens des Vermieters ausgewählte Malerfachgeschäft einen unzutreffend hohen Renovierungsaufwand festgestellt oder überhöhte Preise angesetzt hat. Dies führt nach der angegebenen Entscheidung des BGH zur Unwirksamkeit der Klausel gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB.

#### FAZIT

► Eine Quotenklausel, nach der die anteiligen Renovierungskosten auf Grundlage des Kostenvoranschlages eines vom Vermieter auszuwählenden Malerfachgeschäftes berechnet werden, ist unwirksam; Folge ist, dass der Mieter bei Auszug weder renovieren, noch anteilige Renovierungskosten zahlen muss, wenn die im Mietvertrag genannten Renovierungsfristen noch nicht abgelaufen sind.

► Vermieter sollten bei der Formulierung einer Quotenabgeltungsklausel regelmäßig auf die berechtigten Belange des Mieters achten, indem sie in der verwendeten Klausel darauf hinweisen, dass der jeweilige Kostenvoranschlag nach billigem Ermessen zu erfolgen habe und dem Mieter alle Einwendungen gegen die Billigkeit erhalten bleiben.

Susann Lahmann

### ERBRINGUNG DER LEISTUNG NUR DURCH SOZIALVERSICHERUNGSPFLICHTIGES PERSONAL – VERGABERECHTSWIDRIGE FORDERUNG – LOSLIMITIERUNG ZULÄSSIG

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat in einer Entscheidung vom 17. Januar 2013 (VII-Verg 35/12) zu der Frage Stellung genommen, in welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen der Auftraggeber von den Bietern verlangen kann, bei der Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen weitere zusätzliche Anforderungen zu erfüllen. Weiterhin hat das Oberlandesgericht Düsseldorf präzisiert, wann eine sogenannte Loslimitierung zulässigerweise vom Auftraggeber vorgesehen werden kann. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hatte über einen Sachverhalt zu entscheiden, in dem der öffentliche Auftraggeber unter anderem die Gebäudereinigung und die Glasreinigung europaweit im offenen Verfahren ausge-

schrieben hat. Der Servicevertrag, der Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen war, sah vor, dass der Auftragnehmer zur Erbringung seiner Leistungen ausschließlich sozialversicherungspflichtiges Personal einzusetzen hatte. Des Weiteren war das streitgegenständliche Fachlos 1 – qualitätsorientierte Unterhaltsreinigungsarbeiten – in mehrere Gebietslose aufgeteilt. Jeder Bieter durfte sich jedoch nur auf eine begrenzte Anzahl der Gebietslose bewerben. Die Antragstellerin, ein Unternehmen der Reinigungsbranche, rügte die Bestimmungen des abzuschließenden Servicevertrages über den ausschließlichen Einsatz sozialversicherungspflichtigen Personals sowie die gewählte Form der Loslimitierung.

