

März 2015

Liebe Leserin, lieber Leser,
die Verhandlungen über ein transatlantisches Freihandelsabkommen (TTIP) zwischen den USA und Europa haben die Schiedsgerichtsbarkeit ins Gerede gebracht. Die Wirtschaftswoche titelte am 29. April 2013 mit »Schattenjustiz im Nobelhotel«. Persönlichkeiten, die es von Amts wegen besser wissen sollten, meinen, wie der Bundesjustizminister beim Deutschen Juristentag, Streitigkeiten zwischen Investoren und Staaten gehörten vor staatliche Gerichte, und sehen, wie die Präsidentin des Bundesgerichtshofs, die Finanzierungsgrundlagen der Justiz gefährdet – und das, nachdem der Gesetzgeber erst 1998 das deutsche Schiedsverfahrensrecht modernisiert und kürzlich ein Mediationsgesetz erlassen hat, um die Justiz zu entlasten! Sortieren wir zunächst: Erst einmal ist zwischen der Handels- und der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zu trennen. Erstere soll Streitigkeiten zwischen Kaufleuten entscheiden. Diesen sollte und kann man nicht vorschreiben, ihre Konflikte vor staatlichen Gerichten auszutragen. Ob sich jemand streitet, ob er dies öffentlich oder unter vier Augen tut, ob er den Konflikt einvernehmlich, mit Hilfe eines Schlichters oder Mediators, eines Schiedsgerichts oder eines staatlichen Gerichts beilegt, ist allein eine Angelegenheit der Streitparteien. Die Öffentlichkeit hat keinen Anspruch darauf, daran teilzuhaben. Bei Schiedsverfahren zu Investitionsstreitigkeiten hingegen geht es um Eingriffe des Gastlandes in das Eigentum des Investors. Rainer Hank kennt in der Frankfurter Allgemeinen Sonntagszeitung vom 1. Februar 2015 nur zwei Kategorien von Staaten: »Anständige Staaten« seien Rechtsstaaten, die Eigentum schützten und über unabhängige Gerichte verfügten; die anderen seien »Schurkenstaaten«, in denen man besser ohnehin nicht investieren sollte. Nur drei Seiten weiter begegnet man in derselben Zeitung der Realität. Dort wird über massive Interventionen des ungarischen Staates gegen Telekom, Bertelsmann und RWE berichtet – Rechtsschutz durch staatliche Gerichte? Fehlanzeige. Die bulgarischen Gerichte liegen nach dem Korruptionswahrnehmungsindex von Transparency International auf Platz 77. Ob Verfahren vor Geschworenengerichten in Texas nach umfangreichen Discovery-Verfahren für deutsche Investoren die beste Lösung sind, darüber wird mancher, der solches schon erlebt hat, vielleicht etwas anders denken, als der deutsche Justizminister. Investitionsstreitigkeiten sind auch nicht zwingend »geheim«, die Homepage des ICSID bietet mehr Details zu den bei ihm anhängigen Verfahren als jede Seite eines deutschen Gerichts. Man mag über eine Verbesserung der Verfahrensregeln nachdenken. Schiedsgerichtsbarkeit als bewährtes Instrument des internationalen Rechtsverkehrs pauschal zu verteufeln, sollte man sich freilich gut überlegen. Zwischen schwarz und weiß liegen meist viele Grautöne. So ist es auch bei vielen anderen Themen, die wir wieder für Sie aufbereitet haben und bei deren Lektüre wir viel Spaß wünschen

Ihre Battke Grünberg Rechtsanwälte

N^o 1/2015

> MANDANTENINFORMATION

Schwerpunktthema	02
Gesellschaftsrecht	06
Arbeitsrecht	09
Geistiges Eigentum (IP)	15
Immobilienrecht	21
Medizin- und Sozialrecht	22
Vergaberecht	22
Internes + Veranstaltungen	24
Impressum	28

SCHWERPUNKTTHEMA

VON SEBASTIAN STÜCKER, M. MEL.

Fachanwalt für Sozialrecht
Fachanwalt für Medizinrecht



DAS ERSTE PFLEGESTÄRKUNGSGESETZ

I. Einleitung

Es gilt. Am 23. Dezember 2014 wurde das erste Gesetz zur Stärkung der pflegerischen Versorgung und zur Änderung weiterer Vorschriften (Erstes Pflegestärkungsgesetz – PSG I) im Bundesgesetzblatt (Jahrgang 2014 Teil I Nr. 61) veröffentlicht. Kern des PSG I sind verschiedene Änderungen im Elften Buch Sozialgesetzbuch – Soziale Pflegeversicherung (SGB XI). Die Änderungen im SGB XI sind zum 1. Januar 2015 – also passend zum 20. Geburtstag des SGB XI – in Kraft getreten.

Ziel des PSG I ist es, die Pflegeversicherung weiterzuentwickeln und zukunftsfest zu machen. Das Parlament reagiert mit dem PSG I – wie schon beim Pflege-Neuausrichtungs-Gesetz (PNG) aus dem Jahr 2012 – auf die steigende Zahl der pflegebedürftigen Menschen, insbesondere auch an Demenz erkrankter Menschen, vor dem Hintergrund sinkender Bevölkerungszahlen.

II. Überblick über wesentliche Änderungen im SGB XI:

1. Anpassung der Leistungen der Pflegeversicherung (§ 30 SGB XI)

Die Leistungsbeträge wurden mit Wirkung zum 1. Januar 2015 angehoben. Unter Berücksichtigung der Preisentwicklung in den letzten drei Jahren erfolgte eine Anhebung um 4 %. Leistungen, die erst mit dem am 23. Oktober 2012 verabschiedeten PNG eingeführt worden sind (§§ 38a, 123 SGB XI), wurden nur um 2,67 % angehoben, was die Preisentwicklung in den letzten zwei Jahren berücksichtigt. Die Leistungsbeträge wurden kaufmännisch auf volle Euro gerundet.

Beispielsweise betragen somit die ambulanten Pflegesachleistungen nach § 36 SGB XI ab dem 1. Januar

2015 für Pflegestufe I EUR 468,00 (statt bisher EUR 450,00), für Pflegestufe II EUR 1.144,00 (statt bisher EUR 1.100,00), für Pflegestufe III EUR 1.612,00 (statt bisher EUR 1.550,00) und für Härtefälle EUR 1.995,00 (statt bisher EUR 1.918,00). Für Pflegebedürftige in vollstationären Pflegeheimen übernimmt die Pflegekasse nach § 43 SGB XI ab dem 1. Januar 2015 für Pflegebedürftige der Pflegestufe I EUR 1.064,00 (statt bisher EUR 1.023,00), für Pflegebedürftige der Pflegestufe II EUR 1.330,00 (statt bisher EUR 1.279,00), für Pflegebedürftige der Pflegestufe III EUR 1.612,00 (statt bisher EUR 1.550,00) und für Härtefälle EUR 1.995,00 (statt bisher EUR 1.918,00).

2. Weiterentwicklung des Wohngruppenzuschlags (§ 38a SGB XI)

Der erst mit dem PNG eingeführte Wohngruppenzuschlag wurde aufgrund der gesammelten Erfahrungen neu gestaltet. Die bisherige Regelung stellte die Pflegekassen vor Probleme bei der Feststellung der Leistungsvoraussetzungen. Außerdem führte das föderalisierte Heimrecht zu einer uneinheitlichen Leistungsgewährung in den einzelnen Bundesländern.

Pflegebedürftige haben nun Anspruch auf einen pauschalen Zuschlag in Höhe von EUR 205,00 (Anhebung um 2,67 %) monatlich, wenn sie mit mindestens zwei und höchstens elf weiteren Personen – also insgesamt drei bis zwölf Personen – in einer ambulant betreuten Wohngruppe in einer gemeinsamen Wohnung zum Zweck der gemeinschaftlich organisierten pflegerischen Versorgung leben. (Im PSG I selbst ist eine Begrenzung auf höchstens neun weitere Personen vorgesehen. Durch das Gesetz zur

besseren Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf, das ebenfalls zum 1. Januar 2015 in Kraft getreten ist, wurde die Grenze jedoch auf elf weitere Personen erhöht.) Mindestens zwei weitere Personen müssen pflegebedürftig sein oder bei ihnen muss eine erhebliche Einschränkung der Alltagskompetenz festgestellt worden sein.

Die pflegebedürftige Person muss außerdem Leistungen nach den §§ 36 (Pfllegesachleistung), 37 (Pflegegeld), 38 (Kombinationsleistung) SGB XI oder – neu – nach den §§ 45b (zusätzliche Betreuungs- und Entlastungsleistungen) oder 123 SGB XI (Pflegeleistungen für Personen mit erheblich eingeschränkter Alltagskompetenz) beziehen. Damit können den Wohngruppenzuschlag nun auch Menschen mit erheblich eingeschränkter Alltagskompetenz ohne Pflegestufe erhalten.

Von den Mitgliedern der Wohngruppe muss gemeinschaftlich eine Person beauftragt sein, die unabhängig von der individuellen pflegerischen Versorgung allgemeine organisatorische, verwaltende, betreuende oder das Gemeinschaftsleben fördernde Tätigkeiten verrichtet oder hauswirtschaftliche Unterstützung leistet.

Es darf keine Versorgungsform vorliegen, in der Leistungen angeboten oder gewährleistet werden, die weitgehend einer vollstationären Pflege entsprechen. Ein Anbieter einer ambulant betreuten Wohngruppe hat die Pflegebedürftigen vor deren Einzug in die Wohngruppe in geeigneter Weise darauf hinzuweisen, dass dieser Leistungsumfang von ihm oder einem Dritten in der Wohngruppe nicht erbracht wird, sondern die Versorgung auch durch die aktive Einbindung ihrer eigenen Ressourcen und ihres sozialen Umfeldes sichergestellt werden kann.

Die neue Regelung in § 38a Abs. 2 SGB XI ermächtigt die Pflegekassen nun, zur Feststellung der Anspruchsvoraussetzungen bestimmte Daten zu erheben und zu nutzen.

Für Personen, die am 31. Dezember 2014 einen Anspruch auf einen Wohngruppenzuschlag nach § 38a in der bis zum 31. Dezember 2014 geltenden Fassung haben, wird diese Leistung weiter erbracht, wenn sich an den tatsächlichen Verhältnissen nichts geändert hat (§ 122 Abs. 3 SGB XI).

3. Ausbau und Flexibilisierung bei Verhinderungspflege (§ 39 SGB XI) und Kurzzeitpflege (§ 42 SGB XI)

Leistungen der Verhinderung- und Kurzzeitpflege werden erhöht und können besser miteinander kombiniert werden.

Die Ersatzpflege ist nun für bis zu sechs (statt bisher vier) Wochen pro Kalenderjahr möglich. Es werden Aufwendungen bis zu einem Betrag in Höhe von EUR 1.612,00 übernommen. Außerdem kann für die Verhinderungspflege nun zusätzlich bis zu 50 % des Leistungsbetrages für die Kurzzeitpflege (EUR 806,00) ausgegeben werden. Bei Ersatzpflege durch nahe Angehörige sind die Aufwendungen auf den 1,5-fachen Betrag des Pflegegeldes beschränkt.

Die Kurzzeitpflege kann jetzt um den noch nicht verbrauchten Leistungsbetrag für Verhinderungspflege erhöht werden. Dadurch kann der Leistungsbetrag für Kurzzeitpflege (seit dem 1. Januar 2015 EUR 1.612,00) maximal verdoppelt werden (also bis zu EUR 3.224,00). Darüber hinaus kann auch die Zeit der Inanspruchnahme von vier auf bis zu acht Wochen ausgedehnt werden.

Der Anspruch auf Kurzzeitpflege in geeigneten Einrichtungen der Hilfe für behinderte Menschen besteht bei begründeten Einzelfällen nun auch für über 25-jährige Pflegebedürftige.

4. Leistungen für Pflegehilfsmittel und wohnumfeldverbessernde Maßnahmen erhöht (§ 40 SGB XI)

Die Leistungsbeträge für zum Verbrauch bestimmte Pflegehilfsmittel wurden von EUR 31,00 auf EUR 40,00 monatlich erhöht.

Die Zuschüsse für Maßnahmen zur Verbesserung des individuellen Wohnumfeldes wurden von EUR 2.557,00 auf EUR 4.000,00 angehoben. Bei mehreren Bewohnern darf der Gesamtbetrag EUR 16.000,00 nicht übersteigen.

5. Wegfall der 150%-Regelung bei teilstationärer Tages- und Nachtpflege (§ 41 SGB XI)

Pflegebedürftige können teilstationäre Tages- und Nachtpflege nun zusätzlich zu ambulanten Pfllegesachleistungen, Pflegegeld oder der Kombinationsleistung in Anspruch nehmen, ohne dass eine Anrechnung auf diese Ansprüche erfolgt. Die bisherige

komplexe Regelung zur Leistungskombination (sog. 150 %-Regelung) entfällt.

6. Zusätzliche Betreuungs- und Entlastungsleistungen (§§ 45a ff. SGB XI)

Neben den bereits bestehenden zusätzlichen Betreuungsleistungen können nun auch neu eingeführte zusätzliche Entlastungsleistungen in Anspruch genommen werden. Unter den neu eingeführten niedrigschwelligen Entlastungsangeboten versteht der Gesetzgeber Angebote, die der Deckung des Bedarfs der Anspruchsberechtigten an Unterstützung im Haushalt, insbesondere bei der hauswirtschaftlichen Versorgung, bei der Bewältigung von allgemeinen oder pflegebedingten Anforderungen des Alltags oder bei der eigenverantwortlichen Organisation individuell benötigter Hilfeleistungen dienen oder die dazu beitragen, Angehörige oder vergleichbar Nahestehende in ihrer Eigenschaft als Pflegende zu entlasten. Niedrigschwellige Entlastungsangebote beinhalten die Erbringung von Dienstleistungen, eine die vorhandenen Ressourcen und Fähigkeiten stärkende oder stabilisierende Alltagsbegleitung, organisatorische Hilfestellungen, Unterstützungsleistungen für Angehörige und vergleichbar Nahestehende in ihrer Eigenschaft als Pflegende zur Bewältigung des Pflegealltags oder andere geeignete Maßnahmen. Als grundsätzlich förderungsfähige niedrigschwellige Entlastungsangebote kommen insbesondere Serviceangebote für haushaltsnahe Dienstleistungen, Alltagsbegleiter sowie Pflegebegleiter in Betracht.

