

Juni 2017

Liebe Leserin, lieber Leser,  
innere Sicherheit und Gerechtigkeit sind die beherrschenden Themen des aufkommenden Wahlkampfes. Aber wie steht es mit Freiheit? Das Recht des Einzelnen auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit nach seinen individuellen Möglichkeiten und Fähigkeiten und frei von staatlicher Bevormundung steht im Mittelpunkt unserer Verfassung. Dazu gehört auch, dass der Staat durch das Sozialstaatsprinzip in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz verpflichtet ist, Bedingungen zu schaffen, die es möglichst jedem gestatten, von diesen Freiheitsrechten auch Gebrauch zu machen. Dafür sind die materiellen Voraussetzungen durch soziale Absicherung zu schaffen. Es geht jedoch nur um die Gewährung gleichen Zugangs der Menschen zur freien Gestaltung eines selbstbestimmten Lebens; es geht nicht darum, alle Menschen kraft hoheitlicher Gewalt auf ein gleiches, womöglich niedriges Niveau der Freiheitsgewährung zu setzen. Das wäre das Gegenteil von Freiheit. Daher kann es nicht darum gehen, Wohlhabende weniger wohlhabend zu machen, nur um den Abstand zu den weniger Wohlhabenden zu reduzieren oder Gehälter zu begrenzen, nur um Lohnabstände zu reduzieren. Wer bestimmt, wie viel Besitz, in welcher Zusammensetzung und welcher Lohnabstand gerecht sind? Jede Zahl wäre hier willkürlich und damit ungerecht. Auch innere und äußere Sicherheit sind Voraussetzungen dafür, dass die Bürger ihre Freiheiten tatsächlich nutzen können. Sie zu gewährleisten ist klassische Aufgabe des Staates. Sie ist die Gegenleistung für das dem Staat vorbehaltene Gewaltmonopol. Natürlich ist es in Zeiten des Terrors populär, nach immer mehr staatlichen Kompetenzen zu rufen. Das war immer schon so; denn Terror hat es auch immer schon gegeben, in Zeiten von RAF, IRA und ETA. Nicht aus dem Blick geraten darf dabei aber die Freiheit, die wir dafür aufgeben. Sie darf nicht der Idee einer Sicherheit geopfert werden, die es nie geben kann. Anschläge gibt es selbst in totalitären Systemen, in denen Freiheit keine Rolle spielt, in Russland, in der Türkei, im Iran. Es ist Aufgabe des Staates, die Freiheit durch Gewährung innerer Sicherheit zu schützen, aber auch vor exzessiven staatlichen Übergriffen. Dabei muss die Freiheit häufig auch gerade vor einer Mehrheit geschützt werden, die unreflektiert, spontan und impulsiv Forderungen an den Staat stellt, die er sorgfältig im Interesse der Minderheit und des Einzelnen auf den Prüfstand stellen muss. Die Forderungen nach Gerechtigkeit und nach innerer Sicherheit stehen mit der Gewährung größtmöglicher Freiheit des Einzelnen vor staatlichen Eingriffen nicht in Widerspruch. Die Kunst besteht darin, sie in eine praktische Konkordanz zu bringen, Maßnahmen so freiheitsschonend wie möglich und nur so einschränkend wie unbedingt nötig zu gestalten. Dafür gibt es kein Patentrezept außer ständiger Wachsamkeit.

Ihre Battke Grünberg Rechtsanwälte

## N<sup>o</sup> 2/2017

### > MANDANTENINFORMATION

Schwerpunktthema .....	02
Gesellschaftsrecht .....	07
Arbeitsrecht .....	11
Geistiges Eigentum (IP) .....	17
Medizin- und Sozialrecht .....	19
Vergaberecht .....	20
Internes + Veranstaltungen .....	22
Impressum .....	28

## SCHWERPUNKTTHEMA

VON DR. EKKEHARD NOLTING UND  
STUD. JUR. JENNIFER WOLTER



### DER BREXIT UND SEINE FOLGEN

#### 1. Das Brexit-Verfahren

Am 23. Juni 2016 stimmte eine knappe Mehrheit der Bürger des Vereinigten Königreichs in einem Referendum für den Austritt aus der EU, den sog. Brexit. Die Möglichkeit des Austritts aus der EU eröffnet Art. 50 AEUV. Dieser bestimmt, dass ein Mitgliedsstaat »im Einklang mit seinen verfassungsrechtlichen Vorschriften« den Austritt beschließen kann und ihn dem Europäischen Rat mitteilt. Über die Folgen der Austrittserklärung schweigt der Vertrag im Wesentlichen: Sie sollen in einem Austrittsabkommen geregelt werden, dem das Europaparlament und eine qualifizierte Mehrheit des Rates nach Art. 238 Abs. 3 AEUV zustimmen müssen. Spätestens zwei Jahre nach der Austrittserklärung treten die Verträge der EU im Verhältnis zu dem austretenden Mitgliedsstaat außer Kraft (Art. 50 Abs. 3 AEUV).

Theresa May hat am 29. März 2017 den Austritt des Vereinigten Königreichs erklärt. Die Verträge treten damit am 29. März 2019 im Verhältnis zum Vereinigten Königreich außer Kraft. Das gesamte Europarecht mit seinen vier Grundfreiheiten (Freizügigkeit, Dienstleistungsfreiheit, Niederlassungsfreiheit, und – mit Einschränkungen – die Kapitalverkehrsfreiheit), sämtliche Verordnungen der EU, die bisher auch in Großbritannien unmittelbar galten, Richtlinien, Entscheidungen und Urteile des Europäischen Gerichtshofs sowie völkerrechtliche Abkommen, insbesondere Handelsabkommen mit Drittstaaten, finden in Großbritannien keine Anwendung mehr. Richtlinien bedürfen zwar der Umsetzung in nationales Recht; die Umsetzungsgesetze sind aber richtlinienkonform auszulegen und über die richtige Auslegung wacht und entscheidet im Zweifelsfall der Europäische

Gerichtshof verbindlich – in Großbritannien künftig nicht mehr.

Für die Rechts- und Handelsbeziehungen zwischen der EU und ihren Mitgliedsstaaten auf der einen und Großbritannien auf der anderen Seite herrscht dann folglich ein weitgehend vertragsloser Zustand, da die Beziehungen bisher im Wesentlichen durch die EU-Verträge gestaltet worden sind. Dasselbe gilt für sämtliche Handelsabkommen der EU mit Drittstaaten; mit diesen muss Großbritannien eigene Abkommen aushandeln. Dies zu verhindern ist Aufgabe des Austrittsabkommens, das die EU mit Großbritannien verhandeln muss. Dass ein solches Abkommen pünktlich vor dem 29. März 2019 noch zustande kommt, ist nach allen bisherigen Erfahrungen jedoch unwahrscheinlich. Für die Verhandlungen zwischen der EU und Großbritannien stehen noch rund 14 Monate zur Verfügung. Man geht davon aus, dass spätestens im Oktober 2018 der Vertrag stehen muss, um noch rechtzeitig vor dem 29. März 2019 das Europaparlament und den Rat zu passieren sowie das notwendige Ratifizierungsverfahren in Großbritannien zu durchlaufen. Dass das gelingt, wird allgemein für ausgeschlossen gehalten. Zwar sieht Art. 50 AEUV die Möglichkeit der Fristverlängerung vor; dies bedarf jedoch der Zustimmung aller 27 Mitgliedsstaaten. Und ob diese erreichbar wäre, wird auch nicht für gesichert gehalten. Auch wenn es politisch höchst unerwünscht ist bedeutet das, sich mit den Folgen eines möglichen »harten Brexit« vertraut zu machen.

#### 2. Außerkrafttreten des Primärrechts

Mit dem Außerkrafttreten der Verträge gelten die

### Der Brexit und seine Folgen

N° 2 / 2017

Grundfreiheiten im Verhältnis zu Großbritannien nicht mehr. Das Schicksal ausländischer Arbeitnehmer in Großbritannien richtet sich ab 29. März 2019 ausschließlich nach englischem Aufenthaltsrecht. Ob und ggf. welche einseitigen Regelungen Großbritannien treffen wird, lässt sich aus heutiger Sicht nicht sagen. Britische Arbeitnehmer innerhalb der EU und EU-Arbeitnehmer in Großbritannien benötigen für eine Beschäftigung jeweils Arbeitsvisa, deren Erteilung für viele Arbeitnehmer problematisch oder sogar unmöglich wäre. Der Transfer von Mitarbeiterdaten unterläge nach einem Brexit deutlich strengeren Anforderungen. Auch Dienstleistungen können in Großbritannien dann nur noch unter Beachtung der dortigen Gesetze angeboten werden, so wie umgekehrt britische Dienstleister in der EU ihre Leistungen nur noch anbieten können, soweit es das Recht der Mitgliedsstaaten auch anderen Drittstaaten gestattet. Fraglich ist, ob Banken mit einer Zulassung im Vereinigten Königreich ihre Dienste noch in anderen EU-Staaten erbringen dürfen.

Für Unternehmen ist die Niederlassungsfreiheit von besonderer Bedeutung: Nach Art. 54 AEUV hat jeder Mitgliedsstaat der EU unabhängig von seinem nationalen Recht Unternehmen, die in einem anderen Mitgliedsstaat der EU nach deren Recht wirksam gegründet worden sind, anzuerkennen und ihnen zu gestatten, Niederlassungen in seinem Territorium zu gründen. Auch diese Freiheit fällt für in Großbritannien gegründete Gesellschaften innerhalb der EU fort.

#### 3. Folgen für den Rechtsverkehr der Unternehmen

Der europäische Markt bietet Unternehmen durch europaweit vereinheitlichte Rechtsrahmen Rechts- und Planungssicherheit: Gerichtsstände sind vereinheitlicht und Entscheidungen können auch in anderen Mitgliedsstaaten in vereinfachten Verfahren vollstreckt werden. Nationale Zulassungsverfahren und Zertifizierungen werden in anderen Mitgliedsstaaten anerkannt, was insbesondere für den grenzüberschreitenden Warenverkehr von erheblicher Bedeutung ist. Es gibt einheitliche Regelungen für Unionsmarken und Gemeinschaftsgeschmacksmuster, die den Anmeldern eine Vielzahl nationaler Schutzrechte ersparen.

Ein Brexit bedeutet den Wegfall all dieser Vereinfachungen – erhöhter Aufwand, neue bürokratische Hürden und damit einhergehende steigende Kosten sind die Folge. Den Inhabern von einheitlichen europäischen Schutzrechten drohen Schutzlücken, da ihre Schutzrechte nicht mehr das Territorium des austretenden Mitgliedsstaates umfassen. Mit dem Austritt geht die Neuerrichtung von Zollgrenzen einher. Unabhängig von tarifären Zollbelastungen werden zollrechtliche Formalitäten zu einer administrativen und ökonomischen Mehrbelastung führen. Bei Lieferungen aus Großbritannien nach Deutschland liegt nicht länger ein innergemeinschaftlicher Erwerb i. S. v. § 6a UStG vor, der vom Empfänger zu versteuern ist. Vielmehr sind die Waren als Einfuhren zu erklären, sodass beim Einführer Einfuhrumsatzsteuer und Zölle ausgelöst werden können.

#### 4. Folgen für Handelsverträge der Unternehmen

Bei Verträgen im grenzüberschreitenden Verkehr kann es zu Auslegungsproblemen kommen, wenn in ihnen auf das Gebiet der EU Bezug genommen worden ist. Je nach Einzelfall muss entschieden werden, ob das Gebiet des Vereinigten Königreichs von derartigen Regelungen auch nach dem Austritt noch erfasst sein soll. Bei Lizenz-, Vertriebs- und Franchiseverträgen, die »europaweit« gelten sollen oder das Vertriebsgebiet »europaweit« definieren, wird ggf. eine Anpassung zu prüfen sein, da nicht klar ist, ob künftig auch das ausgetretene Großbritannien noch dazu gehören soll. Soweit Vertragsparteien die Anwendbarkeit englischen Rechts vereinbart haben, muss künftig damit gerechnet werden, dass dazu das vereinheitlichte EU-Recht nicht mehr gehören wird und auch das ursprünglich vereinheitlichte englische Recht von den englischen Gerichten autonom und nicht mehr gebunden an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ausgelegt und angewendet werden wird.