In seiner Entscheidung hatte das Oberlandesgericht Düsseldorf unter anderem darüber zu befinden, ob die Forderung, dass der Auftragnehmer zur Erbringung seiner Leistung ausschließlich sozialversicherungspflichtiges Personal einzusetzen hat, vergaberechtlich zulässig ist. In einem ersten Schritt hat das Oberlandesgericht Düsseldorf geprüft, ob es sich bei der oben genannten Anforderung um ein Eignungskriterium oder um eine zusätzliche Bedingung für die Ausführung des Auftrages im Sinne § 97 Abs. 4 S. 2 GWB handelt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf kam zu dem Ergebnis, dass der Einsatz von ausschließlich sozialversicherungspflichtigem Personal grundsätzlich keinen Einfluss auf die Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Gesetzestreue oder Zuverlässigkeit des Bieters hat. Daher handelt es sich nicht um ein Eignungskriterium. Die Anforderung ist vielmehr als eine zusätzliche Bedingung für die Ausführung des Auftrages zu qualifizieren. Will der Auftraggeber, dass der Auftragnehmer spezifische Anforderungen bei der Leistungserbringung erfüllt, hat er dies jedoch im Vorhinein bekanntzugeben. Dabei kann die Mitteilung der zusätzlichen Anforderungen entweder in dem Bekanntmachungstext oder in den Verdingungsunterlagen erfolgen, zu denen im Streitfall auch der abzuschließende Servicevertrag zählt. Allerdings hatte der öffentliche Auftraggeber in der europaweiten Bekanntmachung unter der dafür vorgesehenen Rubrik gerade nicht angegeben, dass besondere Bedingungen für die Ausführung des Auftrages gelten sollen. Vielmehr war in der dafür vorgesehenen Rubrik des Bekanntmachungsformulars angekreuzt, dass besondere Bedingungen für die Ausführung des Auftrages nicht gefordert werden. An dieser Festlegung ist der Auftraggeber grundsätzlich auch für den weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens gebunden. Eine nachträgliche Änderung im Laufe des Vergabeverfahrens, dass nun doch zusätzliche Anforderungen zu erfüllen sind, ist zwar grundsätzlich zulässig. Jedoch nur, wenn die Änderung der Ausschreibungsbedingungen in transparenter und diskriminierungsfreier Weise erfolgt. Eine solche rechtlich zulässige Änderung in den Ausschreibungsbedingungen konnte das Oberlandesgericht Düsseldorf nicht erkennen. Den Anforderungen an einer transparenten und dis-

kriminierungsfreien Änderung der Ausschreibungsbedingungen ist nicht Genüge getan, wenn den Vergabeunterlagen lediglich ein Vertragsentwurf beigelegt wird, in dem an irgendeiner, nicht näher gekennzeichneten Stelle besondere Bedingungen für die Ausführung des Auftrages enthalten sind.

Obwohl es letztlich für die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf nicht mehr entscheidungserheblich war hat das Gericht auch zu der Frage Stellung genommen, ob grundsätzlich die Anforderung, nur sozialversicherungspflichtiges Personal einzusetzen, vergaberechtskonform ist. Das Oberlandesgericht Düsseldorf kommt in dem genannten Beschluss zu dem Ergebnis, dass eine solche Anforderung vergaberechtswidrig ist, weil der erforderliche sachliche Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand fehlt. Gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB können für die Auftragsausführung zusätzliche Anforderungen gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen. Vorliegend konnte das Oberlandesgericht Düsseldorf einen hinreichenden sachlichen Zusammenhang zwischen der zusätzlichen Anforderung, ausschließlich sozialversicherungspflichtiges Personal einzusetzen, und der durchzuführenden Leistung nicht erkennen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigt zwar, dass der öffentliche Auftraggeber aufgrund seiner Verpflichtung zur Wahrung des Allgemeinwohls im besonderen Maß soziale Belangen zu beachten und zu fördern hat. Dies allein genügt jedoch nicht, einen Auftragnehmer sozialrelevante, aber arbeitsrechtlich erlaubte Gestaltungsmöglichkeiten zu versagen. Ausdrücklich wies das Oberlandesgericht Düsseldorf daraufhin, dass arbeitsrechtliche und soziale Belange von geringfügig und zeitlich begrenzt beschäftigten Arbeitnehmern sowohl durch nationales als auch durch europäisches Recht geschützt sind. Durch die Versagung zulässiger arbeitsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten in den Ausschreibungsbedingungen werden daher die Bieter in ihren Rechten verletzt. Dies gilt insbesondere deswegen, da die Forderung, ausschließlich sozialversicherungspflichtiges Personal einzusetzen, Einfluss auf die Preiskalkulation der Bieter und mit-

hin auf ihre wettbewerblichen Möglichkeiten hat. Hingegen wurde die vom öffentlichen Auftraggeber vorgenommene Loslimitierung vom Oberlandesgericht Düsseldorf nicht beanstandet. Das Oberlandesgericht Düsseldorf wies darauf hin, dass in bestimmten Fällen, eine Loslimitierung vergaberechtlich zulässig ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Bedeutung der zu vergebenen Leistung für den Auftraggeber, ihre Komplexität und ihren Umfang eine Loslimitierung rechtfertigt. Dabei darf der öffentliche Auftraggeber diejenige Form der Loslimitierung wählen, die ihm zweckmäßig erscheint. Im vorliegenden Verfahren hat der öffentliche Auftraggeber darauf hingewiesen, dass die Loslimitierung die Sicherheit der Reinigung gewährleisten solle und dazu diene, das wirtschaftliche und technische Risiko breit zu streuen. Diese Argumente wurden vom Oberlandesgericht Düsseldorf im Hinblick auf den Umfang der konkret ausgeschriebenen Leistung akzeptiert.