Der Betreuungs- und Entlastungsbetrag kann ab dem 1. Januar 2015 auch für Angebote der hauswirtschaftlichen Versorgung genutzt werden.

Zusätzliche Betreuungs- und Entlastungsleistungen können nun auch Pflegebedürftige ohne erheblich eingeschränkte Alltagskompetenz in Anspruch nehmen. Die Kosten hierfür werden bis zu einem Betrag in Höhe von EUR 104,00 monatlich (Grundbetrag) ersetzt.

Darüber hinaus können niedrigschwellige Betreuungs- und Entlastungsangebote jetzt auch über den Grundbetrag bzw. ggf. den erhöhten Betrag hinaus in Anspruch genommen und im Wege der Kostenerstattung (Antrag) mit der Pflegeversicherung abgerechnet werden, soweit der jeweilige Anspruch

auf ambulante Pflegesachleistungen (§§ 36 und 123 SGB XI) nicht voll ausgeschöpft wird. Der Betrag darf jedoch 40 % des jeweiligen Höchstbetrages für ambulante Pflegesachleistungen nicht überschreiten. Die Grundpflege und die hauswirtschaftliche Versorgung müssen sichergestellt sein.

7. Sicherstellung der Anerkennung von tariflicher und kirchenarbeitsrechtlicher Entlohnung (§§ 84 und 89 SGB XI)

Die Bezahlung tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen kann nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden. Dies ist nun bei der Vergütung stationärer und ambulanter Pflegeleistungen explizit gesetzlich geregelt.

8. Zusätzliche Betreuungskräfte für stationäre Pflegeeinrichtungen (§ 87b SGB XI)

Die Möglichkeit des zusätzlichen Angebotes an Betreuung und Aktivierung ist nun nicht mehr nur auf Personen mit eingeschränkter Alltagskompetenz begrenzt. Es erfolgte eine Ausweitung auf alle pflegebedürftigen Bewohnerinnen und Bewohner bzw. Pflegegäste sowie die Versicherten, die einen Hilfebedarf im Bereich der Grundpflege und hauswirtschaftlichen Versorgung haben, der nicht das Ausmaß der Pflegestufe I erreicht. Damit werden somatische Beeinträchtigungen von den zusätzlichen Betreuungsangeboten in der stationären Pflege nun mit erfasst.

Vergütungszuschläge sollen auf der Grundlage vereinbart werden, dass in der Regel für jede anspruchsberechtigte Person der zwanzigste Teil (statt bisher der vierundzwanzigste Teil) der Personalaufwendungen für eine zusätzliche Vollzeitkraft finanziert wird. Das BMG geht davon aus, dass hierdurch ab dem Jahr 2015 bis zu 45.000 Betreuungskräfte für die stationäre Pflege finanziert werden. Bislang sind es rund 25.000 Betreuungskräfte.

9. Verpflichtung zur Vereinbarung alternativer Vergütungen bei ambulanter Pflege entfällt (§§ 89 und 120 SGB XI)

Die Regelungen der §§ 89 und 120 SGB XI werden weitestgehend auf die Fassung vor dem PNG zurück-

geführt. Die Verpflichtung zur Vereinbarung von alternativen Vergütungen entfällt damit wieder. Grundsätzlich können alle alternativen Vergütungsformen und die daraus erwachsenen Wahl- und Kombinationsmöglichkeiten für die Pflegebedürftigen, insbesondere bei der Zusammenstellung ihrer Leistungen, umgesetzt werden.

10. Verbesserte Pflegeleistungen für Personen mit erheblich eingeschränkter Alltagskompetenz (§ 123 SGB XI)

Mit dem PNG sind für Versicherte ohne Pflegestufe, bei denen eine erheblich eingeschränkte Alltagskompetenz vorliegt, erstmals Leistungsansprüche auf ambulante Pflegesachleistungen, Pflegegeld, Kombinationsleistung, Verhinderungspflege und Pflegehilfsmittel sowie Zuschüsse zur Verbesserung des individuellen oder gemeinsamen Wohnumfelds eingeführt worden. Nun können auch der Zuschlag für Mitglieder von ambulant betreuten Wohngruppen (§ 38 a SGB XI) sowie die Anschubfinanzierungsleistungen für die Gründung ambulant betreuter Wohngruppen (§ 45e SGB XI), Leistungen der teilstationären Tages- und Nachtpflege (§ 41 SGB XI) und Leistungen der Kurzzeitpflege (§ 42 SGB XI) bezogen werden. Damit können auch demenziell erkrankte Menschen – die zwar unter erheblichen Einschränkungen in ihrer Alltagskompetenz leiden, aber noch nicht die Voraussetzungen der Pflegestufe I erfüllen – diese Leistungen der Pflegeversicherung erhalten. Darüber hinaus werden die Zuschläge auf Ansprüche auf ambulante Pflegesachleistungen für Pflegebedürftige der Pflegestufen I und II mit dauerhaft erheblich eingeschränkter Alltagskompetenz nun in gleicher Höhe auch auf Ansprüche auf Leistungen der teilstationären Tages- und Nachtpflege ausgedehnt.

11. Pflegeunterstützungsgeld (§ 44a SGB XI)

Das Pflegeunterstützungsgeld wurde nicht durch das PSG I eingeführt. Es wurde – genau wie die oben beschriebene nachträgliche Änderung zum Wohngruppenzuschlag nach § 38a SGB XI – durch das Gesetz zur besseren Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf eingeführt. Das Pflegeunterstützungsgeld fin-

det hier Erwähnung, da auch das BMG das Pflegeunterstützungsgeld häufig bei den Neuerungen im Zusammenhang mit dem PSG I aufführt. Außerdem handelt es sich ebenfalls um eine Änderung im SGB XI, die mit Wirkung zum 1. Januar 2015 eingeführt wurde.

Für kurzzeitige Arbeitsverhinderung im Sinne des Pflegezeitgesetzes hat eine Beschäftigte oder ein Beschäftigter – die oder der für diesen Zeitraum keine Entgeltfortzahlung vom Arbeitgeber und kein Kranken- oder Verletztengeld bei Erkrankung oder Unfall eines Kindes beanspruchen kann – nun Anspruch auf einen Ausgleich für entgangenes Arbeitsentgelt (Pflegeunterstützungsgeld) für bis zu insgesamt zehn Arbeitstage. Für eine pflegebedürftige Person wird nur einmal das Pflegeunterstützungsgeld für bis zu zehn Arbeitstage gezahlt, auch wenn mehrere Beschäftigte ihren Anspruch bis zu zehn Arbeitstage von der Arbeit fernzubleiben nutzen.

Pflegeunterstützungsgeld wird nur auf Antrag gewährt. Dieser Antrag ist unverzüglich zu stellen. Es muss eine ärztliche Bescheinigung beigelegt werden.

Die Höhe des Pflegeunterstützungsgeldes berechnet sich nach den für die Berechnung des Krankengeldes bei Erkrankung des Kindes geltenden Vorschriften. Das Pflegeunterstützungsgeld beträgt damit grundsätzlich 90 % des ausgefallenen Nettoarbeitsentgelts aus beitragspflichtigem Arbeitsentgelt der Versicherten, darf jedoch 70 % der Beitragsbemessungsgrenze nicht überschreiten.

FAZIT

► Die Leistungen der Pflegeversicherung werden durch das PSG I gestärkt, ausgeweitet und flexibilisiert. Zur Finanzierung der zusätzlichen Leistungen wurde der Beitragssatz für die Pflegeversicherung um 0,3 % auf dann 2,35 % der beitragspflichtigen Einnahmen der Mitglieder angehoben. 0,1 % der beitragspflichtigen Einnahmen fließen jedoch zunächst in den neu gebildeten Pflegeversorgungsfonds. Ab dem Jahr 2035 soll dann jährlich ein Zwanzigstel des angesammelten Kapitals zurück in die Pflegeversicherung fließen, um eine übermäßige Beitragssatzsteigerung abzufedern. Durch den Pflegeversorgungsfonds sollen die steigenden Leistungsausgaben in der Pflegeversicherung gerechter auf die Generationen verteilt werden.

► Noch nicht im PSG I enthalten, ist die schon seit langem geforderte Umsetzung eines neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffs. Bereits im Jahr 2006 wurde vom Bundesministerium für Gesundheit (BMG) ein »Beirat zur Überprüfung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs« gegründet. Dieser präsentierte seine Ergebnisse im Jahr 2009 und sprach sich für eine neue Definition des Pflegebedürftigkeitsbegriffs aus. Die neue Definition soll dabei u. a. die Bedürfnisse von Menschen mit kognitiven und psychischen Beeinträchtigungen besser berücksichtigen. Politische Entscheidungen ergingen zunächst jedoch nicht. Erst im Jahr 2012 wurde die Arbeit des Beirates wieder aufgegriffen und ein »Expertenbeirat zur konkreten Ausgestaltung eines neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffs« gebildet. Aufgabe des Expertenbeirats war es, fachliche und administrative Fragen bei der Umsetzung eines neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffs

zu klären. Seinen Bericht hat der Expertenbeirat im Juni 2013 übergeben. Politische Entscheidungen blieben zunächst jedoch wieder aus. Im Jahr 2014 hat das BMG zwei Studien zur Erprobung eines neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffs gestartet. In einer Studie zur Evaluation eines Neuen Begutachtungsassessments (NBA), an der bundesweit 40 Pflegeheime und ca. 2000 Personen teilnehmen, soll untersucht werden, wie sich die geplante Einführung von fünf Pflegegraden – statt bisher drei Pflegestufen – auf die SGB XI Leistungen auswirkt. Eine Praktikabilitätsstudie soll die Anforderungen an die Begutachtung klären. Ergebnisse für beide Studien sollen Anfang 2015 vorliegen. Dann soll mit der Umsetzung des neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffs begonnen werden. Der neue Pflegebedürftigkeitsbegriff soll noch in dieser Wahlperiode (bis 2017) in einem zweiten Pflegestärkungsgesetz eingeführt werden. Man darf gespannt sein.

Sebastian Stücker, M.Mel.

DIRECTOR-HAFTUNG BEI DER LIMITED IM INSOLVENZVERFAHREN

Gesellschaftsrecht

GmbH-Geschäftsführer leben in der Krise ihrer Gesellschaft gefährlich. Das GmbH-Gesetz sieht in § 64 vor, dass sie der Gesellschaft sämtliche Zahlungen zu erstatten haben, die sie in der Krise aus deren Vermögen vorgenommen haben, sofern sie nicht nachweisen können, dass die Auszahlung im Einzelfall mit der Sorgfalt des ordentlichen Kaufmannes vereinbar war. Damit will das Gesetz die Masse der Gesellschaft in einem späteren Insolvenzverfahren zugunsten der Insolvenzgläubiger sichern. Es geht also darum, Schäden von den späteren Insolvenzgläubigern abzuwenden, die sie sonst durch die entsprechende Reduzierung ihrer Quoten erleiden würden.

Gilt diese Vorschrift nun auch für Auslandsgesellschaften oder ausschließlich nur für deutsche GmbHs? Diese Frage stellte man sich in der juristischen Fachliteratur, seit es durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs möglich geworden war, Auslandsgesellschaften, insbesondere englische Limiteds, zu gründen, die ihren ausschließlichen oder jedenfalls überwiegenden Geschäftsbetrieb in Deutschland unterhielten und auch hier ihren

Verwaltungssitz hatten. Dies hatte insbesondere Anfang des Jahrtausends zu einer entsprechenden Gründungswelle von in Deutschland ansässigen englischen Limiteds geführt, wobei treibendes Motiv vermeintliche Vorteile (insbesondere geringe Anforderungen an die Kapitalaufbringung) waren.

Dem BGH (Beschluss vom 2. Dezember 2014 – II ZR 119/14) lag nun diese Frage zur Entscheidung in einem Insolvenzverfahren über eine englische Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland vor. Nach dem europäischen Insolvenzrecht wird ein Insolvenzverfahren über eine Gesellschaft in demjenigen Land eröffnet, in dem die Gesellschaft den »Schwerpunkt ihrer Tätigkeit« (»Center of main interest« – Comi) unterhält. So kann es daher geschehen, dass das Insolvenzverfahren in einem anderen Land als dem Gründungsstaat der Gesellschaft durchgeführt wird. Auf das Insolvenzverfahren ist dann das Insolvenzrecht des Eröffnungsstaates anzuwenden. Für das Binnenrecht, also die gesellschaftsrechtliche Verfassung der Gesellschaft hingegen bleibt es bei der Anwendbarkeit des Gründungsrechts, bei dem Insolvenzverfahren

über das Vermögen einer englischen Limited also bei der Anwendbarkeit des englischen Gesellschaftsrechts.

Wäre folglich die Vorschrift des § 64 GmbHG wegen seiner Verankerung im GmbH-Gesetz als gesellschaftsrechtliche Bestimmung zu qualifizieren, fände sie auf englische Limiteds und ihre Direktoren keine Anwendung. Der BGH vertritt aber die Auffassung, dass die Vorschrift von ihrem Zweck, Insolvenzgläubiger in der Insolvenz der Gesellschaft vor nachteiligen Verkürzungen der Masse durch die Geschäftsführer/Direktoren zu schützen, dem Insolvenzrecht zuzuordnen sei und die Vorschrift daher auch auf Auslandsgesellschaften angewendet werden müsse, wenn über deren Vermögen in Deutschland das Insolvenzverfahren eröffnet werde.

Der Bundesgerichtshof sieht insoweit auch keinen Konflikt mit dem im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) verankerten Schutz der Niederlassungsfreiheit. Danach können Gesellschaften, die nach dem Recht eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union wirksam gegründet worden sind, in jedem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union sich auch mit einer Hauptniederlassung niederlassen und dort ihren Verwaltungssitz und »Center of main interest« begründen. Demzufolge sind jegliche Maßnahmen und gesetzliche Bestimmungen untersagt, die eine solche freie Niederlassung behindern könnten. Das ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofs bei § 64 GmbHG aber nicht der Fall, da sich diese Vorschrift nicht mit den Bedingungen der Niederlassung in Deutschland befasst und auch nicht die Binnenstrukturen der Auslandsgesellschaft verändert, sondern es sich bei dieser Vorschrift lediglich um die Regelung von Folgen der Geschäftsaufnahme in Deutschland handelt.