#### 5. Folgen für gewerbliche Schutzrechte der Unternehmen

Mit dem Austritt endet die Geltung von Unionsmarken im Austrittsgebiet. Hier ist die rechtzeitige Umwandlung in nationale britische Marken zu veranlassen. Andererseits gilt die Benutzung von

EU-Marken im Austrittsgebiet nur bis zum Austritt (29. März 2019) auch als Benutzung der EU-Marke innerhalb der EU. Danach wirkt die Benutzung nicht mehr rechtserhaltend; insoweit ist daher rechtzeitig vor dem Austrittsdatum für eine Benutzung auch innerhalb der restlichen EU zu sorgen.

#### 6. Folgen für englische Rechtsformen deutscher Unternehmen

Für Unternehmen außerhalb Großbritanniens werden Rechtsformen des englischen Rechts aus verschiedenen Gründen häufig verwendet. Air Berlin ist als Public Limited Company (PLC) gegründet, Anwaltskanzleien bedienen sich gern auch der englischen Rechtsform der Limited Liability Partnership (LLP) und zahlreiche deutsche Kleinunternehmer haben Anfang des Jahrtausends trotz umfangreicher Warnungen eine Private Company Limited by Shares (Ltd.) in England gegründet. Allen gemein ist, dass sie gar nicht in England tätig sind, sondern in Deutschland, wo sie auch ihre Verwaltung haben (sog. »Verwaltungssitz«). In England sind diese Gesellschaften lediglich beim Companies House registriert und unterhalten einen »Briefkasten« (sog. »Satzungssitz«). Gleichwohl werden sie bisher in Deutschland aufgrund der Niederlassungsfreiheit in Art. 49, 54 AEUV mit ihrer englischen Gesellschaftsform anerkannt. Nach dem Austritt gilt für britische Gesellschaften die Niederlassungsfreiheit und damit die Pflicht deutscher Gerichte, ihre englische Rechtsform anzuerkennen, nicht mehr. Sie qualifizieren die Rechtsform eines Unternehmens künftig autonom allein nach deutschem Recht. Danach gilt nicht das Recht, nach dem das Unternehmen gegründet worden ist (sog. »Gründungstheorie«), sondern das Recht, wo das Unternehmen seinen Verwaltungssitz hat (sog. »Sitztheorie«). So hat der Bundesgerichtshof etwa einer schweizerischen Aktiengesellschaft die Anerkennung als solche versagt, weil sie in Deutschland ihre Verwaltung hatte und sie nach deutschem Gesellschaftsrecht als offene Handelsgesellschaft bzw. Gesellschaft bürgerlichen Rechts qualifiziert.

##### a) Limited

Dasselbe wird ab 29. März 2019 für englische Gesellschaften und namentlich englische Limiteds gelten,

die ihren Verwaltungssitz in Deutschland unterhalten. Das sind nach aktuellen Erhebungen rund 10.000 englische Limiteds und rund 3.000 Limited & Co KG.

Die Private Company Limited by Shares ist eine nicht börsennotierte Kapitalgesellschaft des britischen Gesellschaftsrechts, die große Parallelen zur deutschen GmbH aufweist, wegen ihres geringen Mindestkapitals von einem Pfund jedoch deutlich mehr Attraktivität genießt. Auch sie werden, solange sie ihre Verwaltung in Deutschland haben, nicht mehr als englische Gesellschaft anerkannt, sondern nach deutschem Recht beurteilt. Da eine Kapitalgesellschaft nach deutschem Recht eine Gründung nach den Vorschriften des GmbHG/AktG voraussetzt und erst mit der Eintragung in das Handelsregister als solche entsteht, wird die in Großbritannien gegründete und registrierte Limited vor deutschen Gerichten nicht als GmbH oder AG, sondern – je nach Unternehmensgegenstand – als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) oder offene Handelsgesellschaft (OHG) oder – bei Ein-Personen-Limiteds – als Einzelkaufmann behandelt werden. Gravierende Folge dessen ist die persönliche und unbeschränkte Haftung der Gesellschafter mit ihrem gesamten Privatvermögen, die grundsätzlich nicht beschränkt werden kann. Dies stellt einen entscheidenden Unterschied zur Limited dar, bei der eine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen besteht.

Die Umqualifizierung einer Limited als GbR bzw. OHG hat ferner Auswirkungen auf deren Vertretung. Die englische Limited wird grundsätzlich durch die Directors vertreten, die nicht Gesellschafter sein müssen. Mangels abweichender Vereinbarung sind mehrere Directors nur gemeinsam zur Vertretung berechtigt. Bei deutschen Personengesellschaften gilt hingegen der Grundsatz der Selbstorganschaft, wonach eine organschaftliche Vertretung lediglich durch Gesellschafter gestattet ist. Problematisch ist die Rechtslage daher, wenn bei der Limited ein Nichtgesellschafter zum Director bestellt worden ist, der zur Vertretung der OHG in Deutschland nicht befugt ist. Die handelnden Personen sollten daher nicht ohne Gesellschafterbeschluss und ausdrückliche Vollmacht handeln, um einer persönlichen Haftung zu entgehen. Auf der anderen Seite sollten die Geschäftspartner von

Limiteds die Vertretungsbefugnis sorgfältig prüfen und sich entsprechend nachweisen lassen.

Erschwerend kommt hinzu, dass die Umqualifizierung englischer Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland in deutsche Personengesellschaften mit den genannten Folgen nur aus deutscher Sicht und nur innerhalb der deutschen Jurisdiktion gilt. Sie ist insbesondere nur dann von Bedeutung, wenn deutsche Gerichte über die Frage zu entscheiden haben. Aus englischer Sicht und vor englischen Gerichten bleibt es bei der englischen Rechtsform und ihren Organisations- und Haftungsstrukturen. Die Gesellschaft führt quasi in jeder Hinsicht ein »Doppelleben«. Da nicht immer vorhersehbar ist, vor welchem Richter eine Streitfrage einmal landet, muss praktisch zweigleisig gefahren werden und möglichst beiden Regimen genügt werden. Das ist nicht nur nicht immer möglich, es macht das Unternehmen praktisch nicht mehr rechtssicher führbar.

##### b) Lösungsmöglichkeiten

Da deutsche Gerichte ausländische Rechtsformen in jedem Fall anerkennen, wenn sie ihren Verwaltungssitz im Gründungsstaat – also in Großbritannien – haben, wäre der einfachste Weg, den Verwaltungssitz von Deutschland dorthin zu verlegen. In der Praxis dürfte dies aber in der Regel aus unternehmerischen Gründen nicht gewollt sein. Darüber hinaus könnte eine solche Verlagerung erhebliche steuerliche Belastungen zur Folge haben. Ein grenzüberschreitender Formwechsel in eine deutsche GmbH scheidet hingegen aus, da dafür momentan keine gesetzliche Regelung besteht und das englische Companies House »ihre« Limiteds zur Zeit auch nicht mehr entlässt.

Die sicherste Möglichkeit bietet die grenzüberschreitende Verschmelzung der Limited auf eine deutsche GmbH oder eine andere Kapitalgesellschaft aus einem EU-Mitgliedsstaat. Diese ist europarechtlich zulässig, solange Großbritannien noch EU-Mitglied ist – Eile ist daher geboten – und erprobt. Steuerlich kann dadurch eine Aufdeckung und Besteuerung stiller Reserven vermieden werden. Allerdings ist eine solche Verschmelzung notwendigerweise mit nicht unerheblichen Transaktionskosten verbunden.

Daneben können die einzelnen Wirtschaftsgüter der

englischen Limited grundsätzlich auch im Wege der Einzelrechtsübertragung auf eine deutsche GmbH übertragen werden (Asset Deal). Dabei kommt es steuerlich zur Aufdeckung stiller Reserven; eine Buchwertfortführung ist nicht gestattet (§§ 20 ff UmwStG). Für die Übertragung von Vertragsverhältnissen und Verbindlichkeiten ist die Zustimmung der jeweiligen Gläubiger erforderlich. Darüber hinaus bleibt bei dieser Vorgehensweise die Limited als »leere Hülle« bestehen und muss noch aufgelöst und beendet werden.

Alle einschlägigen Handlungsmöglichkeiten haben jedoch gemeinsam, dass sie möglichst vor dem Wirksamwerden des Austritts vollzogen sein müssen. Darüber hinaus sind grenzüberschreitende Umstrukturierungsvorgänge – soweit sie dann noch rechtstechnisch möglich sind – zukünftig nicht mehr steuerfrei durchführbar.

##### c) Limited & Co. KG

Die Limited & Co. KG ist eine Sonderform der Kommanditgesellschaft (KG), bei der eine Limited die Rolle des persönlich haftenden Gesellschafters (Komplementär) übernimmt, um die Haftungsrisiken für die hinter der Gesellschaft stehenden Personen zu begrenzen. Wenn die Komplementär-Limited nur ihren Satzungssitz, nicht aber auch ihren Verwaltungssitz im Vereinigten Königreich hat, kommt es beim Brexit zur oben beschriebenen Umqualifizierung der Limited in eine OHG bzw. GbR. Eine OHG & Co. KG ist rechtlich zwar ohne weiteres zulässig, es entfällt allerdings die angestrebte Haftungsbeschränkung. Bei einer Einpersonen-Limited & Co. KG käme es zu einer Vollbeendigung der KG, da eine deutsche Kommanditgesellschaft zwingend mindestens zwei verschiedene Gesellschafter haben muss.

Die betroffenen Gesellschaften können die Folgen der Umqualifizierung in gleicher Weise vermeiden wie (isolierte) Limiteds. Denkbar wäre auch hier eine Verschmelzung der Limited auf eine deutsche Komplementär-GmbH. Da die englische Kapitalgesellschaft auch zur Vermeidung deutschen Mitbestimmungsrechts gewählt wurde, ist ggf. eine Verschmelzung auf eine andere Kapitalgesellschaft eines anderen EU-Mitgliedsstaates zu erwägen. Ein Austritt der Limited aus der KG unter gleichzeitigem Eintritt eines neuen Komplementärs ist grundsätz-

lich ebenfalls möglich. Dabei ist jedoch eine fünfjährige Nachhaftungsfrist zu beachten: Die auscheidende Limited und später deren Gesellschafter haften für Altverbindlichkeiten der KG noch für fünf Jahre nach dem Ausscheiden weiter persönlich.

#### d) Konsequenzen für Vertragspartner

Vertragspartner englischer Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland gewinnen nach dem 29. März 2019 mit den Gesellschaftern der Limited einen weiteren Vollhafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Bei Vertragsabschlüssen oder sonstigen Rechtsgeschäften mit englischen Limiteds sollte man heute schon darauf achten, dass die Handelnden eine ausreichende Vollmacht sowohl der Gesellschaft als auch des Directors vorweisen können, für die Gesellschaft handeln zu dürfen. Auch in Gerichtsverfahren werden Gesellschaften ausschließlich durch ihre organschaftlichen Vertreter vertreten. Für Gerichtsverfahren ist daher zu beachten, dass sich ab 29. März 2019 vor deutschen Gerichten die organschaftliche Vertretung englischer Gesellschaften ändert: Wer durch englische Limiteds verklagt wird sollte prüfen, ob sie im Prozess durch die Gesellschafter vertreten wird; die Vertretung durch den Director ist dann nicht mehr möglich und führt zur Unzulässigkeit der Klage, wenn er nicht zugleich Gesellschafter ist. Umgekehrt ist in dem Fall, dass eine Limited verklagt werden soll ebenfalls darauf zu achten, dass diese ordnungsgemäß durch die Gesellschafter vertreten wird.