#### FAZIT

- ▶ Fordert der öffentliche Auftraggeber die Erfüllung einer zusätzlichen Anforderung für die Auftragsdurchführung, hat er dies dem Grunde nach bereits in der europaweiten Bekanntmachung mitzuteilen.
- ▶ Die Forderung des Auftraggebers, dass der Auftragnehmer zur Erbringung seiner Leistung nur sozialversicherungspflichtiges Personal einsetzen darf, ist grundsätzlich vergaberechtswidrig.
- ▶ Eine Loslimitierung dahingehend, dass jeder Bieter sich nur auf 5 von 21 Gebietslosen bewerben kann, ist zulässig.
- ▶ Eine Loslimitierung kann mit dem Hinweis auf Risikostreuung, Verhinderung der Abhängigkeit von einem Bieter, Mittelstandschutz, strukturelle Erhaltung des Wettbewerbs auch für die Zukunft, gerechtfertigt werden.

Dr. Ludger Meuten

## NACHLESE: GELUNGENER AUFTAKT FÜR NEUES BATTKE-FRÜHSTÜCK ZUM GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ

Das neue BATTKE-FRÜHSTÜCK zum gewerblichen Rechtsschutz, das am 5. Juli des Jahres in den Räumen der Heinrich-Schütz-Residenz stattfand, stieß bei den Teilnehmern auf eine erfreuliche Resonanz. Unter dem Thema »Der Schutz von Unternehmenswerten vor dem Zugriff durch Wettbewerber« sprachen Carsten Albert, Dirk Grünberg und Jan Rolla über ausgewählte Fragen aus dem Rechtsgebiet des Gewerblichen Rechtsschutzes. Im Vordergrund standen die praktischen Einsatzmöglichkeiten für Marken, Patente und Muster sowie aktuelle Fragen des Wettbewerbsrechts. Dirk Grünberg führte in die Lizenzierung von Know-How und die anstehenden Änderungen in der europäischen EU-Technologie-transfer-Verordnung ein. Auflockerung brachte der Vortrag von Frau Marlen Buder, der geschäftsführenden Gesellschafterin der Werbeagentur NARCISS & TAURUS. Sie zeigte anschaulich, welche Zutaten die Unternehmen aus der Sicht

einer Werbeagentur benötigen, um eine starke Marke zu entwickeln.

Die Referenten und Partner von BattkeGrünberg danken den Gästen für ihr Kommen und das positive Feedback, das dazu beitragen wird, die Veranstaltung künftig noch besser an die Wünsche der Teilnehmer anzupassen. Dank gilt auch Frau Marlen Buder für ihre Bereitschaft, als Referentin aufzutreten, sowie der Heinrich-Schütz-Residenz, die für diese Veranstaltung wieder ein sehr angenehmer Gastgeber war. Das nächste Battke-Frühstück findet am 6. Dezember 2013 statt. Dr. Ludger Meuten wird wieder gemeinsam mit Herrn Regierungsdirektor Bernhard Fett vom Sächsischen Staatsministerium des Innern über neueste Entwicklungen und aktuelle Fragen des Vergaberechts informieren. Nähere Informationen finden Interessierte demnächst auf der Homepage von BattkeGrünberg sowie in der Rubrik »Veranstaltungen« in diesem Heft.