Gleichwohl hat der Bundesgerichtshof erkannt,

dass die Frage europarechtlicher Klärung bedarf und mit seinem Beschluss vom 2. Dezember 2014 dem Europäischen Gerichtshof die Frage vorgelegt, ob die auf § 64 GmbHG gestützte Regressforderung des Insolvenzverwalters gegen den Director einer englischen Limited dem deutschen Insolvenzrecht zuzuordnen und daher europarechtlich zulässig ist. Sollte der Europäische Gerichtshof diese Frage bejahen, müssten sich die Directors englischer Limiteds mit Verwaltungssitz in Deutschland deutlich intensiver als vermutlich bisher geschehen im täglichen Geschäft mit der Frage auseinandersetzen, ob ihre Limited sich bereits in einer Krise im Sinne des § 64 GmbHG befindet und Auszahlungen aus ihrem Vermögen daher nur noch unter besonderen Umständen zulässig sind, um eine künftige persönliche Haftung zu vermeiden. Ob daneben die nicht im Insolvenz-, sondern im Deliktsrecht verortete strenge Haftung des englischen Rechts ebenfalls gilt, kann hier nicht erörtert werden. Die Gefahr ist aber akut, dass Directors englischer Limiteds und sonstiger Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland künftig einem doppelten und damit verschärften Haftungsregime unterliegen können.

FAZIT

- ▶ Die Verwaltung ausländischer Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland verlangt nicht nur umfassende Kenntnisse des Gründungsrechts; die Anwendbarkeit verschiedener Rechtsordnungen mit womöglich kollidierenden Konzepten erfordert besondere Erfahrung und erhöhten Beratungsaufwand.
- ▶ Wir hatten daher an dieser Stelle wiederholt davor gewarnt, den Verheißungen der Werbung einer schnellen, einfachen und angeblich billigen Gründung englischer Limiteds zu trauen.

Dr. Ekkehard Nolting

KEINE HAFTUNGSMINDERUNG DES STIFTUNGSVORSTANDES BEI MITVERSCHULDEN DES STIFTUNGSRATES

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 20. November 2014 – III ZR 509/13 über die Frage entschieden, ob der Vorstand einer kirchlichen Stiftung bürgerlichen Rechts einem Schadenersatzanspruch der Stiftung

entgegen halten kann, dass der Stiftungsrat an dem eingetretenen Schaden Mitverantwortung trägt und deshalb allenfalls eine geminderte Haftung in Betracht kommt.

Dem Urteil lag zugrunde, dass der Beklagte als alleiniger Vorstand einer kirchlichen Stiftung bürgerlichen Rechts das Stiftungskapital in erheblichem Umfang spekulativ angelegt hatte. Aus den Anlagengeschäften resultierten in der Folgezeit erhebliche, sich über die Laufzeit der Anlagen kumulierende Verluste. Dem Stiftungsrat als Überwachungsorgan des Vorstandes waren die Verluste aus den Anlagengeschäften bereits seit 2003 bekannt. Trotz der bekannten Verlustsituation war der Stiftungsrat nicht eingeschritten; er hat stattdessen die Entscheidung mitgetragen, an den Anlagen festzuhalten. In der Folgezeit nahm die Stiftung den Vorstand auf Ersatz der aus den Anlagen resultierenden Verluste i. H. v. ca. EUR 1,8 Mio. zuzüglich Zinsen in Anspruch.

Der beklagte Vorstand wandte gegenüber dem Schadenersatzanspruch unter anderem ein, dass ihm die Untätigkeit des Stiftungsrates als haftungsminderndes Mitverschulden (§ 254 BGB) zugutekommen müsse.

Der BGH machte zunächst deutlich, dass im Zusammenhang mit der Haftung eines Geschäftsführers einer GmbH oder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft die Anwendung eines haftungsmindernden Mitverschuldens i. S. d. § 254 BGB nicht möglich ist. Er begründete dies unter Hinweis darauf, dass die Pflichten der für die GmbH oder AG tätigen Organe nebeneinander bestehen. Jedes Organ ist für die Erfüllung seiner Pflichten im Rahmen seines gesetzlichen und satzungsmäßigen Geschäftsbereiches selbstständig verantwortlich und hat deshalb im Falle einer Pflichtwidrigkeit für den verursachten Schaden voll einzustehen. Kein Gesellschaftsorgan kann mithin gegenüber der Gesellschaft einwenden, seine Ersatz-

pflicht sei gemindert, weil ein anderes Gesellschaftsorgan für den Schaden mit verantwortlich sei. Insbesondere kann ein Geschäftsführer einer GmbH, der von der Gesellschaft wegen einer Pflichtwidrigkeit in Anspruch genommen wird, nicht einwenden, ein Mitgeschäftsführer oder ein Mitglied eines in der GmbH gebildeten Aufsichtsrates sei für den von ihm herbeigeführten Schaden mitverantwortlich, sodass seine eigene Ersatzpflicht gemindert sei. Insbesondere kann des Weiteren ein Geschäftsführer als Mitverschuldens einwand auch nicht geltend machen, er sei von der Gesellschafterversammlung schlecht ausgewählt oder nachlässig überwacht worden.

Diese Grundsätze hat der BGH in gleicher Weise auf den Vorstand der Stiftung übertragen. In Konsequenz dessen haften die Organe, etwa der Vorstand und der Stiftungsrat, gleichstufig und als Gesamtschuldner für einen entstandenen Schaden. Insbesondere kann sich ein einzelnes Organ nicht auf das Mitverschulden eines anderen Organs zur eigenen Haftungsinderung berufen, sondern ist allenfalls darauf verwiesen, bei dem anderen haftenden Organ der Stiftung Rückgriff zu nehmen.

FAZIT

- ▶ Vorstände von Aktiengesellschaften, Stiftungen etc. sind gut beraten, ihre Leitungsfunktion pflicht- und ordnungsgemäß zu erbringen.
- ▶ Eine Minderung der Haftung von GmbH-Geschäftsführern oder Vorständen wegen eines Mitverschuldens eines anderen Organs (Aufsichtsrat, Gesellschafterversammlung, Stiftungsrat etc.) ist ausgeschlossen.

Jörg-Dieter Battke

ANGEMESSENE GRÜNDUNGSKOSTEN BEI GRÜNDUNG UND FORMWECHSEL

Das Oberlandesgericht Celle hat mit Beschluss vom 22. Oktober 2014 – 9 W 124/14 über die Frage der Angemessenheit von GmbH-Gründungskosten entschieden. Dem Beschluss des OLG Celle lag zugrunde, dass die Gesellschafterversammlung einer Kommanditgesellschaft den Formwechsel dieser Gesellschaft in eine GmbH mit einem Stammkapi-

tal in Höhe von EUR 25.000,00 beschlossen hatte. Der im Rahmen des Formwechsels festgestellte Gesellschaftsvertrag der künftigen GmbH sah vor, dass die Gesellschaft die bei ihrer Gründung entstehenden Kosten bis zu einer Höhe von EUR 15.000,00 trägt. Die Eintragung des Formwechsels im Handelsregister hat das Registergericht unter Hinweis auf den unange-

messen hohen Gründungsaufwand zurückgewiesen.

Die hiergegen eingelegte Beschwerde zum OLG Celle blieb in der Sache selbst ohne Erfolg. Das OLG Celle gelangte zu dem Ergebnis, dass die vorgesehene Belastung des EUR 25.000,00 betragenden Stammkapitals der zukünftigen GmbH mit Gründungskosten in Höhe von EUR 15.000,00 – was einer Kostenquote von ca. 60 % entspricht – einen Verstoß gegen den Grundsatz der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung (vgl. §§ 19, 30 GmbHG) darstellt. Das GmbH-Gesetz sieht insoweit vor, dass das Stammkapital effektiv zu leisten ist und ein Rückfluss an die Gesellschafter verhindert werden muss, damit das Stammkapital seine Funktion als Mindesthaftungsmasse für die Gesellschaftsgläubiger erfüllen kann.

Grundsätzlich kann der GmbH-Gründungsaufwand der Gesellschaft durch entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag auferlegt werden. Dies gilt allerdings nur insoweit, als der Gründungsaufwand angemessen ist. Eine gesetzliche Regelung zur Angemessenheit des Gründungsaufwandes existiert – mit Ausnahme für die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) – nicht. In der Praxis wird die Angemessenheitsgrenze bei 10 % des Stammkapitals oder – bei der AG – Grundkapitals angesetzt. Bei der Einhaltung dieser Angemessenheitsgrenze wird von den Registergerichten die Regelung des Gesellschaftsvertrages, wonach die Gesellschaft die Gründungskosten zu tragen hat, ohne gesonderte Nachweise akzeptiert.

Beim vorliegenden Sachverhalt ist allerdings die Angemessenheitsgrenze deutlich überschritten. Eine Kostenübernahmeregelung einer GmbH, die ca. 60 % des Stammkapitals erfasst, stellt nach Auffassung des OLG Celle eine massive Reduzierung des Stammkapitals als Mindesthaftungsmasse dar, die auch mit dem Prinzip der Kapitalbindung und Kapitalerhaltung nicht in Einklang zu bringen ist. Dies gilt nach Auffassung des OLG Celle unabhängig davon, ob die GmbH als Bargründung errichtet wird oder aus der Umwandlung einer bereits bestehenden (Kommandit-)Gesellschaft hervorgeht. Unerheblich ist nach Auffassung des OLG Celle in diesem Zusammenhang auch, dass bei einem solchen Formwechsel Kostenschuldner der Gründungskosten die bereits existierende Gesellschaft und nicht deren Gesellschafter sind. Das OLG Celle stützt diese Auffassung darauf, dass die Gesellschaftsgläubiger einer durch Formwechsel entstandenen GmbH ebenso schützenswert wie diejenigen Gesellschaftsgläubiger einer durch Neugründung entstandenen GmbH sind.

FAZIT

- ▶ Gründungskosten in Höhe von ca. 60 % des Stammkapitals der Gesellschaft sind unangemessen. Eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag, wonach die Gesellschaft diese Gründungskosten trägt, ist unwirksam.
- ▶ Entsprechendes gilt bei der Gründung einer GmbH im Wege des Formwechsels.

Jörg-Dieter Battke

ARBEITS- UND SOZIALRECHT: DAS NEUE JAHR 2015 BRINGT ÄNDERUNGEN

Arbeitgeber sollten sich 2015 auf folgende Neuerungen einstellen:

1. Ab dem 1. Januar 2015 gilt der gesetzliche Mindestlohn. Das Tarifautonomiestärkungsgesetz, das neben dem MiLoG weitere Gesetzesänderungen vorsieht, ist bereits im August 2014 in Kraft getreten. In 17 Branchen mit ca. 4,6 Millionen Arbeitnehmern sind Mindestlöhne ohnehin auch nach dem AEntG und TVG festgelegt. Ab Januar 2015 gelten erstmals für Land-, Forst- und Gartenbauarbeiter bundesweite

Mindestlöhne. Gleichzeitig gilt die neue Mindestlohnverordnung für die Pflegebranche und für die Beschäftigten der Innen-Gebäudereinigung steigt der Mindestlohn auf EUR 8,50.

2. Des Weiteren tritt zum 1. Januar 2015 das Gesetz zur besseren Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf in Kraft. Menschen, die Beruf und Pflege von Angehörigen vereinbaren müssen, sollen mehr zeitliche Flexibilität erhalten. Es sollen nun nur Beschäftigte in Betrieben mit mehr als 25 regel-

mäßig Beschäftigten einen Rechtsanspruch auf die Familienpflegezeit haben. Gewährt wird zum Beispiel der Anspruch auf ein zinsloses Darlehen zur Bewältigung des Lebensunterhalts während einer Freistellung. Des Weiteren haben Angehörige, die sich in einer neuen Pflegesituation befinden, einen Rechtsanspruch auf Familienpflegezeit sowie auf Lohnersatzleistung während der kurzfristigen zehntägigen Auszeit. Zur Weiterentwicklung der Möglichkeiten des Familienpflegezeit- und des Pflegezeitgesetzes hat das Familienministerium einen Referentenentwurf eines Gesetzes zur besseren Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf vorgelegt.

3. Für alle ab dem 1. Juli 2015 geborenen Kinder gelten Neuregelungen zum Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG).

4. Verlängert wurden im Jahr 2015 die Regelungen zum Kurzarbeitergeld, das auch 2015 weiterhin für bis zu zwölf Monate gewährt werden kann, die

Sonderregelungen zum Arbeitslosengeld und zur Weiterbildungsförderung. Der allgemeine Rentenbeitragssatz sinkt 2015 von derzeit 18,9 auf 18,7 Prozent. Daneben sind neue Rechengrößen der Sozialversicherung zu beachten. Des Weiteren wurden zum 1. Januar 2015 neue Krankheiten in der Berufskrankheitenliste erfasst.

5. Schließlich soll nach einem neuen Gesetzentwurf zur Tarifeinheit nur der Tarifvertrag der Gewerkschaft gelten, die in dem jeweiligen Betrieb die meisten Mitglieder hat, wenn zwei Gewerkschaften in ein- und demselben Betrieb dieselben Arbeitnehmergruppen vertreten und für diese unterschiedliche tarifliche Regelungen treffen wollen.

FAZIT

► Wenn Sie Näheres wissen wollen, fragen Sie gern unser Arbeitsrechts- und Sozialrechtsteam.

Dr. Andrea Benkendorff

VOLLER MINDESTLOHN AUCH FÜR BEREITSCHAFTSDIENSTZEITEN?

§ 2 der Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche (Pflegearbeitsbedingungenverordnung – PflegeArbbV) vom 15. Juli 2010 legte für das Jahr 2010 ein Mindestentgelt i. H. v. EUR 8,50 brutto je Stunde (West) bzw. EUR 7,50 brutto je Stunde (Ost) fest. Eine gesonderte Regelung für Bereitschaftsdienste war in der damaligen Verordnung nicht enthalten.