#### e) gespaltene Rechtspersönlichkeit

Das alles gilt nur für englische Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland. Und es gilt nur für Verfahren in Deutschland. Für Verfahren in Großbritannien oder auch in einem anderen Land, in dem die Gründungstheorie gilt und die englische Gesellschaftsform unabhängig vom EU-Recht anerkannt wird, bleibt es bei der Limited. Das macht das Problem im Umgang mit Limiteds nicht einfacher, wenn man nicht weiß, vor welchem Gericht man im Streitfall einmal landet. Es muss daher in jedem Fall auf eine ausreichende und nach allen denkbaren Jurisdiktionen wirksame Vollmacht geachtet werden. Für die Directors und Gesellschafter englischer Gesellschaften mit Sitz in Deutschland wird es noch

unerfreulicher. Nach dem 29. März 2019 schwinden die Möglichkeiten einer Umstrukturierung. Teuer wird es in jedem Fall. Dass der europäische oder deutsche Gesetzgeber einseitig ohne Austrittsvertrag eine Sonderregelung für die Betroffenen trifft, gilt eher als unwahrscheinlich. Sie haben sich bewusst in eine ausländische Rechtsordnung begeben, die nun ihre Voraussetzungen ändert

#### f) Folgen für Europäische Aktiengesellschaften (SE) in Großbritannien

Die Societas Europaea (kurz: SE) ist eine europäische Aktiengesellschaft, die auf der SE-Verordnung beruht und EU-weit weitgehend einheitlichen Rechtsvorschriften unterliegt. Zu ihrer Wirksamkeit muss sowohl ihr Satzungssitz als auch ihre Hauptverwaltung in einem Mitgliedsstaat der EU oder des Europäischen Wirtschaftsraums liegen (und zwar im gleichen Mitgliedsstaat, wenn auch nicht unbedingt am gleichen Ort). Mit dem Austritt des Vereinigten Königreiches aus der EU entfällt für SEs in Großbritannien die europäische SE-Verordnung als Rechtsgrundlage, ohne die eine SE aber nicht bestehen kann. Neue SEs können ab diesem Zeitpunkt nicht mehr wirksam im Vereinigten Königreich gegründet werden. Bereits bestehende SEs mit Satzungs- und Verwaltungssitz im Vereinigten Königreich können nicht fortbestehen. Die maßgeblichen Rechtsfolgen richten sich diesbezüglich nach britischem Recht, wonach das Companies House im Einzelfall über Auflösung oder Umwandlung entscheiden muss.

Um ungewisse Rechtsfolgen zu vermeiden, kommt die Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung in Betracht, die bei der SE identitätswahrend möglich ist. Dabei werden Satzungs- und Verwaltungssitz in einen EU- oder EWR-Mitgliedsstaat verlegt. In der Praxis ist eine solche Verlegung insbesondere der Hauptverwaltung jedoch oftmals schwierig und mitunter nicht gewollt.

#### FAZIT

► Unternehmen mit Rechtsbeziehungen zum Vereinigten Königreich sollten diese auf Handlungsbedarf prüfen und handeln; für notwendige Maßnahmen sind nur noch gut 20 Monate Zeit. Betroffen sind u. a. Verträge mit Partnern in Großbritannien sowie mit sonstigen

Partnern, wenn auf sie englisches Recht anwendbar ist, gewerbliche Schutzrechte, regulatorische Rahmenbedingungen und ganz besonders deutsche Unternehmer, die eine englische Rechtsform gewählt haben.

## AUSKUNFTSVERPFLICHTUNG EINES KOMMUNALEN UNTERNEHMENS GEGENÜBER EINEM JOURNALISTEN

Mit seinem Urteil vom 16. März 2017 (Az.: I ZR 13/16) hat der Bundesgerichtshof über die Verpflichtung einer »kommunalen« Aktiengesellschaft zur Auskunftserteilung gegenüber der Presse Stellung genommen. Der dem Urteil des Bundesgerichtshofs zugrunde liegende Sachverhalt ist dadurch gekennzeichnet, dass an der Aktiengesellschaft mehrheitlich Kommunen beteiligt sind und die Gesellschaft ihrerseits Leistungen der Wasser- und Energieversorgung sowie der Abwasserentsorgung erbringt. Ein Journalist hegte den Verdacht, dass die Aktiengesellschaft eine politische Partei während des Wahlkampfs mittelbar dadurch unterstützt hatte, dass diese überhöhte Zahlungen für angeblich erbrachte Vertragsleistungen an Unternehmen im Umfeld der Partei leistete. Der Journalist forderte daher die Aktiengesellschaft zur Auskunft über die an die weiteren Unternehmen erteilten Aufträge, die jeweils erbrachten Leistungen und die gelegten Rechnungen auf. Die Aktiengesellschaft wies den Vorwurf der verdeckten Parteienfinanzierung zurück und verweigerte im Übrigen die Auskunft unter Hinweis darauf, dass es sich bei den geforderten Auskünften um Geschäftsgeheimnisse handele.

Zwar sehen die Presse- und Informationsfreiheitsgesetze der Länder grundsätzlich vor, dass die Presse Auskunftsansprüche gegenüber Behörden hat. Bei der privat rechtlich organisierten Aktiengesellschaft handelt es sich allerdings nicht vor dergründig um eine solche »Behörde«. Der Bundesgerichtshof musste sich mithin mit der Frage auseinandersetzen, ob es sich bei dieser Aktiengesellschaft, an der mehrheitlich Kommunen beteiligt sind, um eine »auskunftspflichtige Behörde« im Sinne des Presserechts handelt.

Dies hat der Bundesgerichtshof bejaht. Die Aktiengesellschaft ist nach seiner Auffassung einer zur Auskunft verpflichteten Behörde gleichzustellen, da der presserechtliche Begriff der Behörde auch solche juristischen Personen des Privatrechts erfasst, die von der öffentlichen Hand beherrscht werden. Eine solche Beherrschung ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofs jedenfalls dann der Fall, wenn mehr als die Hälfte der Beteiligung von der öffentlichen Hand gehalten wird und das »beherrschte« Unternehmen öffentliche Aufgaben erfüllt. Demgegenüber konnte sich die Aktiengesellschaft mit dem Argument, es handele sich bei den geforderten Auskünften um Geschäftsgeheimnisse, nicht durchsetzen. Der Bundesgerichtshof maß dem Informationsinteresse des Journalisten eine höhere Gewichtung bei als dem Geheimhaltungsinteresse der Aktiengesellschaft. Die Öffentlichkeit habe ein maßgebliches Interesse darüber informiert zu werden, wie öffentliche Mittel verwendet werden, und ob die Aktiengesellschaft eine parteipolitische Aktivität entfalte.

#### FAZIT

► Privat rechtlich organisierte Unternehmen, an denen die öffentliche Hand mehrheitlich beteiligt ist und deren sich die öffentliche Hand für die Erfüllung ihrer Aufgaben bedient, können als »Behörde« dem jeweiligen presserechtlichen Auskunftsanspruch unterworfen sein.

► Im Rahmen der vorzunehmenden Güterabwägung kann das öffentliche Informationsinteresse im Einzelfall das Interesse des auskunftspflichtigen Unternehmens an der Wahrung der Geschäftsgeheimnisse überwiegen.

Jörg-Dieter Battke

## ZULÄSSIGKEIT DES NAMENS EINES NICHTGESELLSCHAFTERS IN DER FIRMA EINER GMBH & CO. KG

Handelsgesellschaften bedienen sich im Geschäftsverkehr eines Namens, der sog. Firma, unter der sie ihre Geschäfte betreiben (§ 17 HGB). Die Firma darf allerdings keine irreführenden Angaben enthalten. Dies ist der Fall, wenn die Firma Angaben enthält, die im Geschäftsverkehr geeignet sind, über Art, Umfang oder sonstige Verhältnisse des Handelsgeschäfts irrezuführen.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat mit Beschluss vom 11. Januar 2017 (Az.: I-3 Wx 81/16) entschieden, dass die Bildung einer Firma unter Verwendung des Namens einer Person, die nicht am Unternehmen beteiligt ist, zu keiner Irreführung des Geschäftsverkehrs führt. Der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf liegt zugrunde, dass eine GmbH & Co. KG ihre Firma um den Namen des bereits verstorbenen Urgroßvaters des Mehrheitsgesellschafters ergänzen wollte. Die Anmeldung zur Eintragung hatte das Handelsregister unter Hinweis auf die mit der beabsichtigten Firmenänderung verbundene Irreführung des Geschäftsverkehrs zurückgewiesen. Das Handelsregister vertrat die Meinung, durch die Aufnahme des Namens des Urgroßvaters in die Firma werde der Eindruck erweckt, dass dieser Einfluss auf den Geschäftsbetrieb habe. Tatsächlich bestünde aber zwischen dem Namen des Urgroßvaters und der Gesellschaft kein aktueller Bezug.

Dieser Auffassung des Handelsregisters ist das Oberlandesgericht Düsseldorf entgegen getreten. Hiernach ist die Verwendung des Namens eines Nichtgesellschafters im Geschäftsverkehr nicht ohne weiteres problematisch. Eine unzulässige Irreführung kommt erst dann in Betracht, wenn ein Name zum Bestandteil der Firma gemacht wird, der für die beteiligten Verkehrskreise Relevanz hat, den Schluss auf eine maßgebliche Beteiligung des Namensträgers an der Gesellschaft nahelegt und insbesondere von wesentlicher Bedeutung für die wirtschaftliche Entscheidung des jeweiligen Geschäftspartners ist, weil etwa dem Namensträger Vertrauen entgegengebracht wird. Bei der Verwendung eines fiktiven oder unbekanntenen Namens kann ein solcher Schluss jedoch regelmäßig nicht gezogen werden.

### FAZIT

- Die Firma eines Unternehmens darf nicht in der Weise irreführend sein, dass wirtschaftliche Entscheidungen der angesprochenen Verkehrskreise beeinträchtigt werden.
- Die Bildung der Firma unter Verwendung von Namen verstorbener oder fiktiver Personen allein führt jedoch nicht zu einer Irreführung des Geschäftsverkehrs und ist daher grundsätzlich firmenrechtlich zulässig.

Jörg-Dieter Battke

## BUNDESGERICHTSHOF DEHNT INSOLVENZANFECHTUNG BEI NAHESTEHENDEN PERSONEN WEITER AUS

Mit der sogenannten Insolvenzanfechtung macht der Insolvenzverwalter eines Insolvenzschuldners Ansprüche auf Rückgewähr von Leistungen in die Insolvenzmasse geltend, die ein Vertragspartner zuvor vom Insolvenzschuldner erhalten hat. Das Institut der Insolvenzanfechtung ist eines der dem juristischen Laien am schwersten vermittelbaren. In Extremfällen kann es geschehen, dass Gläubiger noch Leistungen, die sie bis zu zehn Jahre vor Insolvenzantragstellung erhaltene Zahlungen haben wieder zurückzahlen müssen und wegen ihrer Ansprüche

auf die Anmeldung zur Insolvenztabelle und damit auf die Insolvenzquote verwiesen bleiben. Das ist der Fall, wenn der Schuldner den betreffenden Gläubiger bevorzugt bedient und dadurch die Benachteiligung der übrigen Gläubiger, die im späteren Insolvenzverfahren ausfallen, billigend in Kauf nimmt und der bevorzugte Gläubiger dies weiß. Erfolgt die Leistung in den letzten zwei Jahren vor Insolvenzantrag zwischen »nahestehenden Personen« kommt es darauf nicht einmal an; es genügt allein die Tatsache, dass andere Gläubiger benachteiligt worden sind. Der Gesetzgeber

geht davon aus, dass dem Schuldner nahestehende Personen i.d.R. Einblick in die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners haben und auch eher bereit sind, mit ihm Verträge zum Nachteil der übrigen Gläubiger zu schließen. Nahestehend sind insbesondere Ehegatten, Lebenspartner und Verwandte des Schuldners sowie Gesellschaften, in deren Vertretungs- oder Aufsichtsorgan eine solche Person sitzt. Bei Gesellschaften zählen zu diesen nahestehenden Personen Mitglieder ihrer Aufsichts- und Vertretungsorgane sowie deren Ehegatten, Lebenspartner und Verwandte.

Der Bundesgerichtshof hat nun entschieden (Urteil vom 22. Dezember 2016, Az.: IX ZR 94/16), dass sich auch zwei Gesellschaften »nahestehen« können, wenn in ihren jeweiligen Aufsichts- oder Vertretungsorganen nahestehende Personen sitzen. Schuldnerin war eine GmbH. Die Ehefrau ihres Alleingesellschafters und Geschäftsführers war Geschäftsführerin einer GmbH & Co. KG, mit der die Schuldnerin Geschäfte getrieben hatte. Die Ehefrau hatte einerseits die Möglichkeit, über ihren Ehemann von den wirtschaftlichen Verhältnissen bei der Schuldnerin Kenntnis zu erlangen, andererseits bestimmte sie die Geschäfte der Gläubigerin. Die Zahlungen der Schuldnerin an die GmbH & Co. KG innerhalb der letzten beiden Jahre vor Insolvenzantragstellung unterlagen daher der erleichterten Insolvenzanfechtung unter »Nahestehenden«.