## BATCKE GRÜNBERG NUN ALS PARTNERSCHAFTSGESELLSCHAFT MIT BESCHRÄNKTER BERUFSHAFTUNG

Die BattkeGrünberg Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft hat von der neuen Rechtsform Gebrauch gemacht, die der Gesetzgeber Anwälten und anderen freien Berufen im Rahmen des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes (PartGG) eingeräumt hat, und

die Rechtsform der Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartGmbH) angenommen (dazu näher oben S.5). Die Partnerschaft wird daher künftig mit dem Zusatz »PartGmbH« auftreten und so auch im Partnerschaftsregister eingetragen sein.

### PERSONALIEN I



Battke Grünberg verstärkt sich weiter. Seit Juli 2013 unterstützt Frau Rechtsanwältin Cathleen Schiller das Arbeitsrechtsteam von Battke Grünberg.

Nach dem Abitur in Sachsen zog es Cathleen Schiller nach Oberfranken, wo sie an der renommierten Universität Bayreuth Rechtswissenschaften studierte. In Bayreuth nahm sie auch an der universitätseigenen Wirtschaftswissenschaftlichen Zusatzausbildung (WiWiZ) teil. Nach dem 1. Staatsexamen

kehrte Frau Schiller für das Referendariat in ihre sächsische Heimat zurück. Während ihres juristischen Vorbereitungsdienstes am Landgericht Dresden verfolgte Cathleen Schiller von Beginn an einen zivilrechtlichen Schwerpunkt. Sehr schnell entdeckte sie auch das Arbeitsrecht für sich. So war sie nach ihrer Referendarstation für das Sächsische Staatsministerium des Inneren im Bereich Personal auch für eine große Dresdner Kanzlei als Referendarin und wissenschaftliche Mitarbeiterin im Bereich Arbeitsrecht tätig. Zum Abschluss ihres Referendariats verbrachte Frau Schiller drei Monate bei einer Wirtschaftskanzlei in Auckland, Neuseeland. Wieder nach Deutschland zurückgekehrt, legte sie im Mai 2013 erfolgreich ihr 2. Staatsexamen ab, um dann unmittelbar bei Battke Grünberg ihre Tätigkeit als Rechtsanwältin aufzunehmen. Ihr fachlicher Schwerpunkt bei Battke Grünberg liegt erneut im Arbeitsrecht mit enger Anbindung an Frank Martin Thomsen.

### PERSONALIEN II

Battke Grünberg freut sich besonders, ab dem 1. Januar 2014 Frau Dr. Tina Lorenz wieder im Team der Rechtsanwälte begrüßen zu dürfen. Dr. Lorenz kehrt

aus der Elternzeit zurück und wird ihren Mandanten fortan wieder wie gewohnt im Fachbereich Arbeitsrecht zur Verfügung stehen.

### PERSONALIEN III: BATCKE GRÜNBERG TOP-ARBEITGEBER 2013

Das Magazin AZUR hat in der aktuellen Ausgabe »100 Top-Arbeitgeber 2013« Battke Grünberg Rechtsanwälte – wie bereits im Jahr 2012 – als einen der attraktivsten Arbeitgeber für Juristen in der Region »Osten« benannt.

AZUR richtet sich an junge Juristen mit den Themenschwerpunkten Ausbildung und Karriere. Weitere Informationen sind unter: [www.azur-online.de/top-arbeitgeber](http://www.azur-online.de/top-arbeitgeber) verfügbar.

## PERSONALIEN IV: ORSOLYA KISS WECHSELT ZUR EU

Unsere langjährige Kollegin und Arbeitsrechtsspezialistin Orsolya Kiss wechselt zum Jahresende in den öffentlichen Dienst bei der EU oder ins Bundesministerium für Arbeit und Soziales. Nach fast 4 Jahren anwaltlicher Tätigkeit möchte die junge Ungarin mit deutschem juristischem Staatsexamen eine neue berufliche Herausforderung suchen. Dabei ist derzeit nur noch offen, ob ihre künftige Beschäftigungsstelle beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales in Bonn oder aber bei der EU-Kommission in Brüssel im Fachbereich »Arbeitnehmer-Freizügigkeit« sein wird. Die endgültige Entscheidung wird voraussichtlich in den nächsten Tagen fallen. Gleichwohl wird sie BattkeGrünberg bereits am 15. November verlassen, um persönliche Vorbereitungen für den anstehenden Ortswechsel treffen zu können.