Das Bundesarbeitsgericht entschied mit Urteil vom 19. November 2014 (Az.: 5 AZR 1101/12) für einen Fall aus dem Jahr 2010, dass der Arbeitgeber diesen Mindestlohn nach der damaligen Fassung der Verordnung auch für Bereitschaftsdienste in voller Höhe zu zahlen hatte. Da das Mindestentgelt nach § 2 PflegeArbbV »je Stunde« festgelegt sei, knüpfte es an die vergütungspflichtige Arbeitszeit an. Dazu gehören nicht nur die Vollarbeit, sondern auch Zeiten, in denen sich der Beschäftigte an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufhalten und bei Bedarf sofort seine Arbeit aufnehmen müsse. Die Möglichkeit, in diesen Fällen ein geringeres Entgelt als für Vollarbeit zu bestimmen, habe nur der Ordnungsgeber. Solange dies aber nicht geschehe, seien arbeitsvertragliche

Vereinbarungen unwirksam, die für Bereitschaftsdienste die Lohnuntergrenze in der Pflegebranche unterschreiten.

Der Ordnungsgeber hat auf dieses Urteil des Bundesarbeitsgerichts reagiert. In der sog. Zweiten Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche vom 27. November 2014 (2. PflegeArbbV) wurde in § 2 Absatz 3 zunächst der Bereitschaftsdienst definiert. Bereitschaftsdienste im Sinne der Verordnung leisten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die sich auf Anordnung des Arbeitgebers außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit an einer vom Arbeitgeber bestimmten Stelle aufhalten, um im Bedarfsfall die Arbeit aufzunehmen, wenn zu erwarten ist, dass zwar Arbeit anfällt, erfahrungsgemäß aber die Zeit ohne Arbeitsleistung mindestens 75 % beträgt. Sie sind im Dienstplan zu hinterlegen.

Handelt es sich nach dieser Definition um Bereitschaftsdienste, so lässt die Verordnung für die Pflegebranche zu, dass auf Grundlage einer kollektivrechtlichen Regelung (Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung) oder einer schriftlichen einzelvertraglichen Regelung

zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zum Zwecke der Entgeltberechnung die Zeit des Bereitschaftsdienstes einschließlich der geleisteten Arbeit mit mindestens 25 % als Arbeitszeit bewertet werden kann. Eine zusätzliche Sonderregelung wurde bei mehr als 8 Bereitschaftsdiensten im Monat bzw. einer Arbeitsleistung innerhalb des Bereitschaftsdienstes mit mehr als 25 % getroffen.

Existiert allerdings keine solche kollektivrechtliche oder einzelvertragliche Vereinbarung, ist der Bereitschaftsdienst auch im Geltungsbereich der 2. PflegeArbbV weiterhin mit dem vollen Mindestentgelt zu vergüten. Zu beachten ist dabei außerdem, dass dieses Mindestentgelt über dem im Mindestlohngesetz geregelten, ab 1. Januar 2015 geltenden allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn von EUR 8,50 brutto je Zeitstunde hinausgeht. Für das Gebiet der Länder Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen beträgt das Mindestentgelt danach ab dem 1. Januar 2015 EUR 8,65 brutto je Stunde (ab dem 1. Januar 2016: EUR 9,00 je Stunde; ab dem 1. Januar 2017: EUR 9,50 je Stunde). Gemäß § 1 Abs. 3 des Mindestlohngesetzes ist das in der 2. PflegeArbbV geregelte Mindestentgelt vorrangig vor dem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn von EUR 8,50 brutto je Zeitstunde.

FAZIT

- ▶ Unter § 1 der 2. PflegeArbbV fallende Pflegebetriebe müssen ihren in der Pflege tätigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ab 1. Januar 2015 grundsätzlich ein Mindestentgelt von EUR 8,65 (Ost) bzw. EUR 9,40 (West) brutto je Stunde zahlen.
- ▶ Dieses in der 2. PflegeArbbV festgelegte volle Mindestentgelt ist ohne eine anderslautende kollektivrechtliche oder einzelvertragliche Vereinbarung auch für die vollen Bereitschaftsdienstzeiten geschuldet. Arbeitgeber der Pflegebranche, deren Arbeitnehmer Bereitschaftsdienste leisten, sollten beim Fehlen einer entsprechenden Betriebsvereinbarung bzw. tarifvertraglichen Regelung schnellstmöglich eine Einzelvereinbarung mit ihren Arbeitnehmern treffen, nach der Bereitschaftsdienste entsprechend den Vorgaben der 2. PflegeArbbV geringer vergütet werden dürfen.
- ▶ Arbeitgeber außerhalb der Pflegebranche, die ab 1. Januar 2015 lediglich den allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn aus § 1 des Mindestlohngesetzes zu beachten haben, sollten sich darauf einstellen, dass dieser zwingend und ohne Abweichungsmöglichkeiten auch für die vollen Bereitschaftsdienstzeiten zu zahlen ist, da das Mindestlohngesetz anders als die 2. PflegeArbbV eine abweichende Regelung zur Vergütung von Bereitschaftsdiensten nicht vorsieht.

Dr. Andrea Benkendorff / Dr. Tina Lorenz

UNWIRKSAME KÜNDIGUNG EINES ALKOHOLKRANKEN BERUFSKRAFTFAHRERS

In einem nunmehr veröffentlichten Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 12. August 2014 – 7 Sa 852/14 musste das Gericht über die Wirksamkeit einer Kündigung nach einem alkoholbedingten Auffahrunfall eines Arbeitnehmers entscheiden.

Der verheiratete und zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtete Kläger war bei seinem Arbeitgeber als Kraftfahrer, mit einer seit 1991 anerkannten Betriebszugehörigkeit, beschäftigt. In der Nacht vom 1. Mai 2013 zum 2. Mai 2013 verursachte er einen Auffahrunfall. Durch den Unfall wurde der Fahrer des vorderen Fahrzeugs leicht verletzt und es entstand ein erheblicher Schaden an den beteiligten Fahrzeugen. Eine Alkoholkontrolle ergab bei dem Arbeitnehmer

einen Wert von 0,64 ‰. Der Arbeitgeber regelte in seiner Arbeitsordnung ein Alkoholverbot. Die Arbeitsordnung wurde zuletzt im Jahr 2011 durch den Arbeitnehmer bestätigt. Aufgrund des Unfalls unter Alkoholeinfluss bereitete der Arbeitgeber eine außerordentliche und hilfsweise ordentliche Kündigung vor. Schon der zur Kündigung angehörte Betriebsrat stimmte dieser nicht zu, da der Arbeitnehmer ankündigte, sich in ärztliche Behandlung zu begeben. Zum Zeitpunkt des Zugangs des Kündigungsschreibens (29. Mai 2013) befand sich der Arbeitnehmer bereits in Therapie.

Das Arbeitsgericht erachtete die außerordentliche Kündigung wegen der Nichteinhaltung der

Zweiwochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB für unwirksam. Dagegen hielt es die ordentliche Kündigung für sozial gerechtfertigt. Gegen das Urteil legte der Arbeitnehmer Berufung ein.

In der zweiten Instanz schloss das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg sowohl eine verhaltensbedingte als auch eine krankheitsbedingte Kündigung aus. Zwar stuften die Richter die Fahrt unter Alkoholeinfluss als schwerwiegende Pflichtverletzung ein, jedoch sei der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Kündigung alkoholkrank gewesen. Stehe das Verhalten des Arbeitnehmers in Zusammenhang mit einer Alkoholkrankheit, müssten an diese Kündigung die gleichen Anforderungen wie an eine krankheitsbedingte Kündigung gestellt werden. Jedoch fehlte dem Gericht die für die krankheitsbedingte Kündigung erforderliche negative Prognose. Denn der Arbeitnehmer war therapiebereit. Deswegen könne nicht darauf geschlossen werden, er werde in absehbarer Zeit nicht von seiner Krankheit geheilt. Zudem fehlte es an den für diese Kündigung erforderlichen erheblichen Fehlzeiten. Das Gericht sah auch keinen verhaltensbe-

dingten Kündigungsgrund. Nach Ansicht der Richter fehlte es schon an einem schuldhaften Pflichtverstoß. Schließlich könne dem Arbeitnehmer wegen seiner Alkoholkrankheit kein Schuldvorwurf gemacht werden. Darüber hinaus gelte auch für eine verhaltensbedingte Kündigung das Prognoseprinzip. Zweck der Kündigung sei nicht eine Sanktion für die begangene Pflichtverletzung, sondern die Vermeidung des Risikos weiterer erheblicher Pflichtverletzungen. Wegen seiner Therapie wurde auch eine solche negative Prognose verneint. Die Abmahnung wurde in diesem Fall als das geeignetere Mittel angesehen.

FAZIT

- ▶ Da suchtbedingtes Fehlverhalten für den Mitarbeiter nicht steuerbar ist, scheidet in der Regel eine verhaltensbedingte Kündigung aus.
- ▶ Wenn der Arbeitnehmer Therapiewillen zeigt, ist auch eine krankheitsbedingte Kündigung zunächst ausgeschlossen. Erst wenn er die Therapie abbricht oder rückfällig wird, kann das Vorliegen der erforderlichen negativen Prognose erneut geprüft werden.

Alexandra Graf

VORÜBERGEHENDE BESCHÄFTIGUNG EINES LEIHARBEITNEHMERS AUF EINEM DAUERARBEITSPLATZ – ZULÄSSIG?

Mit dieser Frage hatte sich die 14. Kammer des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg in seinem Beschluss vom 22. Mai 2014 (14 TaBV 184/14) zu befassen. Im entschiedenen Fall hatte der Betriebsrat seine Zustimmung zur Verlängerung des Einsatzes einer Leiharbeiterin in einem Fachklinikum für Psychiatrie und Neurologie für den Zeitraum vom 1. März 2013 bis zum 28. Februar 2015 mit der Begründung verweigert, es handele sich um einen Dauerarbeitsplatz. Eine Beschäftigung von Leiharbeitern auf Dauerarbeitsplätzen sei nach Ansicht des Betriebsrates wegen des in § 1 Abs. 1 S. 2 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) n. F. normierten Gebotes der lediglich vorübergehenden Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher nicht zulässig. Bei § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG handele es sich um ein Verbotsgesetz i. S. d. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, so dass die Zustimmungsverweigerung des

Betriebsrates nach dieser Norm berechtigt sei. Die Tatsache, dass die konkrete Leiharbeiterin selbst nur zeitlich begrenzt – nämlich bis Ende Februar 2015 – auf der Stelle eingesetzt werden sollte, spielte nach Ansicht des Betriebsrates keine Rolle.

Das Fachklinikum beantragte deshalb unter anderem die Ersetzung der Zustimmung zur Einstellung der Leiharbeiterin, verlor jedoch erstinstanzlich. Fallentscheidend für das Landesarbeitsgericht in 2. Instanz war in diesem Verfahren die Frage, ob das Merkmal »vorübergehend« in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG n. F. arbeitsplatz- oder personenbezogen ist. Diese Frage ist in der juristischen Literatur und in der bisherigen Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte höchst umstritten. Das Bundesarbeitsgericht hat im Beschluss vom 10. Juli 2013 (Az: 7 ABR 91/11) offengelassen, wie der Begriff »vorübergehend« seiner Ansicht

nach auszulegen ist. Einige Landesarbeitsgerichte sind der Auffassung, dass der Einsatz von Leiharbeitnehmern auf Dauerarbeitsplätzen grundsätzlich unzulässig sei (so z. B. LAG Berlin-Brandenburg, Entscheidung vom 19. Dezember 2012, Az: 4 TaBV 1163/12; LAG Berlin-Brandenburg, Entscheidung vom 9. Januar 2013, Az: 24 TaBV 1868/12). Nach anderer Auffassung ist der Begriff »vorübergehend« in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG arbeitnehmer- und nicht arbeitsplatzbezogen (so z. B. LAG Düsseldorf, Entscheidung vom 2. Oktober 2012, Az: 17 TaBV 38/12; LAG Hamburg, Entscheidung vom 4. September 2013, Az: 5 TaBV 6/13).

Letzterer Auffassung schloss sich nun auch das LAG Berlin-Brandenburg in der jüngsten Entscheidung an. Jede weitere – zeitliche oder sachliche – Einschränkung des Begriffs »vorübergehend« in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG sah es vom Gesetz als nicht intendiert an. Auch aus den Vorgaben der Richtlinie RL 2008/104/EG konnte das Landesarbeitsgericht entsprechende Einschränkungen nicht entnehmen. Deshalb ersetzte das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg die Zustimmung des Betriebsrates zur Einstellung der Leiharbeiterin für den beantragten Zeitraum. Jedoch hat es die Rechtsbeschwerde zum Bundesarbeitsgericht zugelassen, weil die entscheidungserhebliche

Frage der Auslegung des Begriffes »vorübergehend« in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG grundsätzliche Bedeutung hat und weil der Beschluss von Entscheidungen anderer Kammern des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg und von Entscheidungen anderer Landesarbeitsgerichte abweicht.

FAZIT

► Der Begriff »vorübergehend« in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG ist nach Ansicht des LAG Berlin-Brandenburg in seiner Entscheidung vom 22. Mai 2014 arbeitnehmer- und nicht arbeitsplatzbezogen zu sehen. Eine zeitlich begrenzte Einstellung eines Leiharbeitnehmers auf einem Dauerarbeitsplatz ist demnach zulässig. Die Rechtsbeschwerde zum BAG ist jedoch zugelassen. Eine höchstrichterliche Klärung der Streitfrage steht noch aus. Bis dahin gibt es in dieser Frage noch keine Rechtssicherheit.

► Arbeitgeber sollten deshalb Rechtsrat einholen, wie sie bis zur endgültigen Klärung dieses Problems bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern auf Stellen, die möglicherweise als Dauerarbeitsplätze zu qualifizieren sein könnten, vorgehen sollten, und welche Risiken im konkreten Fall bestehen könnten.

Dr. Tina Lorenz

KEIN UNTERLASSUNGSANSPRUCH DES ARBEITGEBERS GEGEN DEN BETRIEBSRAT

Bei mitbestimmungswidrigem Verhalten des Arbeitgebers steht dem Betriebsrat in der Regel ein Unterlassungsanspruch zu. Er kann dem Arbeitgeber im Wege eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens, in dringenden Fällen auch durch einstweilige Verfügung, untersagen lassen, das mitbestimmungswidrige Verhalten fortzusetzen. Umstritten war in der Vergangenheit, ob auch der Arbeitgeber dem Betriebsrat durch die Arbeitsgerichte ein Verhalten untersagen lassen kann, das gegen das Betriebsverfassungsgesetz verstößt. Das Bundesarbeitsgericht hat in einer Entscheidung vom 28. Mai 2014 – 7 ABR 36/12 nunmehr klargestellt, dass dem Arbeitgeber generell kein Unterlassungsanspruch gegen den Betriebsrat zusteht. Diese Tendenz hatte sich bereits zuvor gezeigt.