Der Bundesgerichtshof macht allerdings eine wichtige Einschränkung: Unterliegt der Geschäfts-

führer der Schuldnerin einer gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht, sei davon auszugehen, dass er diese beachte und die »nahestehende« Ehefrau von den wirtschaftlichen Verhältnissen, insbesondere der Insolvenzlage der späteren Schuldnerin, nichts erfahre. Das ist beim GmbH-Geschäftsführer der Fall: Er ist unter Strafandrohung nach § 85 GmbHG zur Verschwiegenheit über Angelegenheiten der Gesellschaft verpflichtet. Das gilt jedoch nicht, wenn die Gesellschafterversammlung ihn davon befreit. Da der Geschäftsführer im zu entscheidenden Fall zugleich alleiniger Gesellschafter war, konnte er selbst jederzeit entscheiden, was er offenbaren wollte. Der GmbH & Co. KG kam dieser Einwand daher nicht zugute und sie musste die erlangten Zahlungen an den Insolvenzverwalter zurückgewähren.

### FAZIT

- »Nahestehend« i.S.d. Insolvenzanfechtungsrechts können auch zwei Gesellschaften sein, wenn deren Vertretungs- oder Aufsichtsorgane in einem persönlichen Näheverhältnis i.S.d. § 138 Abs. 1 InsO stehen.
- Die Anwendung der erleichterten Anfechtungsregeln zwischen »Nahestehenden« ist ausgeschlossen, wenn das Aufsichts- oder Vertretungsorgan einer gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht unterliegt, von der es sich nicht selbst (als Alleingesellschafter) befreien kann.

Dr. Ekkehard Nolting

## BUNDESGERICHTSHOF LÄSST DEN ENTGELTLICHEN BETRIEB EINER KINDERTAGESSTÄTTE DURCH EINGETRAGENEN VEREIN ZU

Eingetragene Vereine sind in letzter Zeit in Bedrängnis geraten, wenn sie übermäßige wirtschaftliche Tätigkeiten entwickelten. Auch der FC Bayern München ist nur knapp der Löschung im Vereinsregister entgangen. Hintergrund ist, dass das deutsche Recht in §§ 21, 22 BGB nur Idealvereine anerkennt; sog. Wirtschaftsvereine, die einen wirtschaftlichen, auf Gewinnerzielung ausgerichteten Gewerbebetrieb unterhalten, sind unzulässig und im Vereinsregister zu löschen. Für solche Betriebe stehen die Rechtsformen der gewerblichen Wirtschaft der GmbH und

der Aktiengesellschaft zur Verfügung. Diese Rechtsformen gewährleisten durch entsprechende zwingende gesetzliche Vorschriften gegenüber dem Verein einen erhöhten Gläubigerschutz, der wegen der am Eigentum orientierten wirtschaftlichen Tätigkeiten erforderlich ist. Nun hatte ein Registergericht auch einem Verein die Anerkennung versagt und seine Löschung im Vereinsregister verfügt, der mehrere Kinderbetreuungseinrichtungen betrieb und die Betreuungsplätze den Eltern gegen Entgelt zur Verfügung stellte. Der Registerrichter war der Auffassung, dieser planmäßig

und auf Dauer angelegte Betrieb stelle eine entgeltliche unternehmerische Tätigkeit dar, die nicht in der Form des Idealvereins geführt werden könne.

Der Bundesgerichtshof hatte ein Einsehen (Urteil vom 16. Mai 2017, Az.: II ZB 7/16). Eine schädliche wirtschaftliche Betätigung liege nur vor, wenn der Verein eigenunternehmerische Tätigkeiten entwickle, die auf die Verschaffung von Vermögensvorteilen zugunsten des Vereins oder seiner Mitglieder abziele. Als Idealvereine im Sinne des § 21 BGB schieden nur solche Vereine aus, deren ausschließlicher oder Hauptzweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet seien. Zur Erreichung seiner ideellen (Haupt-)Zwecke seien einem Verein unternehmerische Tätigkeiten aber erlaubt, sofern diese dem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck zu- oder untergeordnet sind und lediglich Hilfsmittel zu dessen Erreichen sind (sog. »Nebenzweckprivileg«). Dabei kam dem Verein zugute, dass er

als gemeinnützig im Sinne der §§ 51ff AO anerkannt war. Damit war indiziert, dass er die Geschäfte nicht eigennützig führte und auf Gewinn und wirtschaftlichen Vorteil Einzelner abzielte. Damit war auch ein wesentlicher Teil der Gefahr für Gläubiger gebannt, die sonst durch die schärferen Vorschriften des GmbHG und AktG eingedämmt werden.

#### FAZIT

► Vereine geraten zunehmend ins Fadenkreuz der Registergerichte und werden gelöscht, wenn sie nicht als Ideal-, sondern als Wirtschaftsverein mit auf Gewinnerzielung gerichtetem Hauptzweck gerichtet sind.

► Die Anerkennung als »gemeinnützig« i.S.d. Abgabenordnung stellt ein starkes Indiz für einen ideellen Hauptzweck dar, auch wenn dieser durch entgeltliche Leistungen verfolgt wird.

Dr. Ekkehard Nolting

## BUNDESGERICHTSHOF DEFINIERT ANFORDERUNGEN AN SCHIEDSKLAUSELN IN GESELLSCHAFTSVERTRÄGEN NEU

Viele Gesellschaftsverträge von Personengesellschaften enthalten Schiedsvereinbarungen. Mit ihnen wollen die Gesellschafter erreichen, dass Streitigkeiten zwischen ihnen bzw. ihnen und der Gesellschaft nicht vor staatlichen Gerichten und vor allem nicht öffentlich ausgetragen werden, sondern vor Schiedsgerichten, bei denen sie ihre Schiedsrichter selbst auswählen. Dafür gibt es viele gute Gründe. Bisher war auch nicht ernsthaft in Frage gestellt worden, dass das zulässig sei. Nun hat der erste Senat des Bundesgerichtshofs allerdings im Anschluss an eine Entscheidung des zweiten Senats zu satzungsmäßigen Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen (Urteil vom 6. April 2009, Az.: II ZR 255/08) neue inhaltliche Anforderungen an Schiedsvereinbarungen auch in Gesellschaftsverträgen von Personengesellschaften gestellt, soweit sie auch für Beschlussmängelstreitigkeiten gelten sollen (Urteil vom 6. April 2017, Az.: I ZB 23/16). Sie seien ebenfalls nur dann wirksam, wenn sie bestimmte Mindestanforderungen erfüllten, wie sie der Bundesgerichtshof auch für GmbH-Satzungsklauseln fordert: In der Schiedsvereinbarung müsse

vorgesehen sein, dass bei Beschlussmängelstreitigkeiten sämtliche Gesellschafter über die Einleitung des Schiedsverfahrens informiert und dadurch in die Lage versetzt würden, dem Rechtsstreit beizutreten, sämtliche Gesellschafter müssten das Recht haben, an der Auswahl der Schiedsrichter mitzuwirken und es müsse gewährleistet sein, dass alle denselben Streitgegenstand betreffenden Beschlussmängelstreitigkeiten bei ein und demselben Schiedsgericht konzentriert würden. Es hilft wenig darauf hinzuweisen, dass der Bundesgerichtshof damit den grundlegenden Strukturunterschied zwischen Kapital- und Personengesellschaft erkennt und an das Schiedsverfahren, ja sogar schon vorsorgend an die Schiedsvereinbarung, Anforderungen stellt, die nicht einmal vor staatlichen Gerichten bestehen. Die Kautelarpraxis wird sich zunächst darauf einzustellen haben und sämtliche Gesellschaftsverträge, die Schiedsvereinbarungen enthalten, daraufhin zu überprüfen haben, ob sie diesen Anforderungen genügen. Es ist davon auszugehen, dass die überwiegende Mehrheit insbesondere in älteren Verträgen dem nicht entspricht.

#### FAZIT

► Schiedsvereinbarungen in Gesellschaftsverträgen von Personengesellschaften sollten dringend überarbeitet werden, andernfalls droht ihnen die Nichtig-

keit mit im Streitfall teuren und von den Gesellschaftern nicht gewollten Konsequenzen.

Dr. Ekkehard Nolting

## ERLEICHTERUNG BEI DER BESCHÄFTIGUNG VON NICHT-EUROPÄERN

Der Bundestag hat am 31. März 2017 einem Gesetzesentwurf zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union zur Arbeitsmigration zugestimmt. Dieses Gesetz soll folgende europäischen Vorschriften zur Arbeitsmigration in innerstaatliches Recht umsetzen: die Saisonarbeitnehmerrichtlinie (2014/36/EU), Richtlinie über die Einreise und den Aufenthalt von Forschern, Studierenden, Praktikanten, europäischen Freiwilligen und Au Pair (sog. REST-Richtlinie; 2016/801/EU) und schließlich die Richtlinie über unternehmensintern Transferierte (sog. ICT-Richtlinie; 2014/66/EU).

Die Saisonarbeiter-Richtlinie erleichtert die Voraussetzungen für die Einreise und Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen, die nicht Unionsbürger sind. Erfasst werden kurzfristige Aufenthalte von bis zu 90 Tagen und langfristige Aufenthalte von bis zu sechs Monaten. Saisonarbeitnehmer sollen für Einreise und Beschäftigung künftig keinen Aufenthaltstitel mehr benötigen, wenn sie über eine Arbeitserlaubnis zum Zwecke der Saisonbeschäftigung verfügen (§ 4 Abs. 3 AufenthG n.F.). Dennoch soll die Möglichkeit geschaffen werden, eine zum Zwecke der Saisonbeschäftigung erteilte Arbeitserlaubnis zu widerrufen, falls Saisonarbeitnehmer zu ungünstigeren Bedingungen als ver-

gleichbare deutsche Arbeitnehmer beschäftigt werden. Die REST-Richtlinie begründet einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für die Einreise und den Aufenthalt zum Zwecke eines Vollzeitstudiums und eines »studienbezogenen Praktikums EU«. Die ICT-Richtlinie soll den internationalen unternehmensinternen Personalaustausch unterstützen. Geplant sind u.a. eigene Aufenthaltstitel zum Zwecke des unternehmensinternen Transfers von Arbeitnehmern (»ICT-Karte«) und zum Zwecke der langfristigen Mobilität von unternehmensintern transferierten Arbeitnehmern (»Mobiler-ICT-Karte«) – vgl. §§ 19 b-d AufenthG n.F. Zudem soll für Familienangehörige von ICT-Karteninhabern in § 27 Abs. 4 S. 2 AufenthG n.F. ein Recht auf Nachzug für die Zeit des Aufenthalts während eines unternehmensinternen Transfers geregelt werden.

#### FAZIT

► Die Einreise von Saisonarbeitnehmern und Mitarbeitern eines international arbeitenden Unternehmens wird erleichtert. Die neuen Vorschriften führen aber wegen ihrer engen Voraussetzungen weder zur Senkung des Lohnniveaus noch zum dauerhaften Ausgleich von Personalmangel.