Die Partner von BattkeGrünberg bedanken sich bei Frau Kiss für vier überaus erfolgreiche Jahre und ihr großes Engagement, das sie bei der Betreuung ihrer Mandanten bis zur buchstäblich allerletzten Minute gezeigt hat. Frau Kiss hat maßgeblichen Anteil am erfolgreichen Aufbau der inzwischen über die Region hinaus bekannten und renommierten Arbeitsrechtsabteilung von BattkeGrünberg. Besonders glücklich schätzt man sich aber bei BattkeGrünberg darüber, dass Frau Kiss auch weiterhin der Kanzlei verbunden bleiben will und den Kontakt pflegen wird.

Die Mitarbeiter und Partner von BattkeGrünberg wünschen ihr alles Gute an der neuen Arbeitsstelle, viel Glück und Erfolg im neuen Umfeld und freuen sich darauf, möglichst häufig von ihr zu hören.

## VORTRAGSVERANSTALTUNGEN

### BATCKE-FRÜHSTÜCKE

#### Vergaberechtsfrühstück

Einer langjährigen Tradition folgend findet auch in diesem Jahr das VERGABERECHTSFRÜHSTÜCK der BattkeGrünberg Rechtsanwälte PartGmbH statt. Termin für das Vergaberechtsfrühstück ist der

- 6. Dezember 2013, 8.30 – 11.30 Uhr im Quality Hotel Plaza Dresden, Königsbrücker Straße 121a, 01099 Dresden
- Zu verschiedenen aktuellen Themen des Vergaberechts werden Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten und Herr Regierungsdirektor Bernhard Fett vom Sächsischen Staatsministerium des Innern referieren. Sollten Sie Interesse an einer Teilnahme haben, setzen Sie sich bitte mit unserer Sozietät unter: [info@battke-gruenberg.de](mailto:info@battke-gruenberg.de) Stichwort »Vergaberechtsfrühstück« in Verbindung.

#### Arbeitsrechtsfrühstück 2014

Das ARBEITSRECHTSFRÜHSTÜCK der Battke Grünberg Rechtsanwälte PartGmbH findet im neuen Jahr

- am 28. März 2014, 8.30 Uhr bis 11.30 Uhr im Quality Hotel Plaza Dresden, Königsbrücker Straße 121 a, 01099 Dresden statt.

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie demnächst unter [www.battke-gruenberg.de](http://www.battke-gruenberg.de).

## ARBEITSRECHT

#### Betriebsrats- und MAV-Wahlen

Die Krankenhausgesellschaft Sachsen e.V. bietet in Zusammenarbeit mit BattkeGrünberg in ihren Räumen in Leipzig mit Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff als Referentin eine Veranstaltung zum Arbeitsrecht an, und zwar am 3. Dezember 2013 von 10.00 Uhr – 16.00 Uhr zu dem Thema »MAV-Wahlen«. Sollten Sie Interesse an einer Teilnahme haben, sind Anmeldungen unter [www.kgs-online.de](http://www.kgs-online.de) möglich.

**MAV-Wahlen**

Die Diakonische Akademie für Fort- und Weiterbildung e.V. bietet in Zusammenarbeit mit Battke Grünberg in ihren Räumen in Moritzburg mit Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff als Referentin eine Veranstaltung zum Arbeitsrecht an, und zwar am 16. Januar 2014 von 9.00 Uhr – 16.00 Uhr zu dem Thema »MAV-Wahlen«. Sollten Sie Interesse an einer Teilnahme haben, sind Anmeldungen unter [www.diakademie.de](http://www.diakademie.de) möglich.

**Aktuelle Entwicklungen im Arbeitsrecht**

Die Diakonische Akademie für Fort- und Weiterbildung e.V. bietet in Zusammenarbeit mit Battke Grünberg in ihren Räumen in Moritzburg mit Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff als Referentin eine Veranstaltung zum Arbeitsrecht an, und zwar am 3. Februar 2014 von 9.00 Uhr – 16.00 Uhr zu dem Thema »Aktuelle Entwicklungen im Arbeitsrecht«. Sollten Sie Interesse an einer Teilnahme haben, sind Anmeldungen unter [www.diakademie.de](http://www.diakademie.de) möglich.