Unterlassungsansprüche gegen den Betriebsrat hatte das Bundesarbeitsgericht 2010 schon im Hinblick auf – dem Betriebsrat nach § 74 Abs. 2 BetrVG untersagte – Maßnahmen des Arbeitskampfes und parteipolitische Betätigungen abgelehnt.

Das Bundesarbeitsgericht begründet seine Entscheidung mit dem Konzept des § 23 BetrVG. Diese Regelung sieht in ihrem Absatz 3 bei groben Verstößen gegen das Betriebsverfassungsgesetz einen Unterlassungsanspruch des Betriebsrates gegen den Arbeitgeber vor, nicht jedoch einen solchen des Arbeitgebers gegen den Betriebsrat. Dem Arbeitgeber steht nach dem § 23 BetrVG allein die Befugnis zu, bei groben Verstößen die Auflösung des Betriebsrates zu beantragen.

Verstößt der Betriebsrat gegen seine Pflichten, bleibt dem Arbeitgeber danach ausschließlich die Möglichkeit, den Verstoß gerichtlich feststellen zu lassen. Um dem Arbeitgeber auch in dringenden Fällen einen effektiven Rechtsschutz zu ermöglichen, befürwortet das Bundesarbeitsgericht die Möglichkeit einer feststellenden einstweiligen Verfügung, die bisher von den Gerichten grundsätzlich abgelehnt wurde.

Sofern der Betriebsrat auch nach der Entscheidung das pflichtwidrige Verhalten fortsetzt, soll dann eine Auflösung des Betriebsrates durch Antrag des Arbeitgebers an das Arbeitsgericht nach § 23 BetrVG möglich sein.

FAZIT

- ▶ Verstößt der Betriebsrat gegen seine gesetzlichen Pflichten, kann ihm der Arbeitgeber weitere Verstöße nicht arbeitsgerichtlich untersagen lassen.
- ▶ Der Arbeitgeber muss vielmehr durch die Arbeitsgerichte feststellen lassen, dass der Betriebsrat gegen seine Pflichten verstößt. In eilbedürftigen Fällen soll eine feststellende einstweilige Verfügung zulässig sein.
- ▶ Stellt der Betriebsrat sein pflichtwidriges Verhalten nach einer feststellenden Entscheidung durch die Arbeitsgerichte nicht ein, kann der Arbeitgeber die Auflösung des Betriebsrates durch die Arbeitsgerichte erwirken.

Karsten Matthieß

BEFRIEDIGEND BLEIBT GUT GENUG

Das Thema Arbeitszeugnisse und insbesondere die angemessene Bewertung unter Verwendung der typischen Zeugnissprache beschäftigt Arbeitgeber immer wieder. Anlass für Streitigkeiten bietet dabei oftmals die Leistungsbewertung: Mit der Formulierung »zur Zufriedenheit« bescheinigt der Arbeitgeber eine unterdurchschnittliche, ausreichende Leistung (Note 4), schreibt er hingegen »zur vollen Zufriedenheit«, so war die Leistung durchschnittlich und befriedigend (Note 3). Heißt es »stets zur vollen Zufriedenheit« oder »zur vollsten Zufriedenheit«, so war die Leistung gut (Note 2). Nur bei einer Kombination »stets zur vollsten Zufriedenheit« bescheinigt der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer eine sehr gute Leistung (Note 1). Bisher galt, dass der Arbeitnehmer, dem vom Arbeitgeber eine Note 3 bescheinigt wurde, darlegungs- und beweislaspflichtig hinsichtlich seiner guten oder sehr guten Leistungen ist. Für Aufsehen hatte jedoch in jüngerer Vergangenheit eine Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg vom 21. März 2013 (Az.: 18 SA 2133/12) gesorgt, welches insbesondere aufgrund der heutigen Arbeitspraxis mit - statistisch gesehen - mehrheitlich guten Zeugnisbewertungen von einer Verschiebung der Darlegungs- und Beweislast von der Note 3 hin zur Note 2 ausgegangen war.

Das BAG hat nunmehr diesem Rechtsvorstoß in seinem Urteil vom 18. November 2014 (Az.: 9 AZR 584/13) eine Absage erteilt. Die insbesondere vom LAG

herangezogenen Studien, nach der fast 90% der untersuchten Zeugnisse die Schlussnoten gut oder sehr gut aufweisen sollen, führen nicht zur neuen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast. Es komme nämlich nicht auf die in der Praxis generell am häufigsten vergebenen Noten an, sondern der Ansatzpunkt für die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast sei wie gehabt die Note »befriedigend« als mittlere Note der Zufriedenheitsskala. Grundlage der Bewertung in einem Zeugnis sei immer die wahrheitsgemäße Leistungsbewertung des einzelnen Arbeitnehmers. Dementsprechend könne aus den herangezogenen Studien auch nicht darauf geschlossen werden, dass hier tatsächlich 9 von 10 Arbeitnehmern gute oder sehr gute Leistungen erbracht hätten. Der Arbeitnehmer hat gemäß § 109 Abs. 1 Satz 3 Gewerbeordnung Anspruch auf ein inhaltlich wahres Zeugnis. Einer wahrheitsgemäßen Leistungsbeurteilung steht auch nicht entgegen, dass ein Zeugnis wohlwollend zu sein hat, denn dieser wohlwollenden Beurteilung werde schon durch die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast am Ansatzpunkt Notenstufe 3 hinreichend Genüge getan.

FAZIT

- ▶ Die Notenstufe 3 bleibt weiterhin Durchschnitt, wenn es um die Leistungsbeurteilung in Arbeitszeugnissen geht.
- ▶ Der Arbeitnehmer, der eine bessere Beurteilung als

»befriedigend« begehrt, steht hinsichtlich seiner guten bzw. sehr guten Leistungen in der Beweislast. Gleiches

gilt für den Arbeitgeber, der eine nur ausreichende oder schlechtere Bewertung vornehmen möchte.

Cathleen Schiller

DER NEUE § 41 S. 3 SGB VI – ALTERSGRENZE FLEXIBEL BEFRISTEN

Der Gesetzgeber hat von der Öffentlichkeit nahezu unbemerkt in § 41 SGB VI eine Regelung aufgenommen, die den Arbeitsvertragsparteien die Möglichkeit eröffnet, die Altersgrenze für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses flexibel zu befristen. Nach § 41 S. 3 SGB VI können Arbeitsvertragsparteien nämlich durch Vereinbarung während des Arbeitsverhältnisses dessen Beendigungszeitpunkt, ggfls. auch mehrfach, hinausschieben, wenn eine Vereinbarung die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze vorsieht. Die Regelung des § 41 S. 3 SGB VI ist seit dem 1. Juli 2014 in Kraft.

Die Vereinbarung über die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses mit Erreichen der Regelaltersgrenze kann in einem Tarifvertrag, in einer Betriebsvereinbarung oder in einem Arbeitsvertrag enthalten sein. Die Arbeitsvertragsparteien können in diesem Fall den Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses durch einzelvertragliche Vereinbarung, die nach § 14 Abs. 4 TzBfG der Schriftform bedarf, – auch mehrmals – hinausschieben.

Durch den Abschluss der Vereinbarung darf eine Änderung des Inhaltes des Arbeitsvertrages nicht

erfolgen. Dieser muss vielmehr unverändert bleiben, wie dem Begriff »hinausschieben« zu entnehmen ist. Es ist jedoch zu erwarten, dass eine Änderung des Arbeitsvertragsinhaltes vor oder nach dem Hinausschieben des Beendigungszeitpunktes möglich sein wird. Die Rechtsprechung des BAG rund um die Verlängerung sachgrundlos befristeter Verträge dürfte insoweit entsprechend anzuwenden sein.

FAZIT

- ▶ Mit § 41 S. 3 SGB VI erhalten Arbeitgeber erstmals die Möglichkeit, ein Arbeitsverhältnis befristet über die Regelaltersgrenze hinaus fortzusetzen, zu der es eigentlich enden sollte.
- ▶ Es darf nach § 41 S. 3 SGB VI zwar lediglich der Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnis hinausgeschoben werden, dies dürfte jedoch Änderungen des Arbeitsvertragsinhaltes vor und nach dem Hinausschieben des Beendigungszeitpunktes nicht ausschließen, insbesondere auch nicht die Verringerung der Arbeitszeit mit einer entsprechenden Minderung des Arbeitsentgeltes.

Frank Martin Thomsen

KÖNNEN VERSTÖSSE GEGEN STRAFBEWEHRTE UNTERLASSUNGSPFLICHTEN AUS EINEM PROZESSVERGLEICH ZUSÄTZLICH DURCH ORDNUNGSMITTEL GEAHNDET WERDEN?

Die Antwort auf diese Frage lautet »Ja« und ist im Ergebnis vor allem für die Rechtsanwälte und Patentanwälte von Bedeutung, die im Prozess die Rechte ihrer Mandanten ausfechten. Hat sich ein Schuldner in einem Prozessvergleich zur Unterlassung verpflichtet, so ist es dem Gläubiger grundsätzlich selbst dann erlaubt, einen Antrag auf gerichtliche Androhung von Ordnungsmitteln zu stellen, wenn der Schuldner in dem Vergleich bereits eine Vertragsstrafe versprochen hat. Ferner muss der Gläubiger mit diesem

Antrag nicht abwarten, bis der Schuldner tatsächlich gegen die vertragliche Unterlassungspflicht verstoßen hat (Beschluss vom 3. April 2014 – I ZB 3/12 – »Ordnungsmittellandrohung«).

Vertragsstrafe und Ordnungsmittel regeln unterschiedliche Sachverhalte und haben unterschiedliche Voraussetzungen. Deshalb darf der Gläubiger nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes grundsätzlich beide Sanktionen nebeneinander geltend machen. Dieser Grundsatz gilt dem Bundes-

gerichtshof zufolge auch, wenn sich der Schuldner in einem Prozessvergleich strafbewehrt zur Unterlassung verpflichtet.

Den Vertragsparteien steht es jedoch frei, in dem Prozessvergleich etwas anderes zu vereinbaren, beispielsweise einen Ordnungsmittelverzicht. Falls sich die Parteien über einen Ordnungsmittelverzicht einig sind, so müssen sie darauf achten, dass sie in dem Prozessvergleich eine klare Regelung treffen. Denn dem Bundesgerichtshof zufolge spricht allein der Umstand, dass sich die Vertragsparteien auf eine Vertragsstrafe geeinigt haben, noch nicht dafür, dass der Gläubiger die Vertragsstrafe als alleinige Sanktion akzeptiert hat und er deshalb keine Ordnungsmittel ergreifen darf.

Ferner setzt der Antrag auf gerichtliche Androhung eines Ordnungsmittels dem Bundesgerichtshof zufolge nicht voraus, dass der Schuldner bereits gegen die vertragliche Unterlassungsverpflichtung verstoßen hat. Das entsprach bereits bislang der ganz herrschenden Meinung der Gerichte und Autoren; lediglich einzelne Stimmen hatten hierzu noch einen anderen Standpunkt vertreten. Für Gläubiger bedeutet das, dass sie unmittelbar nach dem Inkrafttreten des Prozessvergleiches aktiv werden dürfen und mit ihrem Antrag nicht zuwarten müssen, bis der Schuldner erstmalig gegen die Verpflichtung aus dem Prozessvergleich verstößt. Das ist wichtig, damit der Gläubiger Zuwiderhandlungen effektiv ahnden kann.

Denn das Gericht verhängt die finale Sanktion, nämlich das Ordnungsmittel, nur für Verstöße, die der Schuldner begeht, nachdem ihm das Ordnungsmittel angedroht worden ist.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes gilt grundsätzlich auch außerhalb von patentrechtlichen, markenrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzungen. Allerdings dürfte sie praktisch wohl vorrangig in den genannten Rechtsgebieten relevant werden.

FAZIT

- ▶ Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes ist vor allem für die Prozessvertreter des Gläubigers relevant: Haben sie in einem Prozess die Chance, das Verfahren durch den Abschluss eines günstigen Vergleiches abzukürzen, so können sie sich zukünftig eine Vertragsstrafe zusichern lassen, ohne damit zugleich Nachteile bei der späteren Ahndung durch Ordnungsmittel zu riskieren. Ferner müssen sie keinen ausdrücklichen Vorbehalt in den Prozessvergleich hinein formulieren, um sich neben einer Vertragsstrafe gegebenenfalls auch ein Ordnungsmittel als Sanktion offen zu halten.
- ▶ Für Schuldner zeigt die Entscheidung, dass es von Vorteil sein kann, bei Abschluss eines Prozessvergleiches im Rahmen des Möglichen auf einen Ordnungsmittelverzicht hinzuwirken. Hier sind die Prozessvertreter des Schuldners gefordert.

Carsten Albert

FORMLOSE ÜBERMITTLUNG EINER EINSTWEILIGEN BESCHLUSSVERFÜGUNG BEWIRKT NICHTS – WEDER IM GUTEN NOCH IM SCHLECHTEN

Wird eine im Beschlusswege erlassene Verbotsverfügung vor einer förmlichen Parteizustellung formlos der Gegenseite übermittelt, so löst dies noch keine Schadensersatzpflicht des Vollstreckungsgläubigers aus (Bundesgerichtshof, Urt. v. 10. Juli 2014 – I ZR 249/12 – »Nero«). Die Entscheidung ist vor allem für die Verfügungsbeklagten wichtig, die mit einer sog. Beschlussverfügung in Anspruch genommen werden. Von einer Beschlussverfügung spricht man, wenn das Gericht eine einstweilige Verfügung per Beschluss und ohne vorherige mündliche Verhandlung erlässt. Das ist häufig der Fall.

Ist eine solche Beschlussverfügung ergangen und hat der Unterlassungsgläubiger die Verfügung dem Verfügungsbeklagten bislang lediglich formlos übermittelt (z. B. per Post, Telefax oder E-Mail), so müssen die Verfügungsbeklagten überlegen, ob sie der Verfügung sofort Folge leisten oder ob sie stattdessen abwarten, bis ihnen das Dokument förmlich zugestellt wird. Leisten sie der Verfügung Folge, obwohl sie noch nicht förmlich zugestellt ist, so können sie dem Bundesgerichtshof zufolge einen Schaden, der ihnen hieraus entsteht, selbst dann nicht ersetzt verlangen, wenn sich im weiteren Rechtszug herausstellen sollte, dass

das Gericht die Verfügung zu Unrecht erlassen hat. Denn die Verfügung wird erst dann wirksam, wenn sie dem Verfügungsbeklagten förmlich zugestellt worden ist. Zuvor handelt der Verfügungsbeklagte im Ergebnis freiwillig und hat deshalb einen Schaden selbst zu verantworten.