Dr. Andrea Benkendorff

## BUNDESGERICHTSHOF ÄNDERT RECHTSPRECHUNG: KEIN URLAUB BEI BESCHÄFTIGUNGSVERBOT

Das Bundesarbeitsgericht hat in einem Urteil vom 9. August 2016 (Az.: 9 AZR 575/15) entschieden, dass ein Arbeitgeber Urlaub im Beschäftigungsverbot nicht gewähren kann, sodass dieser Urlaub weder verfällt noch untergeht. In Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung stellte das Bundesarbeitsgericht heraus, dass der Urlaubsanspruch während der Zeit

des Beschäftigungsverbotes in voller Höhe entsteht. Eine dem § 17 BEEG vergleichbare Vorschrift, dass ein Zwölftel des Urlaubsanspruches pro vollem Monat des Beschäftigungsverbotes untergeht, gibt es im Mutterschutzgesetz nicht. Damit entsteht während des Beschäftigungsverbotes der volle Urlaubsanspruch. Während allerdings nach bisheriger Rechtsprechung

des Bundesarbeitsgerichts ein Urlaub als gewährt galt, wenn dieser bereits vor der Schwangerschaft beziehungsweise vor dem Ausspruch des Beschäftigungsverbot in Absprache mit der Mitarbeiterin festgelegt worden war (so zum Beispiel Urteil vom 9. August 1994, Az.: 9 AZR 384/92), so stellte das Gericht nun heraus, dass diese Urlaubsansprüche nicht erfüllt würden, weil die Mitarbeiterin bereits durch das Beschäftigungsverbot von ihrer Arbeitsleistung freigestellt sei. Gemäß § 17 S. 2 MuSchG könne keine Anrechnung von Urlaubsansprüchen während des Beschäftigungsverbot nach dem Mutterschutzgesetz erfolgen. Die Zeiten könnten nur dann wirksam als Urlaub angerechnet werden, wenn an sich eine Beschäftigungspflicht bestünde. Dies ist im Rahmen von Beschäftigungsverboten allenfalls dann der Fall, wenn der Mitarbeiterin rechtswirksam eine Ersatz Tätigkeit zugewiesen wurde. Ist dies nicht der Fall, so kann kein Urlaub im Geltungsbereich des Mutterschutzgesetzes bestehen. Darüber hinaus sind die Urlaubsansprüche einer schwangeren Beschäftigten auch vor dem Verfall

geschützt und können nach Ablauf der Mutterschutzfristen beziehungsweise nach Beendigung etwaiger Elternzeiten noch genommen werden.

#### FAZIT

- ▶ Urlaubsansprüche im Beschäftigungsverbot sind an deren Anschluss beziehungsweise im Anschluss an die Elternzeiten vollständig zu gewähren. Dabei kommt es nicht darauf an, ob bereits vor dem Beschäftigungsverbot der Urlaub gewährt und genehmigt wurde.
- ▶ Jeder Arbeitgeber ist gehalten, eine Ersatzbeschäftigung und Schonarbeitsplätze für schwangere Mitarbeiterinnen bereit zu halten, um diese Urlaubsansprüche zu vermeiden und die Arbeitskraft zu erhalten. Die Umsetzung auf diese Ersatzbeschäftigung muss allerdings zumutbar sein. Dabei kommt es nach herrschender Meinung allerdings nicht darauf an, ob die Versetzung arbeitsvertraglich vereinbart wurde. Die Rechtmäßigkeit dieser Umsetzung ist vor dieser zu prüfen.

Dr. Andrea Benkendorff

## KÜNDIGUNGSFRIST IN DER PROBEZEIT KLAR REGELN

Das Bundesarbeitsgericht hatte sich in seinem Urteil vom 23. März 2017 (Az.: 6 AZR 705/15) mit der Frage zu befassen, ob in einem Arbeitsvertrag für die Dauer der Probezeit eine kürzere Kündigungsfrist wirksam vereinbart war.

Der Arbeitsvertrag des Klägers, den der Arbeitgeber vorformuliert hatte, verwies in § 1 pauschal darauf, dass sich die Rechte und Pflichten der Parteien nach einem Manteltarifvertrag richten; dieser sah während der Probezeit besondere Kündigungsfristen vor. In § 3 des Arbeitsvertrages (»Beginn und Dauer des Arbeitsverhältnisses«) war vorgesehen, dass die ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses als Probezeit gelten. In § 8 des Vertrages (»Beendigung des Arbeitsverhältnisses«) war eine Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Monatsende bestimmt. Der Arbeitgeber kündigte das Arbeitsverhältnis während der Probezeit mit einer Frist von 14 Tagen. Der Arbeitnehmer meinte, dass das Arbeitsverhältnis nur unter Beachtung der in § 8 des Arbeitsvertrages vereinbarten

Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Monatsende beendet werden könnte.

Zu Recht, wie das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil entschied. Sieht ein Arbeitsvertrag eine Probezeit von längstens sechs Monaten vor, könne das Arbeitsverhältnis gemäß § 622 Abs. 3 BGB ohne weitere Vereinbarung von beiden Seiten mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden. Die kürzere Kündigungsfrist des § 622 Abs. 3 BGB gilt als Folge einer vereinbarten Probezeit grundsätzlich automatisch. Wenn in einem Formulararbeitsvertrag des Arbeitgebers allerdings in einer weiteren Klausel eine längere Kündigungsfrist ohne einen eindeutigen Hinweis enthalten sei, dass diese erst nach Ablauf der Probezeit gelte, gelte diese grundsätzlich auch während der Probezeit. Die Regelungen in einem Formulararbeitsvertrag eines Arbeitgebers seien nämlich so auszulegen, wie sie ein durchschnittlicher, regelmäßig nicht rechtskundiger Arbeitnehmer verstehen würde. Aus Sicht eines solchen Arbeitnehmers lasse

die vorliegende Vertragsgestaltung nicht erkennen, dass dem Verweis auf den Manteltarifvertrag und der Vereinbarung einer Probezeit eine Bedeutung für die Kündigungsfristen zukommen solle. Maßgebliche Kündigungsfrist sei deswegen ausschließlich die in § 8 des Arbeitsvertrages geregelte.

#### FAZIT

- ▶ Ein Arbeitgeber sollte in seinem Arbeitsvertrag klar und eindeutig regeln, dass während der Dauer der Probezeit, längstens für sechs Monate, eine Kündigungsfrist von zwei Wochen gilt.
- ▶ Die bloße Vereinbarung einer Probezeit reicht dafür

nicht aus, wenn der Arbeitgeber in einer weiteren Klausel eine längere Kündigungsfrist vereinbart, ohne unmissverständlich deutlich zu machen, dass diese längere Frist erst nach dem Ende der Probezeit gelten soll.

- ▶ Hervorzuheben ist noch einmal, dass die Vereinbarung einer Probezeit mit der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes nichts zu tun hat. Das Kündigungsschutzgesetz findet bei Vorliegen des betrieblichen Geltungsbereiches immer Anwendung, wenn das Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate in demselben Betrieb oder Unternehmen bestanden hat.

Frank Martin Thomsen

## MEHRFACHE BEFRISTUNG VON ARBEITSVERHÄLTNISSEN

Nach § 41 S. 3 SGB VI können Parteien durch Vereinbarung während des Arbeitsverhältnisses dessen Beendigungszeitpunkt, gegebenenfalls auch mehrfach, hinauschieben, wenn eine Vereinbarung die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze vorsieht. Das Arbeitsgericht Karlsruhe hatte sich in seinem Urteil vom 27. April 2016 (Az.: 3 Ca 22/16) mit der Frage zu befassen, ob dabei nur der Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses hinausgeschoben werden darf oder auch inhaltliche Änderungen möglich sind.

Der Kläger war seit 1999 als Lehrer an einer staatlichen Hochschule in Vollzeit angestellt. Der Arbeitsvertrag der Parteien sah vor, dass das Arbeitsverhältnis zum Ende des Semesters endet, zu dem der Kläger die gesetzliche Regelaltersgrenze erreicht. Der Kläger erreichte diese im Mai 2014 mit der Folge, dass der Arbeitsvertrag nach dieser Regelung mit Ablauf des 30. September 2014 aufgelöst worden wäre. Im Februar 2014 schlossen die Parteien jedoch einen weiteren Dienstvertrag, nach dem der Kläger in der Zeit vom 1. Oktober 2014 bis 30. September 2015 eine Vertretung in Teilzeit übernehmen sollte. Mit Dienstvertrag aus Juni 2015, der im Übrigen dem Dienstvertrag aus Februar 2014 entsprach, vereinbarten die Parteien eine weitere befristete Beschäftigung des Klägers vom 1. Oktober 2015 bis 29. Februar 2016. Der Kläger meinte, die Befristung des Arbeitsverhältnisses sei unwirksam. Sie könnte insbesondere nicht auf § 41 S. 3 SGB VI gestützt werden, weil der Arbeitsvertrag aus dem Jahr 1999 nicht lediglich verlängert, sondern auch inhaltlich (»Teilzeitbeschäftigung«) geändert worden sei. Überdies hätte jener Arbeitsvertrag nicht mit Erreichen der gesetzlichen Regelaltersgrenze enden sollen.

Das Arbeitsgericht Karlsruhe hat die Klage des Klägers unter Hinweis auf § 41 S. 3 SGB VI abgewiesen. Die Parteien hätten den Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses hinausgeschoben und keinen neuen befristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen, der einer sachlichen Rechtfertigung nach § 14 Abs. 1 TzBfG bedürft hätte. Die Regelung des Dienstvertrages aus 1999 knüpfte, auch wenn das Arbeitsverhältnis erst zum Ende des entsprechenden Semesters enden sollte, an das Erreichen der gesetzlichen Regelaltersgrenze an. Dies entspreche im Übrigen auch der üblichen Praxis bei Hochschullehrern. Nach § 41 S. 3 SGB VI könnten mit dem Hinausschieben des Beendigungszeitpunktes des Arbeitsverhältnisses auch zeitgleich geänderte Vertragsbedingungen vereinbart werden. Dies ergebe sich insbesondere aus dem Zweck der Vorschrift, die eine Flexibilisierung des Übergangs vom Erwerbsleben zum Renteneintritt ermöglichen solle, und dem Wortlaut: So sei in § 41 S. 3 SGB VI gerade nicht – wie in § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG – von einer Verlängerung des Vertrages, sondern von einem

Hinausschieben des Beendigungszeitpunktes die Rede. Der Begriff des Hinausschiebens enthalte, dass der bestehende und anerkannte Sachgrund »Erreichen der Regelaltersgrenze« nicht entfalle, sondern auf den neuen Beendigungszeitpunkt mittransportiert werde.

#### FAZIT

► § 41 S. 3 SGB VI ermöglicht Arbeitgebern, ältere Arbeitnehmer über die gesetzliche Regelaltersgrenze hinaus befristet weiter zu beschäftigen.

- Ob der Arbeitgeber nur den Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses »hinausschieben« kann oder zeitgleich auch inhaltliche Änderungen des Arbeitsverhältnisses vereinbaren kann, ist sehr umstritten. Das Arbeitsgericht Karlsruhe hält dies für möglich.
- Es bleibt abzuwarten, ob die weiteren Instanzen das Urteil des Arbeitsgerichtes Karlsruhe bestätigen werden.

Frank Martin Thomsen

### NICHTIGES NACHVERTRAGLICHES WETTBEWERBSVERBOT

Das Bundesarbeitsgericht hat in seinem Urteil vom 22. März 2017 (Az.: 10 AZR 448/15) entschieden, dass ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot nichtig ist, wenn die Vereinbarung entgegen § 74 Abs. 2 HGB keinen Anspruch des Arbeitnehmers auf eine Karenzentschädigung beinhaltet. Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Salvatorische Klausel führe nicht - auch nicht einseitig zu Gunsten des Arbeitnehmers - zur Wirksamkeit des Wettbewerbsverbotes.

Nach § 74 Abs. 2 HGB ist ein Wettbewerbsverbot nur verbindlich, wenn sich der Arbeitgeber verpflichtet, für die Dauer des Verbotes eine Entschädigung zu zahlen, die für jedes Jahr des Verbotes mindestens die Hälfte der von dem Arbeitnehmer zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen erreicht. Das Bundesarbeitsgericht hat mit diesem Urteil der Rechtsprechung einzelner Landesarbeitsgerichte eine

Absage erteilt, nach der eine Salvatorische Klausel einen solchen Verstoß gegen § 74 Abs. 2 HGB heilen und dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf die gesetzliche Karenzentschädigung nach § 74 Abs. 2 HGB vermitteln können soll.

#### FAZIT

- Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot ist nichtig, wenn die Vereinbarung keinen Anspruch des Arbeitnehmers auf eine Karenzentschädigung vorsieht.
- Sieht das nachvertragliche Wettbewerbsverbot eine Karenzentschädigung vor, die hinter der Mindestkarezentschädigung des § 74 Abs. 2 HGB zurückbleibt, ist es für den Arbeitnehmer unverbindlich. Er erhält ein Wahlrecht, ob er das Wettbewerbsverbot einhält und die vereinbarte - geringere - Karenzentschädigung verlangt oder sich von dem Wettbewerbsverbot löst.