**Mitarbeiterbeurteilungen, Zielvereinbarungen und Arbeitszeugnisse richtig gestalten**

Die Diakonische Akademie für Fort- und Weiterbildung e.V. bietet in Zusammenarbeit mit Battke Grünberg in ihren Räumen in Moritzburg mit Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff als Referentin eine Veranstaltung zum Arbeitsrecht an, und zwar am 7. März 2014 von 9.00 Uhr – 16.00 Uhr zu dem Thema »Mitarbeiterbeurteilungen, Zielvereinbarungen und Arbeitszeugnisse richtig gestalten«. Sollten Sie Interesse an einer Teilnahme haben, sind Anmeldungen unter [www.diakademie.de](http://www.diakademie.de) möglich.

**Mitarbeiter krank – was tun?**

Die Diakonische Akademie für Fort- und Weiterbildung e.V. bietet in Zusammenarbeit mit Battke Grünberg in ihren Räumen in Moritzburg mit Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff als Referentin eine Veranstaltung zum Arbeitsrecht an, und zwar am 11. März 2014 von 9.00 Uhr – 16.00 Uhr zu dem Thema »Mitarbeiter krank – was tun?«. Sollten Sie Interesse an einer Teilnahme haben, sind Anmeldungen unter [www.diakademie.de](http://www.diakademie.de) möglich.

**Fehlverhalten von Mitarbeitern**

Der Deutsche Paritätische Wohlfahrtsverband Sachsen e.V. bietet in Zusammenarbeit mit Battke Grünberg in ihren Räumen in Dresden mit Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff als Referentin eine Veranstaltung zum Arbeitsrecht an, und zwar am 13. März 2014 von 9.00 Uhr – 16.00 Uhr zu dem Thema »Instrumente der Mitarbeiterbindung und Mitarbeitergewinnung«. Sollten Sie Interesse an einer Teilnahme haben, sind Anmeldungen unter [www.parisax.de](http://www.parisax.de) möglich.

**Grenzen der Mitbestimmung und vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat**

Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen wird dazu am 27. November 2013 bei der Handwerkskammer Dresden sprechen. Anmeldungen sind unter [www.hwk-dresden.de](http://www.hwk-dresden.de) möglich.

**Arbeitsrecht – Die wichtigsten Rechtsgrundlagen für den beruflichen Alltag**

Am 3. Dezember 2013 bietet Frau Rechtsanwältin Dr. Tina Lorenz beim Landesverband Soziokultur Sachsen e. V. in Dresden einen Überblick über die wesentlichen Grundzüge des Arbeitsrechts. Anmeldungen sind unter [www.soziokultur-sachsen.de](http://www.soziokultur-sachsen.de) möglich.

**Arbeitgeberrechte gegenüber dem Betriebsrat**

Vortrag von Herrn Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen am 6. Dezember 2013 bei der TÜV NORD Akademie GmbH & Co. KG in Hamburg. Informationen zur Anmeldungen erhalten Sie unter [www.tuev-nord.de](http://www.tuev-nord.de).

**Arbeitsrechtliche Seminare bei RKW Sachsen GmbH**

RKW Sachsen GmbH bietet Seminarveranstaltungen mit Herrn Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen als Referent zum Arbeitsrecht an, und zwar am 26. November 2013 zum Thema »BetrVG, Mitsprache Geschäftsführung« in Dresden am 8. Januar 2014 zum Thema »Arbeitsrecht aktuell« in Leipzig am 9. Januar 2014 zum Thema »Arbeitsrecht aktuell« in Bautzen am 14. Januar 2014 zum Thema »Arbeitsrecht aktuell« in Niederwiesa am 21. Januar 2014 zum Thema »Arbeitsrecht aktuell« in Dresden am 23. Januar 2014 zum Thema »Arbeitsrecht aktuell« in Chemnitz am 4. April 2014 zum Thema »Arbeitsrecht für Führungskräfte« in Niederwiesa. Sollten Sie Interesse an einer Teilnahme haben, sind Anmeldungen unter [www.rkw-sachsen.de](http://www.rkw-sachsen.de) möglich.

**Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband Landesverband Sachsen e.V.**

Der Deutsche Paritätische Wohlfahrtsverband Landesverband Sachsen e.V. bietet Seminarveranstaltungen in Zusammenarbeit mit BattkeGrünberg in ihren Räumen in Dresden mit Frau Rechtsanwältin Dr. Tina Lorenz sowie Herrn Rechtsanwalt Sebastian Stücker, M.mel. als Referenten am 20. März 2014 zum Thema »Chancen und Risiken von Außenarbeitsplätzen in der betrieblichen Praxis« an.

**VERGABERECHT****Vergabe nach VOB/A und VOL/A**

Am 3. Dezember 2013 in Berlin bietet Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten Seminare zum Thema »Vergabe nach VOB/A und VOL/A« an. Anmeldungen sind unter [www.rkw.de](http://www.rkw.de) möglich.

**KOMMUNALRECHT****Kommunalwirtschaft aktuell**

Die Herren Rechtsanwälte Jörg-Dieter Battke und Dr. Ludger Meuten führen am 28. November 2013 in Dresden ein Ganztagesseminar zum Thema »Kommunalwirtschaft aktuell – Update 2013« durch. Anmeldungen sind unter [www.vhw.de](http://www.vhw.de) möglich.

**GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ UND WETTBEWERBSRECHT****Die wettbewerbsrechtlichen Schranken für Werbung**

Der Deutsche Paritätische Wohlfahrtsverband Sachsen e.V. bietet am 27. März 2014 mit Herr Rechtsanwalt Carsten Albert als Referenten in Dresden eine Veranstaltung an zum Thema »Die wettbewerbsrechtlichen Schranken für Werbung«. Anmeldungen sind unter [www.parisax.de](http://www.parisax.de) möglich.

**MIET- UND SOZIALRECHT****Das mietrechtliche Dreiecksverhältnis beim betreuten Wohnen**

Der Deutsche Paritätische Wohlfahrtsverband Landesverband Sachsen e.V. bietet Seminarveranstaltungen in Zusammenarbeit mit BattkeGrünberg in ihren Räumen in Dresden mit Frau Rechtsanwältin Susann Lahmann sowie Herrn Rechtsanwalt Sebastian Stücker, M.mel. als Referenten am 3. April 2014 zum Thema »Das mietrechtliche Dreiecksverhältnis beim betreuten Wohnen« an.

Weitere aktuelle Informationen sowie Hinweise zu Veranstaltungen der BattkeGrünberg Rechtsanwälte finden Sie auf unserer Homepage unter [www.battke-gruenberg.de/veranstaltungen](http://www.battke-gruenberg.de/veranstaltungen). Sollten Sie zu einzelnen Artikeln und den angesprochenen Themen Fragen haben, können Sie sich gern an den jeweiligen Autor telefonisch über 0351.563.90-0 oder per E-Mail über [info@battke-gruenberg.de](mailto:info@battke-gruenberg.de) an uns wenden. Lob, Kritik und Anregungen nehmen wir ebenfalls gern unter der genannten E-Mail-Adresse entgegen.



- ▶ Herausgeber: Battke Grünberg Rechtsanwälte PartGmbH (AG Dresden, PR 216)  
Verantwortlich: Dr. Ekkehard Nolting  
Fotos: Christian Lorenz, Dresden  
Gestaltung: Franziska Neubert, Leipzig

## **BATTKE GRÜNBERG**

Rechtsanwälte PartGmbH

Am Waldschlösschen 2  
01099 Dresden

- ▶ T: + 49 351 563 90 0  
F: + 49 351 563 90 99
- ▶ E: [info@battke-gruenberg.de](mailto:info@battke-gruenberg.de)  
W: [www.battke-gruenberg.de](http://www.battke-gruenberg.de)