Ob es vorzugswürdig ist, der Beschlussverfügung sofort Folge zu leisten oder ob es besser ist, bis zu der Zustellung abzuwarten, das ist jeweils eine Frage des Einzelfalles. Hier spielen ganz unterschiedliche Erwägungen eine Rolle. Die Angst vor den Sanktionen, die das Gericht für den Fall eines Zuwiderhandelns gegen die Verfügung androht, nämlich die Ordnungsgelder oder sogar Ordnungshaft, ist aber kein Grund, sofort auf die Verfügung zu reagieren. Denn solange die Verfügung nicht förmlich zuge-

stellt wurde, sind auch diese Sanktionen unzulässig.

FAZIT

- ▶ Wer eine einstweilige Verfügung erhält, sollte zügig, aber nicht unüberlegt reagieren. Im ersten Schritt ist es wichtig, herauszufinden, ob es zwingend erforderlich ist, der Verfügung sofort Folge zu leisten. Ist das nicht der Fall, so kommt es darauf an, ob die Vor- oder Nachteile überwiegen.
- ▶ Handelt es sich um eine einstweilige Verfügung, die im Beschlussweg ohne mündliche Verhandlung ergangen ist, so sind die von dem Gericht für den Fall der Zuwiderhandlung angedrohten Sanktionen ohne Bedeutung, solange die Verfügung noch nicht förmlich zugestellt ist. Die förmliche Zustellung nimmt der Gerichtsvollzieher vor.

Carsten Albert

AUFWIND FÜR DAS »BEZIFFERTE« VERTRAGSSTRAFEVERSPRECHEN

Vertragsstrafeversprechen, die im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendet werden und welche die geschuldete Vertragsstrafe konkret beziffern, sind erst dann unangemessen und unwirksam, wenn die Vertragsstrafe der Höhe nach bereits auf den ersten Blick außer Verhältnis zu dem mit der Vertragsstrafe sanktionierten Verstoß und den Gefahren steht, die mit möglichen zukünftigen Verstößen für den Unterlassungsgläubiger verbunden sind. Dieses Privileg gilt allerdings nur für Vertragsstrafeversprechen, die wettbewerbs- oder schutzrechtlich veranlasst sind, wie es z. B. im Patent-, Marken- und Wettbewerbsrecht der Fall ist. So lautet eine aktuelle Entscheidung des Bundesgerichtshofes, die Ende vergangenen Jahres veröffentlicht wurde (Urteil vom 13. November 2013 – I ZR 77/12 – »Vertragsstrafenklausel«).

Der Bundesgerichtshof lockert damit die rechtlichen Vorgaben, denen bezifferte Vertragsstrafeversprechen unterliegen. Unterlassungsgläubiger haben zukünftig bei der Bemessung der Vertragsstrafe, die sie in ihre Vertragsklauseln hinein formulieren, einen größeren Spielraum. Damit dürfte diese Variante, die in der Praxis gegenüber den Vertragsstrafeversprechen nach dem sog. »Neuen Hamburger Brauch« zuletzt deutlich an Bedeu-

tung verloren hatte, neuen Aufwind erhalten.

Für die Praxis ist auch ein weiteres Detail aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofes wichtig: Der Bundesgerichtshof stellt klar, dass sich aus den AGB-rechtlichen Schranken, denen Vertragsstrafeklauseln unterliegen, keine Pflicht ergibt, im kaufmännischen Verkehr auf bezifferte Vertragsstrafevereinbarungen zu verzichten und stattdessen ausschließlich nach »Neuem Hamburger Brauch« abzuschließen.

FAZIT

- ▶ Nach wie vor sind in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowohl bezifferte Vertragsstrafeversprechen als auch Formulierungen nach dem sog. »Neuen Hamburger Brauch« erlaubt.
- ▶ Entscheiden sich Unterlassungsgläubiger für eine bezifferte Vertragsstrafe, so haben sie zukünftig einen größeren Spielraum bei der Bemessung der Vertragsstrafe.
- ▶ Unverändert gilt aber, dass es von den Gegebenheiten in dem konkreten Einzelfall abhängt, welche Formulierungsvariante für das Vertragsstrafeversprechen (bezifferte Strafe oder »Neuer Hamburger Brauch«) besser geeignet ist.

Carsten Albert

MARKENSTREIT ZWISCHEN REAL UND DEM DFB – WAS KANN MAN DARAUS LERNEN?

In dem prominenten Markenstreit um die Verwendung des DFB-Adlers hat die Supermarktkette Real eine weitere Niederlage eingesteckt. Das Landgericht München I bestätigte im August vergangenen Jahres eine einstweilige Verfügung, die der Deutsche Fußballbund e.V. gegen Real erwirkt hatte (Pressemitteilung Nr. 06/14 des LG München I vom 7. August 2014). Damit darf Real die Produkte mit dem DFB-Adler bis auf Weiteres nicht vertreiben.

Real hatte im Vorfeld der Fußballweltmeisterschaft verschiedene Merchandising-Artikel angeboten, auf denen ein Adler-Symbol mit den Wortzusätzen »Deutschland« angebracht war. Die Art und Weise, wie das Symbol aufgemacht war, ähnelte einer Marke, die sich der DFB hat schützen lassen. Der DFB sah deshalb seine Markenrechte verletzt und ließ Real den Vertrieb der Produkte mit einer einstweiligen Verfügung untersagen. Das Landgericht München I hat diese einstweilige Verfügung vorerst bestätigt.

Real hatte vor Gericht zum Gegenschlag ausgeht und sich insbesondere damit verteidigt, dass die Marke des DFB zu Unrecht geschützt sei. Denn die DFB-Marke beinhaltet einen stilisierten Adler und lehnt sich damit an ein Symbol an, das zugleich Hoheitszeichen der Bundesrepublik Deutschland ist. Marken, die Hoheitszeichen enthalten, dürfen aber von Gesetzes wegen eigentlich nicht als Marke geschützt werden. Das Gericht konnte diesen Einwand allerdings nicht berücksichtigen, weil für die Prüfung dieses speziellen Einwandes nicht das Gericht, sondern das Deutsche Patent- und Markenamt (DPMA) zuständig ist.

Die Auseinandersetzung bleibt aber spannend. Denn Real hat Berufung eingelegt. Ferner hat Real bei dem DPMA beantragt, die Adler-Marke des DFB zu löschen. Hier könnte es für den DFB am Ende also

doch noch eng werden. Denn auch für ihn steht einiges auf dem Spiel. Wird die Marke gelöscht, so muss der DFB seine Logos wohl neu gestalten und neu schützen. Außerdem steht der DFB für den Schaden gerade, der Real wegen des Rechtsstreites entstanden ist.

FAZIT

► Markenmelder müssen wissen: Dass es gelingt, eine Marke, die mit einer Schwachstelle behaftet ist, durch das Eintragungsverfahren zu bringen und als Marke registrieren zu lassen, ist ein Erfolg. Dieser Erfolg kann sich aber später, wenn aus der Marke geklagt werden soll, als Pyrrhussieg erweisen. So wie das – möglicherweise – auch in diesem Verfahren der Fall sein wird. Wer die Möglichkeit hat, der ist besser beraten, von der Anmeldung unsicherer Marken abzusehen und die gewünschte Marke stattdessen zu modifizieren. Das schützt langfristig die Investition in die Marke. Dasselbe gilt für Designrechte und für Gebrauchsmuster.

► Dennoch hat im einstweiligen Verfügungsverfahren vor Gericht trotz aller Schwachstellen derjenige die besseren Karten, dessen Marke im Register eingetragen ist. Ob man diesen Weg aber wählt und aus einer unsicheren Marke vorgeht, ist eine strategische Entscheidung, die wegen der drohenden Schadenersatzrisiken gut überlegt sein will.

► Für Angreifer wie z. B. Real ist wichtig: Aktionsware so aufzulegen, dass sie in die Nähe fremder Markenrechte gerät, ist reizvoll, aber zugleich riskant. Allein die Verzögerung, die durch die gerichtliche Klärung eintritt, kann die Ware unverkäuflich machen, so dass am Ende bestenfalls Schadenersatzansprüche bleiben. Hier ist es wichtig, zuvor abzu prüfen, welche Risiken bestehen, um Überraschungen zu vermeiden.

Carsten Albert

PRÄSENTATION EINES PLAGIATES AUF EINER INTERNATIONALEN FACHMESSE RECHTFERTIGT (NOCH) KEIN VORGEHEN GEGEN PLAGIATOR

Allein die Präsentation eines Plagiaten auf einer internationalen und ausschließlich dem Fachpublikum zugänglichen Messe (hier die ISM, die jährliche Süß-

warenmesse in Köln) rechtfertigt einer aktuellen Entscheidung des Bundesgerichtshofes zufolge noch nicht die Annahme, dass das Plagiat demnächst gegen-

über den inländischen Verbrauchern auch tatsächlich beworben, angeboten oder vertrieben wird. Derjenige, dessen Rechte durch das Plagiat verletzt sind, kann es deshalb (noch) nicht gerichtlich untersagen lassen, das Plagiat zu bewerben, anzubieten oder zu vertreiben (Pressemitteilung des Bundesgerichtshofes Nr. 151/2014 vom 23. Oktober 2014). Die Veröffentlichung der Entscheidungsgründe wird für die kommenden Wochen erwartet.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes wirft Rechteinhabern sprichwörtlich einen Knüppel in die Speichen. Denn sie erschwert es Rechteinhabern, sich gegen Plagiate zur Wehr zu setzen. Wer effektiv gegen Plagiate vorgehen will, muss ihnen so früh wie möglich einen Riegel vorschieben. Die Produktpräsentationen auf den jährlichen Branchenmessen, auf denen die Order platziert werden und die sich mit relativ geringem Aufwand überwachen lassen, bieten hierfür den optimalen Anlass. Doch dem Bundesgerichtshof zufolge genügt der Messeauftritt allein noch nicht, um rechtlich gegen das Plagiat vorgehen zu können. Rechteinhaber ist zukünftig zu empfehlen, entweder

nähere Erkundigungen einzuholen, ob auf der Messe tatsächlich eine konkrete Order über das Plagiat platziert worden ist. Denn in diesem Fall dürfte die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes wohl nicht gelten. Gegebenenfalls lässt sich eine solche Order auch als »Testkauf« initiieren. Scheidet dies aus, so bleibt noch die Option, die anlässlich des Messebesuches gewonnenen Erkenntnisse zum Anlass zu nehmen, um möglichst zeitnah die amtlichen Zollstellen einzuschalten, damit die Plagiate unmittelbar bei dem Import im Wege der Grenzbeschlagnahme abgefangen werden.

FAZIT

- ▶ Allein wegen der Präsentation eines Plagiates auf einer Messe können Rechteinhaber noch nicht gegen den Plagiator vorgehen.
- ▶ Rechteinhabern ist zukünftig zu empfehlen, entweder nähere Erkundigungen einzuholen, ob auf der Messe tatsächlich eine konkrete Order über das Plagiat platziert worden ist. Oder sie lösen selbst eine Testbestellung aus. Erst dann können sie rechtliche Schritte einleiten.

Carsten Albert

EUGH STÜTZT MARKENSCHUTZ FÜR DIE AUSSTATTUNG VON LADENGESCHÄFTEN

Die Darstellung der Ausstattung einer Verkaufsstätte für Waren kann grundsätzlich als Marke für Dienstleistungen im Einzelhandel geschützt werden. Damit sind Gestaltungskonzepte für Ladengeschäfte, wie z. B. die prägnante Gestaltung der »Flagship Stores« des US-amerikanischen Elektronikherstellers Apple, zumindest im Grundsatz einem Markenschutz zugänglich. Das hat der Europäische Gerichtshof entschieden (Urteil vom 10. Juli 2014 – C 421/13 – »Apple Flagship Store«).

Anlass für die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes war eine Auseinandersetzung zwischen Apple und dem Deutschen Patent- und Markenamt. Apple hatte sich ursprünglich in den USA das prägnante Erscheinungsbild ihrer »Flagship Stores« als Marke schützen lassen. Die Marke beinhaltet eine Abbildung der Ladengeschäfte in der Form einer mehrfarbigen Zeichnung. Sie gilt für bestimmte Dienstleistungen, unter anderem für Einzelhandelsdienstleistungen

mit Computern, Mobiltelefonen und anderer Unterhaltungselektronik. In Deutschland jedoch hatte das Deutsche Patent- und Markenamt der Marke den Schutz versagt. Auch das Bundespatentgericht sah offene Fragen und legte die Sache dem Europäischen Gerichtshof vor. Der entschied zugunsten von Apple.

Wie bei anderen Zeichen auch können jedoch nur solche Gestaltungskonzepte als Marke geschützt werden, die geeignet sind, die Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn die abgebildete Ausstattung erheblich von der Branchennorm oder -üblichkeit abweicht. Ferner dürfen keine weiteren markenrechtlichen Eintragungshindernisse vorliegen. Ob das der Fall ist, darüber muss nun das Bundespatentgericht entscheiden. Bereits jetzt spricht aber einiges dafür, dass es die Marke bestätigen wird.

Ungeklärt bleibt in der Entscheidung des Euro-

päischen Gerichtshofes, ob sich der Schutz einer solchen Marke auch auf den Verkauf von eigenen Waren erstrecken kann, also von solchen Waren, die der Markeninhaber selbst herstellt.

FAZIT

► Immer mehr Einzelhandelsunternehmen setzen auf eine einzigartige und wiedererkennbare Ausstattung ihrer Ladengeschäfte. Die Entscheidung des EuGH bringt ein Mehr an Klarheit, was den Markenschutz solcher Gestaltungskonzepte angeht.