Frank Martin Thomsen

### KEIN RICHTSVERFAHREN BEI ZUSTIMMUNGSVERWEIGERUNG DES BETRIEBSRATS

Mit Urteil vom 21. Februar 2017 (Az.: 1 AZR 367/15) hat das Bundesarbeitsgericht klargestellt, dass ein Arbeitnehmer keinen Anspruch darauf hat, dass der Arbeitgeber bei Widerspruch des Betriebsrats ein Zustimmungseretzungsverfahren durchführen muss. Etwas anderes gilt nur, wenn sich der Arbeitgeber zur Durchführung dieses Verfahrens im Wege einer Selbstbindung verpflichtet hat. Für die Annahme einer solchen Selbstbindung müssen allerdings beson-

dere Anhaltspunkte gegeben sein und z.B. ein kollusives Zusammenwirken zwischen den Betriebsparteien vorliegen (vgl. Bundesarbeitsgericht vom 16. März 2010, Az.: 3 AZR 31/09, Bundesarbeitsgericht vom 22. September 2005, Az.: 2 AZR 519/04). Ferner verpflichtet der in § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX gesetzlich verankerte Beschäftigungsanspruch schwerbehinderter Menschen den Arbeitgeber das gerichtliche Zustimmungseretzungsverfahren durchzuführen, wenn er

erkennt, dass die geltend gemachten Zustimmungseretzungsverweigerungsgründe tatsächlich nicht vorliegen (vgl. Bundesarbeitsgericht vom 3. Dezember 2002, Az.: 9 AZR 481/01). Ein darüber hinausgehender Anspruch eines Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf Durchführung eines gerichtlichen Zustimmungseretzungsverfahrens besteht aber nicht, auch nicht aus der Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB.

Der Arbeitnehmer ist auch nicht schutzlos gestellt, wenn der Arbeitgeber kein Zustimmungseretzungsverfahren durchführt. Ein bereits abgeschlossener Arbeitsvertrag ist - sofern er nicht ohnehin unter der Bedingung einer Zustimmungserteilung durch den Betriebsrat geschlossen wurde - auch bei verweigerter Zustimmung des Betriebsrats wirksam. Die mitbestimmungswidrige Einstellung führt zwar zu einem betriebsverfassungsrechtlichen Beschäftigungsverbot (Bundesarbeitsgericht vom 5. April 2001, Az.: 2 AZR 580/99). Für die Dauer der Nichtbeschäftigung schuldet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer jedoch Annahmeverzugslohn nach § 615 BGB. Darüber hinaus kann der Arbeitgeber gehalten sein, ein ihm vertraglich zustehendes Weisungsrecht (neu) auszuüben und dem Arbeitnehmer eine andere Tätigkeit zuzuweisen. Denkbar ist in einer solchen Situation auch ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Vertragsanpassung, wenn damit eine anderweitige mitbestim-

mungsgemäße Beschäftigungsmöglichkeit eröffnet wird. Verweigert im Fall einer einvernehmlichen Versetzung der unter dem Gesichtspunkt der Einstellung nach § 99 Abs. 1 BetrVG hieran allein zu beteiligende Betriebsrat des aufnehmenden Betriebs seine Zustimmung, ist die Versetzung unwirksam (vgl. Bundesarbeitsgericht 15. April 2014 - 1 ABR 101/12). Der Arbeitnehmer bleibt damit betriebsverfassungsrechtlich seinem früheren Betrieb zugeordnet und kann einen Anspruch auf vertragsgemäße Beschäftigung dort geltend machen.

#### FAZIT

- Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung zur Einstellung eines Arbeitnehmers, ist der Arbeitgeber weder gem. § 99 Abs. 4 BetrVG noch aus der vertraglichen Rücksichtnahmepflicht verpflichtet, beim Arbeitsgericht die Zustimmung ersetzen zu lassen. Es ist ein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers zu entscheiden, ob er von dem ihm zustehenden Antragsrecht Gebrauch machen und sich den Risiken eines gerichtlichen Verfahrens aussetzen möchte.
- Ein Arbeitgeber kann frei entscheiden, ob er das Zustimmungseretzungsverfahren durchführt, die Angelegenheit anderweitig regelt oder von der Maßnahme Abstand nimmt.

Dr. Andrea Benkendorff

### DIE NEUE ENTGELTORDNUNG ZUM TVÖD-VKA – EIN GRUND ZUM HANDELN, ABER KEIN GRUND ZUR PANIK

Mehr als zehn Jahre nach Inkrafttreten des Tarifvertrages des öffentlichen Dienstes (TVöD) trat mit Wirkung zum 1. Januar 2017 die neue Entgeltordnung zum TVöD in der Fassung der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (TVöD-VKA) endlich in Kraft. Damit erübrigt sich in Zukunft der Blick in die Vergütungsgruppenordnung zum Bundesangestelltentarifvertrag (BAT). Bislang musste diese alte Regelung bei jedem einzelnen Eingruppierungsvorgang immer noch - gemeinsam mit den Überleitungsvorschriften aus dem Tarifvertrag zur Überleitung der Beschäftigten der kommunalen Arbeitgeber in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-VKA) - zu Rate gezogen werden. Die neuen

Regelungen sind zeitgemäßer, aber nicht unbedingt einfacher handhabbar geworden, da die Tarifparteien das grundlegende System der Eingruppierung nach BAT beibehalten haben. Das hat in der Praxis den Vorteil, dass die zum BAT ergangene Rechtsprechung zur Eingruppierung weitestgehend auf die neue Entgeltordnung übertragbar ist und in Zweifelsfragen zu Rate gezogen werden kann.

Für Arbeitgeber ergibt sich aus dem Inkrafttreten der neuen Entgeltordnung Handlungsbedarf: Zwar ist eine komplizierte und zeitaufwändige Neueingruppierung aller Bestandsmitarbeiter nicht notwendig, denn der TVÜ-VKA sieht eine automatische Überführung aller zum 1. Januar 2017 bereits

bestehenden Arbeitsverhältnisse in die neue Entgeltordnung vor. Diese muss der Arbeitgeber nur bei der Berechnung des tariflichen Entgelts des jeweiligen übergeleiteten Beschäftigten berücksichtigen.

Wollen die übergeleiteten Beschäftigten eine sich aus dem neuen Entgeltrecht ergebende Höhergruppierung erreichen, müssen Sie gemäß § 29b TVÜ-VKA bis spätestens 31. Dezember 2017 (tarifliche Ausschlussfrist) einen entsprechenden Antrag an den Arbeitgeber stellen. Solchen Höhergruppierungsanträgen sollte der Arbeitgeber zunächst mit Gelassenheit begegnen: Zunächst sollte der Arbeitgeber prüfen, ob der Antrag überhaupt wirksam gestellt wurde. Zwar stellt § 29b TVÜ-VKA keine formellen und inhaltlichen Anforderungen an die Antragstellung. Jedoch fordert die bisherige Rechtsprechung zur Ausschlussfrist des § 37 TVöD, die wohl auf diesen Fall übertragbar sein dürfte, zur fristgemäßen Geltendmachung von tariflichen Ansprüchen, dass der Anspruch seinem Grunde nach hinreichend deutlich bezeichnet und die Höhe des Anspruchs sowie der Zeitraum, für den er verfolgt wird, mit der für den Anspruchsgegner notwendigen Deutlichkeit ersichtlich gemacht wird (so z. B. Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 18. Februar 2016, Az.: 6 AZR 628/14). Ein Satz wie »Hiermit beantrage ich die Neubewertung meiner Stelle« o.Ä. dürfte diesen Anforderungen an einen ordnungsgemäßen Höhergruppierungsantrag wohl nicht genügen.

Außerdem führen diese Anträge nicht immer sofort zu einer Erhöhung der Gesamtvergütung des Beschäftigten. Die Antragstellung führt nämlich dazu, dass gewisse vergütungsgruppengebundene Funktionszulagen (z. B. Vergütungsgruppenzulage, Meister-, Techniker- und Programmierzulage) ersatzlos entfallen. Es kommt auch zu einer Verringerung der Jahressonderzahlung ab Entgeltgruppe (EG) 8. Schließlich nimmt der Beschäftigte nicht bei jeder Höhergruppierung seine schon in der jeweiligen Stufe zurückgelegte Stufenlaufzeit mit in die höhere EG, sondern es kann u. U. auch zum Neubeginn der Stufenlaufzeit und damit zu einer insgesamt längeren Verweildauer in dieser Stufe kommen. Wegen alledem kann es sein, dass der Beschäftigte nach der Höhergruppierung zumindest vorerst insgesamt

weniger monatliches Entgelt bekommt als bisher. Die Beschäftigten sollten sich also jede Antragstellung gut überlegen, weil der Antrag als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung auch bei diesem verschlechterndem Ergebnis nicht zurückgenommen werden kann.

Wenn im Zuge einer solchen Antragsprüfung oder auch beim Nachvollziehen der automatischen Überleitung Zweifel dahingehend aufkommen, ob der Beschäftigte nicht bereits nach altem Recht zu hoch eingruppiert war, ist an eine korrigierende Rückgruppierung zu denken. Diese war schon bislang nur unter engen Voraussetzungen möglich. Hinzu kommt, dass in der juristischen Fachliteratur derzeit Uneinigkeit darüber besteht, ob eine solche korrigierende Rückgruppierung bei übergeleiteten Beschäftigten überhaupt noch zulässig ist. Wir empfehlen deshalb, vor einer korrigierenden Rückgruppierung Rechtsrat einzuholen.

#### FAZIT

- ▶ Keine Angst vor Höhergruppierungsanträgen: Zum einen ist nicht jedes Begehren des Beschäftigten als ordnungsgemäßer Antrag anzusehen, zum anderen führt auch nicht jeder ordnungsgemäße Antrag für den Arbeitgeber zu höheren Personalkosten. Außerdem gibt es keine Bearbeitungsfristen für den Antrag. Allerdings entfalten Vergütungsänderungen aufgrund dieses Antrags immer rückwirkend zum 1. Januar 2017 Wirkung.
- ▶ Weiterer Handlungsbedarf für den Arbeitgeber kann sich daraus ergeben, dass Stellen- und Arbeitsplatzbeschreibungen an die u. U. veränderten Tätigkeitsmerkmale der neuen Entgeltordnung angepasst werden müssen. Maßstab hierfür ist nunmehr § 12 TVöD-VKA.
- ▶ Bei Neueinstellungen und auch bei tatsächlichen Änderungen der auszuübenden Tätigkeit ist außerdem eine Eingruppierung nach dem neuen Recht der §§ 12, 13 TVöD-VKA vorzunehmen.
- ▶ Ergibt sich die Notwendigkeit einer korrigierenden Rückgruppierung bei übergeleiteten Beschäftigten, empfehlen wir die vorherige Einholung von Rechtsrat.

Daniela Guhl und Dr. Tina Lorenz

## EUROPÄISCHER GERICHTSHOF BESTÄTIGT DYNAMISCHE WIRKUNG VON BEZUGNAHMEKLAUSELN BEIM BETRIEBSÜBERGANG

In den letzten Battke-Briefen hatten wir berichtet, dass aktuell vor den deutschen Arbeitsgerichten eine heftig umstrittene Frage diskutiert wird. Verlieren Klauseln in Arbeitsverträgen, die auf Tarifverträge oder kirchliche Arbeitsvertragsrichtlinien in der jeweils geltenden Fassung verweisen, im Falle eines Betriebsüberganges auf einen nichttarifgebundenen bzw. nicht den Arbeitsvertragsrichtlinien unterfallenden Arbeitgeber ihre dynamische Wirkung; d. h. sind der Tarifvertrag oder die Arbeitsvertragsrichtlinie nicht mehr in ihrer jeweiligen Fassung anzuwenden, sondern nur noch die Fassung, die zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges galt? Ausgangspunkt der Diskussion war eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs aus dem Jahr 2013 zum englischen Recht. Die Entscheidung brach mit der bis dahin vom Bundesarbeitsgericht verfolgten Linie. Das Bundesarbeitsgericht legte daher im Jahr 2015 dem Europäischen Gerichtshof die Frage vor, ob die dynamische Weitergeltung einer Bezugnahme Klausel, die sich aus deutschem Recht ergebe, mit Europarecht vereinbar sei. Der Europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 27. April 2017 (Az.: C 680/15, C 681/15) nunmehr entschieden. Er legt dabei eine Kehrtwende im Vergleich zu der Entscheidung aus dem Jahr 2013 hin. Der Europäische Gerichtshof erkennt in seinem Urteil, dass eine in einer Bezugnahme Klausel vereinbarte Dynamik nach dem Betriebsübergang weiter dynamisch bleibe, wenn das jeweils nationale Recht sowohl eine einvernehmliche als auch eine einseitige Anpassungs-

möglichkeit der Bezugnahme Klausel vorsehe. Dies ist nach deutschem Recht im Wege der Änderungskündigung oder einer einvernehmlichen Vertragsänderung möglich. Der Europäische Gerichtshof hat damit die in Deutschland heiß geführte Diskussion zu einen vorläufigen Endpunkt gebracht. Festzuhalten ist, dass im Falle eines Betriebsüberganges die in Arbeitsverträgen vereinbarten Bezugnahme Klauseln auf Tarifverträge oder Arbeitsvertragsrichtlinien in der jeweils geltenden Fassung auch nach dem Betriebsübergang zu beachten sind, das heißt die jeweils geltende Fassung des Tarifvertrages bzw. der Arbeitsvertragsrichtlinie anzuwenden sind.