► Unabdingbar für den Markenschutz ist, dass die Ausstattung der Verkaufsstätte hinreichend unterscheidungskräftig ist. Dies kann der Fall sein, wenn die abgebildete Ausstattung erheblich von der Branchennorm oder -üblichkeit abweicht. Wer also sein Einrichtungskonzept schützen möchte, der muss bereits während des Gestaltungsprozesses darauf achten, dass er sehr innovativ ist und dass er Gestaltungselemente einbaut, die markant sind und die zugleich in dieser Form in der Branche noch nicht verwendet werden.

Carsten Albert

TECHNOLOGIETRANSFER/LIZENZVERTRÄGE: HANDLUNGSBEDARF BEI LIZENZVERTRÄGEN – ÜBERGANGSFRIST FÜR DIE ANPASSUNG AN DIE NEUEN VORSCHRIFTEN ENDET AM 30. APRIL 2015

Für Unternehmen, die mit ihren Geschäftspartnern Lizenzverträge abgeschlossen haben, besteht unverändert Handlungsbedarf. Bis spätestens zum 30. April 2015 müssen laufende Lizenzverträge an das neue Kartellrecht angepasst sein. Wer diese Frist versäumt, der riskiert, dass einzelne Lizenzklauseln unwirksam werden. Im schlimmsten Fall wird der gesamte Lizenzvertrag unwirksam.

Grund hierfür sind die neuen Regelwerke für Technologietransfervereinbarungen und für Lizenzverträge, welche die Europäische Kommission Mitte vergangenen Jahres neu erlassen hat. Die Regelwerke bestimmen den Rahmen, nach dem sich die kartellrechtliche Zulässigkeit von Lizenzklauseln in deutschen oder grenzüberschreitenden Lizenzverträgen bemisst. Die Neuerungen gelten bereits seit dem 1. Mai des vergangenen Jahres. Lizenzverträge, die seit

diesem Datum neu abgeschlossen worden sind, müssen also bereits die neuen Vorschriften beachten. Für Altverträge, die noch vor dem 1. Mai 2014 abgeschlossen worden sind, gilt jedoch eine Übergangsregelung: Sie müssen erst bis zum 30. April 2015 an die neuen Vorschriften angepasst sein. Diese Übergangsfrist endet jetzt.

FAZIT

► Wer es noch nicht getan hat, der sollte seine Lizenzverträge spätestens jetzt daraufhin überprüfen, ob sie den aktuellen rechtlichen Vorschriften entsprechen. Andernfalls besteht nach Ablauf der Übergangsfrist am 30. April 2015 das Risiko, dass einzelne Lizenzklauseln oder im schlimmsten Fall der ganze Lizenzvertrag unwirksam werden.

Carsten Albert

KRANKENHÄUSER UND APOTHEKEN VERSTOSSEN MIT MEDIKAMENTENLIEFERUNG IM RAHMEN DES ENTLASSMANAGEMENTS NICHT GEGEN WETTBEWERBSRECHT

Es verstößt nicht gegen das in § 11 Abs. 1 Satz 1 des Apothekengesetzes geregelte Zuweisungsverbot, wenn ein Krankenhaus oder eine von einem Krankenhaus beauftragte Person im Rahmen des Entlassmanagements den Patienten die von ihnen im Zeitpunkt ihrer Entlassung aus der Klinik benötigten Medikamente durch eine Apotheke an ihr Krankenbett liefern lässt,

falls die Patienten keine Belieferung durch eine andere Apotheke wünschen. Eine solche Verfahrensweise verstößt deshalb nicht gegen das Wettbewerbsrecht. Das hat der Bundesgerichtshof entschieden (Urteil vom 13. März 2014 – I ZR 120/13 – »Kooperationsapotheke«).

Für die Apotheken bedeutet dies, dass sie mit der Beteiligung an einem solchen Servicemodell nicht ris-

kieren, gegen Wettbewerbsrecht zu verstoßen. Ihnen drohen keine Abmahnungen von Wettbewerbern oder einstweilige gerichtliche Verfügungen. Dasselbe gilt für Krankenhäuser, die den Service vorhalten und ihren Patienten im Rahmen des Entlassmanagements den Kontakt zu einer Apotheke vermitteln.

In der Konstellation, über die der Bundesgerichtshof zu entscheiden hatte, war ein Krankenhaus an einer Servicegesellschaft beteiligt. Die Servicegesellschaft bot Patienten des Krankenhauses, deren Entlassung bevorstand und die bei ihrer Entlassung eine pharmazeutische Betreuung benötigten, an, einen Kontakt zu einer der Apotheken herzustellen, mit der die Servicegesellschaft kooperierte. War der Patient damit einverstanden, so wurde das von dem zuständigen Arzt ausgestellte Rezept von einem Mitarbeiter des Krankenhauses an die Servicegesellschaft

gefaxyt, die das Rezept an eine der kooperierenden Apotheken oder – falls der Patient dies gewünscht hatte – an eine andere Apotheke weiterleitete. Erhielt die Kooperationsapothekende auf diese Weise ein Rezept, so lieferte sie die Medikamente gegen Aushändigung des Originalrezepts an das Krankenbett. Wegen dieser Verfahrensweise war die Kooperationsapothekende auf Unterlassung, Auskunft sowie auf Schadenersatz in Anspruch genommen worden. Das Landgericht hatte der Klage stattgegeben. Der Bundesgerichtshof sah das anders.

FAZIT

► Absprachen darüber, im Rahmen des Entlassmanagements Verschreibungen an bestimmte Kooperationsapotheken zu vermitteln, verstoßen jedoch nicht gegen das Zuweisungsverbot.

Carsten Albert

ENTWURF EINES GESETZES ZUR MIETPREISBEGRENZUNG UND ZUM MAKLERRECHT

Am 1. Oktober 2014 hat die Bundesregierung den Gesetzesentwurf zum Erlass des Mietrechtsnovellierungsgesetzes (MietNovG) beschlossen, welches voraussichtlich in der ersten Jahreshälfte 2015 in Kraft treten soll. Das MietNovG enthält zwei Regelungsgebiete, das Miet- und das Maklerrecht.

Das MietNovG beabsichtigt die Einführung einer sogenannten Mietpreisbremse bei der Wohnraumvermietung. Diese bewirkt, dass die zulässige Miete bei der Wiedervermietung von Bestandswohnungen in Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt maximal 10 % über der ortsüblichen Vergleichsmiete liegen darf. Dadurch soll verhindert werden, dass die Vermieter bei der Wiedervermietung beliebig hohe Mieten verlangen. Liegt allerdings bereits die in der Vergangenheit vereinbarte Miete (weit) über der ortsüblichen Vergleichsmiete, so kann der Vermieter die Wohnung gleichwohl zu der bisherigen Miete anbieten, er kann sie nur nicht erhöhen. Das MietNovG erfasst weiterhin nicht die Erstvermietung von neu errichteten Wohnungen sowie die Wiedervermietung nach einer umfassenden Sanierung. Schließlich soll die Mietpreisbegrenzung nicht überall gelten, son-

dern nur in Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt. Welche Gebiete dies sein werden, bestimmen die jeweiligen Landesregierungen.

Nach dem MietNovG soll der Mieter selbst die Einhaltung der Mietpreisbegrenzung sicherstellen. Er erhält das Recht, zu viel gezahlte Miete vom Vermieter zurückzuverlangen. Er muss allerdings zuvor den Verstoß gegen die Mietpreisbegrenzung gegenüber dem Vermieter rügen. Um die hierfür erforderlichen Tatsachen in Erfahrung zu bringen, soll dem Mieter auch ein Auskunftsanspruch gegenüber dem Vermieter zustehen.

Der weitere vom MietNovG erfasste Regelungsbereich betrifft das Maklerrecht. In diesem Bereich möchte das MietNovG die zur Praxis gewordene Zahlung von Maklerprovisionen durch den Mieter bekämpfen. Nach dem Gesetzesentwurf ist es daher unzulässig, dass der Makler vom Mieter bei erfolgreicher Vermittlung einer Wohnung eine Provision fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, wenn er nicht auf ausdrücklichen Wunsch des Mieters tätig wird. Vermieter sollen die Maklergebühren dadurch nicht mehr auf die Mieter abwälzen können.

FAZIT

► Vermieter müssen sich daher in Zukunft, sobald das MietNovG in Kraft treten wird, bei der Wiedervermietung am örtlichen Mietspiegel orientieren, wenn sie die Miete erhöhen möchten. Eine spannende Frage

wird dabei auch sein, welche Modernisierungsmaßnahmen bereits eine umfassende Sanierung im Sinne des MietNovG darstellen und daher nicht von der Mietpreisbremse erfasst werden

Manuela Leinung

VERORDNUNG ZUR DURCHFÜHRUNG DES SÄCHSISCHEN BETREUUNGS- UND WOHNQUALITÄTSGESETZES

Zum 2. Oktober 2014 ist die Verordnung des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales und Verbraucherschutz zur Durchführung des Sächsischen Betreuungs- und Wohnqualitätsgesetzes (SächsBeWoGDVO) in Kraft getreten. Die SächsBeWoGDVO ersetzt die Heimmindestbauverordnung und die Heimpersonalverordnung. Diese Verordnungen hatten in Sachsen zunächst auch nach Inkrafttreten des Sächsischen Betreuungs- und Wohnqualitätsgesetzes (SächsBeWoG) zum 12. August 2012 weiter gegolten. Das SächsBeWoG haben wir in unserem Battke Brief 03/2012 vorgestellt, den Sie bei Interesse auf unserer Internetseite finden.

Die SächsBeWoGDVO regelt die Anforderungen an Räumlichkeiten (Teil 1, §§ 2 bis 13) und die personelle Anforderungen (Teil 2, §§ 14 bis 20) für Einrichtungen im Anwendungsbereich des SächsBeWoG.

Die räumliche und bauliche Gestaltung hat der fachlichen Konzeption Rechnung zu tragen und den pflegerischen, behinderungs- und altersbedingten Bedarf der Bewohner zu berücksichtigen, insbesondere im Hinblick auf Wohnlichkeit, Raumangebot, Sicherheit, Barrierefreiheit, Möglichkeit der Orientierung, Selbstständigkeit und Privatsphäre. Die Einrichtungen sollen so gebaut und ausgestattet sein, dass sich die Bewohner ohne fremde Hilfe bewegen und die Einrichtung selbstständig nutzen können. Träger von

Einrichtungen, auf die das SächsBeWoG Anwendung findet, dürfen als Leitung, Pflegedienstleitung und Fachkräfte nur Personen beschäftigen, die fachlich geeignet sind. Bei der Leitung einer Einrichtung dürfen keine persönlichen Ausschlussgründe vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, dass sie für die Leitung ungeeignet ist. Der Träger einer Einrichtung ist verpflichtet, der Leitung, der Pflegedienstleitung und den Fachkräften Gelegenheit zur Teilnahme an tätigkeitsbezogenen Fort- und Weiterbildungen zu geben.

Daneben sind in der SächsBeWoGDVO Übergangsregelungen für bestehende Einrichtungen (§ 21), Regelungen zur Befreiung von räumlichen und personellen Anforderungen (§§ 22, 23) und Ordnungswidrigkeiten (§ 24) enthalten.

Die vollständige SächsBeWoGDVO können Sie im Internet unter <http://www.revosax.sachsen.de> abrufen.

FAZIT

► Die Heimmindestbauverordnung und die Heimpersonalverordnung gelten in Sachsen nicht mehr. Stattdessen gilt seit dem 2. Oktober 2014 die SächsBeWoGDVO.

► In der SächsBeWoGDVO sind die baulichen und personellen Anforderungen für Einrichtungen im Anwendungsbereich des SächsBeWoG geregelt.

Sebastian Stücker, M.mel.

AUSWIRKUNGEN DES MINDESTLOHNGESETZES AUF DAS VERGABERECHT

Gemeinhin wird dem Vergaberecht vorgeworfen, dass es – in der Regel einen schädlichen – Einfluss auf die übrigen Rechtsgebiete entfalte. Hierbei darf jedoch

nicht übersehen werden, dass das Vergaberecht als Transformator für ökologische und soziale Zielsetzungen genutzt wird, die nicht notwendigerweise mit dem

eigentlichen Beschaffungsvorgang in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Wurde dieser Befund in der Vergangenheit noch mit dem Begriff der »vergabefremden Aspekte« umschrieben, hat er nunmehr in den neuen europäischen Vergaberichtlinien die eher positiv klingende Bezeichnung »strategische Ziele« erhalten. Dies ergänzend bestimmt Art. 18 Abs. 2 der Vergaberichtlinie (Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe), dass die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen zu treffen haben, um dafür zu sorgen, dass alle Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten.

Eine solche sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtung im Sinne der oben genannten Regelung enthält § 1 des Gesetzes zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Mindestlohngesetz – MiLoG), der vorsieht, dass jeder Arbeitnehmer Anspruch auf Zahlung eines Arbeitsentgeltes mindestens in Höhe des Mindestlohns durch den Arbeitgeber hat. Dem Anspruch des Arbeitnehmers steht eine spiegelbildliche Verpflichtung des Arbeitgebers nach § 20 MiLoG gegenüber, der diesen verpflichtet, den Arbeitnehmern ein Arbeitsentgelt mindestens in Höhe des Mindestlohnes zu zahlen. Der Verstoß gegen § 20 MiLoG kann nach § 21 Abs. 1 Nr. 9 MiLoG als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Hieran anknüpfend bestimmt § 19 Abs. 1 MiLoG, dass Bewerber, die wegen eines Verstoßes nach § 21 MiLoG mit einer Geldbuße von wenigstens EUR 2.500,00 belegt worden sind, eine angemessene Zeit bis zur nachgewiesenen Wiederherstellung ihrer Zuverlässigkeit von Ausschreibungsverfahren ausgeschlossen werden sollen.

Bei der Anwendung des § 19 Abs. 1 MiLoG sind dabei einige Aspekte besonders zu beachten. Der Ausschlussstatbestand des § 19 Abs. 1 MiLoG ist nicht als zwingender Ausschlussstatbestand, sondern ausdrücklich als »Soll-Vorschrift« konzipiert. Dies bedeutet, dass § 19 Abs. 1 MiLoG zwischen den zwingenden Ausschlussstatbeständen des § 19 EG Abs. 3 VOL/A und den rein fakultativen Ausschlussstatbeständen des § 19 EG Abs. 4 VOL/A i. V. m. § 6 EG Abs. 6 VOL/A zu verorten ist. In der Praxis hat dies zur Folge, dass der öffentli-

che Auftraggeber im Regelfall Bewerber, die wegen eines Verstoßes nach § 21 MiLoG mit einer Geldbuße von wenigstens EUR 2.500,00 belegt worden sind, vom Verfahren auszuschließen hat, es sei denn, es liegen außergewöhnliche individuelle Umstände vor, die ausnahmsweise einen Verbleib des Bewerbers im Verfahren rechtfertigen würden. Diese Überlegungen sind in jedem Fall vom Auftraggeber in der Vergabeakte zu dokumentieren.

Weiterhin ist zu beachten, dass sich der Anwendungsbereich des § 19 Abs. 1 MiLoG nicht nur auf europaweite Ausschreibungsverfahren beschränkt, sondern auch in den Verfahren Anwendung findet, die wegen Unterschreitens des maßgeblichen Schwellenwertes nach den jeweiligen Abschnitten 1 der VOL/A und VOB/A durchgeführt werden. Auch findet § 19 Abs. 1 MiLoG – anders als der vergleichbare § 21 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz – SchwarzArbG) – auf Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsaufträge Anwendung und ist nicht nur auf Bauaufträge beschränkt.

Weder den gesetzlichen Regelungen noch den Gesetzesmaterialien kann allerdings entnommen werden, für welchen Zeitraum der Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge nach § 19 Abs. 1 MiLoG erfolgen soll.

§ 19 Abs. 1 MiLoG spricht ausschließlich von einer »angemessenen Zeit bis zur nachgewiesenen Wiederherstellung der Zuverlässigkeit«. Als Orientierungsmaßstab kann jedenfalls auf § 21 Abs. 1 SchwarzArbG zurückgegriffen werden, der den Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge bis zu einer Dauer von 3 Jahren vorsieht. Ein Überschreiten dieses 3-Jahreszeitraumes wird regelmäßig nicht mehr als »angemessene Zeit« zu qualifizieren sein. Vor der Entscheidung über den Ausschluss eines Bewerbers ist dieser anzuhören (vgl. § 19 Abs. 5 MiLoG).

Ergänzend bestimmt § 19 Abs. 4 MiLoG in Anlehnung an § 21 Abs. 1 SchwarzArbG, dass der öffentliche Auftraggeber – ausgenommen sind Sektorenauftraggeber nach § 98 Nr. 4 GWB – verpflichtet ist, bei Aufträgen ab einer Höhe von EUR 30.000,00 vor der Zuschlagserteilung eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister nach § 150 a der Gewerbeordnung anzufordern.

Festzustellen ist mithin, dass sich der Anwendungsbe- reich des § 19 MiLoG im Wesentlichen auf die Prüfung der Eignung des Bieters in Gestalt der Gesetzestreue beschränkt und keine weitergehenden Rechte und Pflichten für die Zeit nach Erteilung des Zuschlages bzw. nach Abschluss des Vertrages begründet.

Ungeachtet dessen ist der öffentliche Auftraggeber gut beraten, in künftig auszuschreibenden Verträgen Regelungen vorzusehen, die es ihm zum einen gestatten, auch während der Vertragslaufzeit einen erfolgreichen Bieter und dessen Nachunternehmer daraufhin zu überprüfen, ob die Bestimmungen des Mindestlohngesetzes eingehalten werden. Zum anderen sollten vertragliche Bestimmungen vorgesehen werden, die es dem öffentlichen Auftraggeber ermöglichen, dass Vertragsverhältnis fristlos zu kündigen, wenn der Auftragnehmer respektive einer seiner Unterauftragnehmer gegen die Bestimmungen des Mindestlohngesetzes verstößt. Hintergrund ist, dass nach § 21 Abs. 2 MiLoG auch derjenige ordnungswidrig handelt, der Werk- oder Dienstleistungen in erhebli-

chem Umfang ausführen lässt, indem er als Unternehmer einen anderen Unternehmer beauftragt, von dem er weiß oder fahrlässig nicht weiß, dass dieser bei der Erfüllung des Auftrages entgegen § 20 MiLoG den Mindestlohn nicht oder nicht rechtzeitig zahlt oder einen Nachunternehmer einsetzt der entgegen § 20 MiLoG den Mindestlohn nicht oder nicht rechtzeitig zahlt.

FAZIT

- ▶ Öffentliche Auftraggeber sind grundsätzlich verpflichtet, Bieter, die den Mindestlohn nicht zahlen, vom Verfahren auszuschließen.
- ▶ In künftigen Ausschreibungsverfahren sollten vertragliche Bestimmungen aufgenommen werden, die dem Auftraggeber ein Prüfungs- und Kontrollrecht in Bezug auf die Einhaltung der Zahlung des Mindestlohnes einräumen.
- ▶ Die Prüfungs- und Kontrollrechte sollten durch ein außerordentliches Kündigungsrecht zugunsten des öffentlichen Auftraggebers ergänzt werden.

Dr. Ludger Meuten

VERSTÄRKUNG FÜR DAS TEAM GEISTIGES EIGENTUM (IP) – RECHTSANWALT DANIEL SCHÖNEICH WECHSELT ZU BATTKE GRÜNBERG

Internes



Zum Ausklang des Jahres 2014 konnte die Sozietät Battke Grünberg Herrn Rechtsanwalt Daniel Schöneich als Neuzugang gewinnen. Er bildet mit seinem Kollegen Carsten Albert das Team »Geistiges Eigentum (IP)«, das Unternehmen, öffentliche Einrichtungen bzw. die öffentliche Hand sowie Künstler zu allen Fragen rund um Marken, Designs, Erfindungen und Urheberrechte und im Wettbewerbsrecht berät. Darüber hinaus ist

Herr Schöneich in den Bereichen des IT- und Datenschutzrechts sowie im Presserecht tätig.

Herr Schöneich studierte Rechtswissenschaften an der TU Dresden und spezialisierte sich durch seine Tätigkeit am Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Medienrecht (IGEWEM) bereits während seines Studiums auf das Recht des Geistigen Eigentums. Sein Referendariat am OLG Dresden schloss er im Jahr 2010 mit dem zweiten Staatsexamen ab, unter anderem mit Stationen in der Presserechterskammer des LG Dresden, in einer internationalen Großkanzlei sowie in einer renommierten Sozietät in New York.

Nach seiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am IGEWEM verantwortete er seit 2010 als Rechtsanwalt den Bereich des Gewerblichen Rechtsschutzes, Urheber- und Medienrechts (Recht des Geistigen Eigentums) in einer überregionalen Wirtschaftsrechtskanzlei. Seit 1. November 2014 ist er nun für Battke Grünberg tätig.

Herr Schöneich unterlegt seine Expertise durch zahlreiche Vorträge sowie Fachveröffentlichungen und ist Lehrbeauftragter für Medienrecht an der Hochschule Zittau/Görlitz und für Internetrecht an der

TU Dresden. Er ist darüber hinaus Mitglied der Forschungsstelle Neue Medien der TU Dresden und in der deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. (GRUR).

BATCKE GRÜNBERG ALS KANZLEI DES JAHRES IN DER REGION »OSTEN« AUSGEZEICHNET

Die Redaktion des Fachverlags JUVE, u.a. Herausgeber des Handbuchs »Wirtschaftskanzleien«, hat Ende des letzten Jahres wieder ihre JUVE-Awards in verschiedenen Kategorien an Kanzleien und Rechtsabteilungen von Unternehmen vergeben. Battke Grünberg wurde als Kanzlei des Jahres in der Region »Osten« ausgezeichnet. Zur Begründung hieß es u.a.: »Im Gesellschaftsrecht mit einem Schwerpunkt in der Gesundheits-

branche sowie im Kommunalwirtschaftsrecht zählt sie heute zu den anerkannten Größen der Region.« Und die Arbeitsrechtsabteilung sei inzwischen mit sechs Arbeitsrechtlern zur größten Spezialabteilung in ganz Mitteldeutschland aufgestiegen. Battke Grünberg dankt an dieser Stelle besonders den langjährigen Mandanten für die vertrauensvolle Zusammenarbeit, ohne die diese Auszeichnung nicht möglich gewesen wäre.

BATCKE GRÜNBERG ZÄHLT ZU DEN TOP-ARBEITGEBERN

Am 26. Februar 2015 wurden in der Bucerius Law School in Hamburg die »azur-Awards« des JUVE-Verlags für besonders engagierte juristische Arbeitgeber verliehen. Battke Grünberg zählte zu den fünf Nominierten in der Kategorie »Aus- und Fortbildung«. Wenn es auch nicht

ganz für den Preis reichte, der an die Baurechtskanzlei Kapellmann & Partner ging, so ist Battke Grünberg doch stolz darauf, zu den Nominierten zu gehören. Zur Begründung hob die Jury die intensive Betreuung junger Rechtsanwälte durch persönliche Mentoren hervor.

VORTRAGSVERANSTALTUNGEN

I. FRÜHSTÜCKE

Arbeitsrechtsfrühstück

Das diesjährige Frühstück zu aktuellen Fragen aus dem Bereich des Arbeitsrechts der Battke Grünberg Rechtsanwälte PartGmbH findet ▶ am 20. März 2015, 8.30 Uhr bis 11.30 Uhr, im Quality Hotel Plaza Dresden statt. Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.battke-gruenberg.de.

Battke-Frühstücke

Frühstück zum Geistigen Eigentum (IP) 2015

Ein weiteres Frühstück zu aktuellen Fragen aus Bereich des Geistigen Eigentums (IP) der Battke Grünberg Rechtsanwälte PartGmbH findet ▶ am 8. Mai 2015, 8.30 Uhr bis 12.00 Uhr, in Dresden statt. Informationen zur Anmeldung erhalten Sie demnächst unter www.battke-gruenberg.de.

II. ARBEITSRECHT

Veranstaltungen der Diakonischen Akademie für Fort- und Weiterbildung e.V. in Moritzburg
Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.diakademie.de.

Arbeitsrecht

Thema: Datenschutz und Social Media am Arbeitsplatz

Datum: 22. April 2015

Referent: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

Thema: Mitarbeiterbeurteilung, Zielvereinbarungen und Arbeitszeugnisse richtig gestalten

Datum: 16. März 2015

Referent: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

Veranstaltungen des Deutschen Paritätischen Wohlfahrtsverbandes Landesverband Sachsen e.V. in Dresden

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.parisax.de

Thema: Mitarbeitervertretungsrecht für Dienstgeber

Datum: 20. Mai 2015

Referent: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

Thema: Flexible Arbeitszeit - Schlüssel zur Personalbedarfsanpassung

Datum: 18. März 2015

Referent: Frau Rechtsanwältin Dr. Tina Lorenz

Thema: Arbeitsrecht in der Schule

Datum: 31. März 2015

Referent: Frau Rechtsanwältin Dr. Tina Lorenz

Thema: Chancen und Risiken von Außenarbeitsplätzen in der betrieblichen Praxis

Datum: 16. April 2015

Referenten: Frau Rechtsanwältin Dr. Tina Lorenz und Herr Rechtsanwalt Sebastian Stücker

Thema: Instrumente der Mitarbeitergewinnung und -bindung

Datum: 4. Juni 2015

Referent: Frau Rechtsanwältin Dr. Tina Lorenz

Thema: Datenschutz und Social Media am Arbeitsplatz

Datum: 10. Juni 2015

Referent: Frau Rechtsanwältin Dr. Tina Lorenz

Thema: Wege zur Reduzierung des Krankenstandes

Datum: 16. Juni 2015

Referent: Frau Rechtsanwältin Dr. Tina Lorenz

Veranstaltungen der Krankenhausgesellschaft Sachsen e.V., in Leipzig

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.kgs-online.de.

Thema: Wege zur Reduzierung des Krankenstandes

Datum: 16. April 2015

Referent: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

Veranstaltungen der IHK Industrie- und Handelskammer Dresden in Dresden
Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.dresden.ihk.de.

Thema: Arbeitszeugnisse richtig lesen und formulieren

Datum: 29. April 2015

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

Veranstaltungen des B2B Training Center in Dresden

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.b2b-training-center.com.

Thema: Arbeitsrecht aktuell

Datum: 6. Mai 2015

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

Veranstaltungen der Sächsischen Verwaltungs- und Wirtschafts-Akademie e.V. in Dresden

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.s-vwa.de.

Thema: Dauerkrank - Vorgehensweisen und arbeitsrechtliche Fragestellung
bei andauernder oder häufiger Krankheit

Datum: 28. Mai 2015

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

III. GESELLSCHAFTSRECHT

Veranstalter Deutscher PARITÄTISCHER Wohlfahrtsverband Landesverband Sachsen e.V. in Dresden

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.parisax.de

Gesellschaftsrecht

Thema: Verein und GmbH: Mitglieder- und Gesellschafterversammlung

Datum: 19. Mai 2015

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ekkehard Nolting

Thema: Führungskräfte in Verein und GmbH - Verantwortung und Haftung

Datum: 22. Juni 2015

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ekkehard Nolting

Veranstaltungen der Wirtschaftsakademie Dresden in Dresden

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.wirtschaftsakademie-dresden.de.

Thema: »Welche Rechtsform sollte ein Unternehmen haben?«

Datum: 9. April 2014

Referent: Herr Rechtsanwalt Carsten Albert

Veranstaltungen

IV. VERGABERECHT

Vergaberecht

Veranstaltungen der Stadtentwässerung Dresden GmbH in Dresden
Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.dresdner-abwassertagung.de.

Thema: 17. Dresdner Abwassertagung

Datum: 18. März 2015

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

V. GEISTIGES EIGENTUM (IP)

Geistiges
Eigentum (IP)

Veranstaltungen des Deutscher PARITÄTISCHER Wohlfahrtsverband Landesverband Sachsen e. V. in Dresden
Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.parisax.de.

Thema: Unternehmenskooperationen - Rechtliche Möglichkeiten, Grenzen und Risiken

Datum: 27. Mai 2015

Referent: Herr Rechtsanwalt Carsten Albert

VI. MEDIZIN- UND SOZIALRECHT

Medizin- und
Sozialrecht

Veranstaltungen der Diakonischen Akademie für Fort- und Weiterbildung e.V. in Moritzburg
Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.diakademie.de.

Thema: Reden ist Silber..., oder strafbar? Schweigepflichten in sozialen Berufen

Datum: 24. April 2015

Referent: Herr Rechtsanwalt Sebastian Stücker, M.Mel.



BATTKE GRÜNBERG

vorausdenken. effektiv handeln.

► 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

W: www.battke-gruenberg.de