#### FAZIT

- ▶ In Arbeitsverträgen vereinbarte Bezugnahme Klauseln auf Tarifverträge oder Arbeitsvertragsrichtlinien in ihrer jeweils geltenden Fassung behalten auch nach einem Betriebsübergang ihre dynamische Wirkung, das heißt die in Bezug genommenen Tarifverträge oder Arbeitsvertragsrichtlinien sind auch nach einem Betriebsübergang in ihrer jeweils geltenden Fassung anzuwenden. Künftige Verbesserungen der Arbeitsbedingungen, bspw. eine Erhöhung der Tariflöhne wirken sich voll aus.
- ▶ Die in Deutschland geführte Diskussion um die statische oder dynamische Wirkung von Bezugnahme Klausel im Falle eines Betriebsüberganges ist vorläufig beendet.

Karsten Matthieß

## BUNDESGERICHTSHOF ENTSCHEIDET ZUM KUSSMUND

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 27. April 2017 (Az.: I ZR 247/15) darüber entschieden, ob urheberrechtlich geschützte Werke an öffentlichen Plätzen auch dann fotografiert, gefilmt und ins Internet gestellt werden dürfen, wenn sie nicht ortsgebunden sind.

AIDA Cruises, Anbieter von verschiedenen Kreuzfahrten, hatte gegen einen Veranstalter geklagt, der eine Fotografie des »AIDA Kussmund«, welcher auf den Kreuzfahrtschiffen jeweils zu sehen ist, für

das Angebot eigener (Reise-)Dienstleistungen verwendet hatte, ohne sich eine Zustimmung dafür einzuholen. Der Bundgerichtshof gab dem Veranstalter Recht und sah die Verwendung des AIDA Kussmunds von der sogenannten Panoramafreiheit gedeckt. Nach § 59 UrhG ist es zulässig, urheberrechtlich geschützte Werke, die sich bleibend an öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen befinden, mit Mitteln der Malerei oder Grafik durch Lichtbild

oder durch Film zu vervielfältigen, zu verbreiten oder öffentlich wiederzugeben (z.B. ins Internet zu stellen). Ein Werk befindet sich dabei an öffentlichen Plätzen, wenn dieses von Orten, die unter freiem Himmel liegen und für jedermann freizugänglich sind, wahrgenommen werden kann.

Anders als dies der Wortlaut der o.g. Vorschrift vermuten lässt, stellte der Bundesgerichtshof nun fest, dass es unerheblich sei, ob das Werk für immer ortsfest sei oder sich nacheinander an verschiedenen öffentlichen Orten für eine gewisse Zeit befinde. Entscheidend sei, dass das fotografierte bzw. verwendete Werk aus Sicht des Publikums für eine gewisse Dauer an öffentlichen Orten anzutreffen sei. Bei einem Kreuzfahrtschiff ist davon auszugehen, dass dies jeweils eine gewisse Zeit in Häfen liege, sodass das Motiv von Dritten von frei zugäng-

lichen Orten auch wahrgenommen werden kann.

#### FAZIT

- ▶ Die Panoramafreiheit, mit der das Fotografieren auch ohne die Einwilligung des Urhebers möglich ist, gilt auch für nicht ortsfeste Objekte. Die Entscheidung lässt sich nicht nur auf Schiffe beziehen. Vielmehr deutet der Bundesgerichtshof an, dass dies auch für Werbung auf Bussen oder Straßenbahnen gelten kann, soweit diese sich im öffentlichen Raum bewegen.
- ▶ Rechtsinhaber an urheberrechtlich geschützten Werken wie Logos, Siegel oder sonstigen Werken sollten daher erwägen, das Logo auch markenrechtlich abzusichern, um gegen Verwendungen durch Dritte geschützt zu sein bzw. vorgehen zu können.

Dr. Daniel Schöneich

### STÖRERHAFTUNG FÜR ADWORDS-KAMPAGNE

Sobald der Inserent einer Google AdWords-Kampagne Kenntnis darüber erlangt hat, dass seine Annonce fremde Markenrechte verletzt, ist er verpflichtet aktiv zu werden und die Rechtsverletzung zu beseitigen. Geht er dem nicht nach, ist er nach einem Urteil des Oberlandesgerichts Schleswig vom 22. März 2017 (Az.: 6 U 29/15) für die Rechtsverletzung verantwortlich.

Im vorliegenden Fall hatte der Kläger Rechte an der geschäftlichen Bezeichnung »Wheel Clean Tec«. Die Parteien sind jeweils in der gleichen Branche tätig. Aufgrund einer AdWords-Kampagne der Beklagten erschien bei der Eingabe des Begriffs »Wheel Clean Tec« im Suchfeld der Webseite Google eine Anzeige der Beklagten mit der Überschrift »Anzeige zu Wheel Clean Tec«. Folglich wies der Kläger die Beklagten darauf hin und nahm diese gerichtlich auf Unterlassung in Anspruch.

Das Oberlandesgericht Schleswig gab dem Kläger Recht und verurteilte die Beklagten zur Abgabe einer Unterlassungserklärung nach §§ 5 Abs. 2, 15 Abs. 4 und Abs. 2 MarkenG. Die Beklagten haben die geschäftliche Bezeichnung des Klägers unbefugt in einer Weise benutzt, die zu Verwechslung führen könnte. Denn bei Eingabe der Bezeichnung »Wheel Clean Tec« ist nicht die Anzeige des Klägers, sondern eine solche der Beklagten erschienen. Die Beklagten haben damit das Unternehmenskennzeichen des Klägers als Werbung

für sich benutzt. Es werde somit bei den durchschnittlichen Internetnutzer der Eindruck erweckt, dass die Anzeige eine solche des Klägers sei.

Nach dem Oberlandesgericht Schleswig sei es zudem unerheblich, ob die Überschrift von den Beklagten oder von Google erstellt wurde, oder ob die Beklagten bei der Konfiguration der Suchkriterien die Funktion »weitestgehend passend« ausgesucht haben. Die Beklagten haften jedenfalls als Störer, da sie nach Kenntnisnahme, dass bei Eingabe des Suchbegriffs »Wheel Clean Tec« ihre Anzeige erschienen ist, nicht eingeschritten sind.

#### FAZIT

- ▶ Nachdem für eingetragene Marken bereits seit längerer Zeit klar ist, dass eine AdWords-Anzeige fremde Marken verletzen kann, wenn die Anzeige die Markenbezeichnung Dritter verwendet, bestätigt das Oberlandesgericht Schleswig dies auch für Unternehmenskennzeichen.
- ▶ Der Inhaber der geschützten Unternehmensbezeichnung kann den Inserenten einer AdWords-Kampagne auf Unterlassung in Anspruch nehmen, wenn dieser nicht für die Einblendung seiner Anzeige verantwortlich ist, hiervon aber wusste.

Xenia Urbanczyk

### KÜNDIGUNG EINES HEIMVERTRAGES KANN AUCH OHNE VERSCHULDEN DES BEWOHNER'S GERECHTFERTIGT SEIN

Das beharrliche Rauchen trotz Rauchverbots kann ein wichtiger Grund nach § 12 Abs. 1 S.3 Nr.3 WBG für die Kündigung eines Wohn- und Betreuungsvertrags sein. Voraussetzung für eine Kündigung nach dieser Vorschrift ist, dass der Bewohner seine vertraglichen Pflichten schuldhaft so groblich verletzt, dass dem Einrichtungsträger die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zugemutet werden kann.

Der Bewohner, dem im Fall der Entscheidung des Landgerichts Münster vom 12. Dezember 2016 (Az.: 02 O 114/16) gekündigt wurde, war starker Raucher. Er rauchte trotz entsprechenden Verbots in seinem Zimmer im Altenwohnheim und entsorgte wiederholt Zigarettenkippen im Papierkorb. Dadurch war bereits ein Schwelbrand mit Feueralarm ausgelöst worden. Trotz Mahnung und vorheriger Androhung der Kündigung änderte der Bewohner sein Verhalten nicht und der Einrichtungsträger kündigte den Heimvertrag.

Im Verfahren war streitig, ob der Bewohner schuldhaftig war. Hingewiesen wurde auf eine schlaganfallbedingte Demenz bzw. psychische Erkrankung infolge des Schlaganfalles. Das Landgericht ging von einer Schuldlosigkeit des Bewohners aus, hielt in den Entscheidungsgründen jedoch auch fest, dass es im Ergebnis auf die Schuldlosigkeit des Bewohners nicht ankomme. Bei der festgestellten Schwere und Häufigkeit der Verstöße dürfe eine Kündigung auch bei unterstellter Schuldlosigkeit des Bewohners im Hinblick auf die streitgegenständlichen Verstöße gegen das Rauchverbot gerechtfertigt sein. Auch soweit der Bewohner nicht schuldhaft handele, weil er sein Verhalten infolge einer Krankheit nicht steuern könne,

könne eine Kündigung gerechtfertigt sein, wenn aufgrund einer gewissenhaften Abwägung der Interessen des Einrichtungsträgers und der anderen Bewohner mit den Interessen des sich vertragswidrig verhaltenden Bewohners dem Interesse des Einrichtungsträgers an einer Vertragsbeendigung der Vorrang einzuräumen sei. Die Interessen des Einrichtungsträgers und der anderen Bewohner hätten hier Vorrang vor den Interessen des Bewohners. Die mit seinem Verhalten verbundene Brandgefahr bedeute für die anderen Bewohner eine Gefahr für Leib und Leben, die nicht hinnehmbar sei. Unter Berücksichtigung der hohen Risiken, die mit dem Rauchverhalten des Bewohners verbunden seien, könne dem Einrichtungsträger ein Festhalten an dem Vertrag nicht zugemutet werden. Gerade aus der grundrechtlichen Verpflichtung des Einrichtungsträgers gegenüber den anderen Heimbewohnern und der mit dem Rauchverhalten des gekündigten Bewohners verbundenen Gefahr für Leib und Leben der anderen Bewohner müssten die Interessen des gekündigten Bewohners zurückstehen.

#### FAZIT

- ▶ Bei bestimmter Schwere und Häufigkeit von Verstößen gegen die vertraglichen Pflichten – hier gegen das Rauchverbot – kann eine Kündigung auch bei unterstellter Schuldlosigkeit eines Bewohners gerechtfertigt sein, wenn eine Interessenabwägung ergibt, dass den Interessen des Einrichtungsträgers und der anderen Bewohner der Vorrang vor den Interessen des sich vertragswidrig verhaltenden Bewohners einzuräumen ist.

Sebastian Stücker, M.Mel.

### KRANKENHAUS HAFTET BEI FENSTERSTURZ EINER DEMENTEN PATIENTIN

»Mit der stationären Aufnahme einer Patientin übernimmt die Klinik auch eine Obhut- und Schutzpflicht, um die Patientin vor zumutbaren Gefahren und Schäden zu schützen. Besteht bei einem Patienten eine Hin- und Weglauftendenz, kann eine Sicherung der Fenster geboten sein.« Diese Leitsätze hat das Oberlandesge-

richt Hamm seinem inzwischen rechtskräftigen Urteil vom 17. Januar 2017 (Az.: 26 U 30/16) vorangestellt.

Die demente Patientin wurde wegen eines Schwächeanfalls mit mehrfachem Übergeben in das Krankenhaus eingewiesen. Sie war seit dem Aufnahmetag sehr aggressiv, sehr unruhig, verwirrt

und desorientiert, zeigte Hin- und Weglauftendenzen und wollte die Station verlassen. Die Gabe von Medikamenten führte nicht zu einer hinreichenden Beruhigung. Um die Patientin am Weglaufen zu hindern, verstellten die diensthabenden Krankenschwestern die sich nach innen öffnende Tür des Krankenzimmers von außen mit einem Krankenbett. Nachts kletterte die Patientin unbemerkt aus dem Zimmerfenster, stürzte auf ein mehrere Meter tiefer liegendes Vordach und erlitt erhebliche Verletzungen (Hämatopneumothorax, Rippenserienfraktur, Lendenwirbelkörper 1-Fraktur, instabile Beckenringfraktur, Oberschenkelfraktur).

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Oberlandesgericht Hamm fest, dass es das Krankenhaus unter Verstoß gegen die Pflichten aus dem Behandlungsvertrag und unter Verstoß gegen die obliegende Verkehrssicherungspflicht unterlassen hat, notwendige Vorkehrungen gegen ein Heraussteigen aus dem Krankenzimmer zu treffen. Die Behandlerseite übernimmt, so das Oberlandesgericht Hamm in den Entscheidungsgründen, mit der stationären Aufnahme eines Patienten nicht nur die Aufgabe der dem medizinischen Standard entsprechenden ärztlichen Behandlung, sondern auch Obhuts- und Schutzpflichten dergestalt, den Patienten im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren vor Schäden und Gefahren zu schützen, wenn sein körper-

licher oder geistiger Zustand dies gebietet. Maßgebend sei, ob im Einzelfall wegen der Verfassung des Patienten aus der Sicht ex ante ernsthaft damit gerechnet werden musste, dass er sich ohne Sicherungsmaßnahmen selbst schädigen könnte.

Im vorliegenden Fall hätten die getroffenen Maßnahmen nicht ausgereicht. Es habe zahlreiche Hinweise auf Aggressivität, völlige Desorientierung, unerwartete Handlungen, wie das Umwerfen des Nachttisches und das Entkleiden, insbesondere aber Hin- und Weglauftendenzen gegeben. Effektive Sicherungsmaßnahmen wären möglich und zumutbar gewesen (Entfernen von Tisch und Stuhl damit Hingelangen zum Fenster erschwert wäre, Blockieren durch Verriegeln des Fensters, Anbringen von verschließbaren Fenstergriffen). Ansonsten hätte die Patientin auf eine geschlossene geriatrische Station oder in eine ebenerdig gelegene Abteilung verlegt werden müssen.

#### FAZIT

- ▶ Die Behandlerseite hat Obhuts- und Schutzpflichten und muss Patienten im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren vor Schäden und Gefahren schützen.
- ▶ Maßgebend ist, ob im Einzelfall wegen der Verfassung des Patienten aus früherer Sicht im Voraus ernsthaft damit gerechnet werden musste, dass er sich ohne Sicherungsmaßnahmen selbst schädigen könnte.

Sebastian Stücker, M.Mel.

## DUNKLE WOLKEN ÜBER DER VERGABE VON PLANUNGSLEISTUNGEN

Die Beauftragung von Architekten und Ingenieuren unterfällt grundsätzlich den Bestimmungen des Vergaberechts. Öffentliche Auftraggeber, die Leistungen, die von der HOAI erfasst werden, vergeben wollen, sind verpflichtet, die Bestimmungen der Vergabeverordnung bzw. der Sektorenverordnung (SektVO) zu beachten. Dabei finden sich in den §§ 73 ff. VgV Regelungen, die zusätzlich zu den übrigen Bestimmungen, ausschließlich für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen gelten. Voraussetzung für die Verpflichtung zur Anwendung der Vergabeverordnung ist jedoch, dass der jeweils einschlägige Schwellenwert überschritten wird. Dieser beträgt derzeit für die Vergabe von Planungsleistungen durch öffentliche Auftraggeber EUR 209.000,00 (netto) und für die Vergabe von Planungsleistungen durch sogenannte Sektorenauftraggeber (u. a. Wasser, Elektrizität, Gas, Wärme und Verkehrsleistungen) EUR 418.000,00 (netto).

Die Vorgaben zur Schätzung des voraussichtlichen Auftragswertes finden sich in § 3 VgV bzw. in § 2 SektVO. Regelmäßig erfolgt die Vergabe von Planungsleistungen getrennt nach den Leistungsbildern der HOAI. So werden Leistungen in Bezug auf die Objektplanung, die Tragwerksplanung oder die Pla-

nung der technischen Gebäudeausrüstung getrennt ausgeschrieben und vergeben. Für die Schätzung des Auftragswertes ist mithin entscheidend, ob der Wert der einzelnen Leistungen zu addieren ist oder ob die einzelnen Planungsleistungen separat betrachtet werden können. Mit dieser für die Praxis ausgesprochen relevanten Thematik hat sich erstmals nach Inkrafttreten der Vergaberechtsreform das Oberlandesgericht München in seiner Entscheidung vom 13. März 2017 (Az.: Verg 15/16) befasst. In dem zu entscheidenden Sachverhalt beabsichtigt der Auftraggeber, der im Bereich Strom-, Erdgas-, Trinkwasser- und Wärmeversorgung tätig ist, ein Verwaltungsgebäude für seine Mitarbeiter zu planen und zu errichten. Ausgeschrieben waren vorliegend die Tragwerksplanungen mit einem geschätzten Auftragswert von ca. EUR 385.380,00 (netto). Der für Sektorenauftraggeber maßgebliche Schwellenwert von EUR 418.000,00 (netto) war für die Tragwerksplanung mithin nicht erreicht.

In seiner Entscheidung hatte sich das Oberlandesgericht München mit der Frage zu befassen, ob der Rechtsweg zu den Nachprüfungsinstanzen überhaupt beschritten werden kann. Voraussetzung hierfür ist, dass die Schwellenwerte für europaweite Ausschreibungsverfahren überschritten werden. Im Zentrum der rechtlichen Bewertung stand mithin die Frage, ob zu dem geschätzten Auftragswert für die Tragwerksplanung auch die weiteren Leistungen der Objektplanung und der technischen Gebäudeausrüstung, die noch nicht ausgeschrieben waren, zu addieren sind. Die hierfür maßgebliche Bestimmung findet sich in § 3 Abs. 7 Satz 1 VgV respektive in dem wortgleichen § 2 Abs. 7 SektVO. Demnach ist in den Fällen, in denen die vorgesehene Erbringung einer Dienstleistung zu einem Auftrag führt, der in mehreren Losen vergeben wird, der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen. Dies gilt bei Planungsleistungen jedoch nur für Lose über gleichartige Leistungen. Vergleichbare Regelungen fanden sich bereits in den einschlägigen vergaberechtlichen Bestimmungen vor Inkrafttreten der Vergaberechtsreform.

Für die Beurteilung, ob Planungsleistungen »gleichartig« im Sinne des § 2 Abs. 7 SektVO/§ 3 Abs. 7 VgV sind, wurde in der Vergangenheit Rückgriff auf die Leistungsbilder der HOAI genommen. Nach der HOAI sind Planungsleistungen der Objektplanung, der Tragwerksplanung und der Planung der technischen Gebäudeausrüstung unterschiedlichen Leistungsbildern zugeordnet. Demnach sind die jeweiligen Planungsleistungen als »nicht gleichartig« zu qualifizieren. Dies hat zur Folge, dass eine Addition der jeweiligen Auftragswerte unterbleibt. Beabsichtigt demnach ein Auftraggeber die Vergabe von Leistungen der Objektplanung mit einem geschätzten Auftragswert von EUR 200.000,00 (netto), der Tragwerksplanung mit einem geschätzten Auftragswert von EUR 200.000,00 (netto) und der Planung der technischen Gebäudeausrüstung mit einem Auftragswert von EUR 200.000,00 (netto) bestünde keine Verpflichtung zur Durchführung eines europaweiten Ausschreibungsverfahrens, obwohl der Gesamtwert aller Planungsleistungen mit EUR 600.000,00 (netto) den Schwellenwert überschreiten würde. Maßgeblich wäre jedoch allein der jeweils isoliert zu betrachtende Auftragswert für die einzelnen Planungsleistungen.

Ob diese Anwendung der Bestimmungen über die (Nicht-)Addition der Planungsleistungen auch nach dem Inkrafttreten der Vergaberechtsreform aufrecht erhalten werden kann, wird von dem Oberlandesgericht München in dem Beschluss vom 13. März 2017 mit beachtlichen Argumenten in Zweifel gezogen. So verweist das Oberlandesgericht München nicht nur darauf, dass in den einschlägigen Vergaberichtlinien das Merkmal der »Gleichartigkeit« nur für Aufträge über den Erwerb von Waren vorgesehen ist, nicht jedoch für die Vergabe von Dienstleistungen. Auch hat der Europäische Gerichtshof bereits in seiner Entscheidung vom 15. März 2012 für die Vergabe von Architektenleistungen eine funktionale Betrachtungsweise gefordert. Demnach liegt nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofes ein einheitlicher Auftrag immer dann vor, wenn dieser in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und eine funktionelle Kontinuität aufweise. Letztlich hat auch die Europäische Kommission in einem zwischenzeitlich allerdings eingestellten Vertragsverletzungsverfahren die Auffassung vertreten, dass Leistungen der Objektplanung, Tragwerksplanung und Planung der technischen Gebäudeausrüstung für die Sanierung eines öffentlichen Freibades gleichartige Leistungen

der HOAI sind Planungsleistungen der Objektplanung, der Tragwerksplanung und der Planung der technischen Gebäudeausrüstung unterschiedlichen Leistungsbildern zugeordnet. Demnach sind die jeweiligen Planungsleistungen als »nicht gleichartig« zu qualifizieren. Dies hat zur Folge, dass eine Addition der jeweiligen Auftragswerte unterbleibt. Beabsichtigt demnach ein Auftraggeber die Vergabe von Leistungen der Objektplanung mit einem geschätzten Auftragswert von EUR 200.000,00 (netto), der Tragwerksplanung mit einem geschätzten Auftragswert von EUR 200.000,00 (netto) und der Planung der technischen Gebäudeausrüstung mit einem Auftragswert von EUR 200.000,00 (netto) bestünde keine Verpflichtung zur Durchführung eines europaweiten Ausschreibungsverfahrens, obwohl der Gesamtwert aller Planungsleistungen mit EUR 600.000,00 (netto) den Schwellenwert überschreiten würde. Maßgeblich wäre jedoch allein der jeweils isoliert zu betrachtende Auftragswert für die einzelnen Planungsleistungen.

Ob diese Anwendung der Bestimmungen über die (Nicht-)Addition der Planungsleistungen auch nach dem Inkrafttreten der Vergaberechtsreform aufrecht erhalten werden kann, wird von dem Oberlandesgericht München in dem Beschluss vom 13. März 2017 mit beachtlichen Argumenten in Zweifel gezogen. So verweist das Oberlandesgericht München nicht nur darauf, dass in den einschlägigen Vergaberichtlinien das Merkmal der »Gleichartigkeit« nur für Aufträge über den Erwerb von Waren vorgesehen ist, nicht jedoch für die Vergabe von Dienstleistungen. Auch hat der Europäische Gerichtshof bereits in seiner Entscheidung vom 15. März 2012 für die Vergabe von Architektenleistungen eine funktionale Betrachtungsweise gefordert. Demnach liegt nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofes ein einheitlicher Auftrag immer dann vor, wenn dieser in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und eine funktionelle Kontinuität aufweise. Letztlich hat auch die Europäische Kommission in einem zwischenzeitlich allerdings eingestellten Vertragsverletzungsverfahren die Auffassung vertreten, dass Leistungen der Objektplanung, Tragwerksplanung und Planung der technischen Gebäudeausrüstung für die Sanierung eines öffentlichen Freibades gleichartige Leistungen

betreffen und daher eine Addition der jeweiligen Auftragswerte angezeigt sei. Die Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens erfolgte dabei nicht aufgrund einer geänderten Rechtsauffassung der Europäischen Kommission, sondern weil aufgrund des Vollzuges der Planungsleistungen zwischenzeitlich Erledigung eingetreten ist.

Letztlich hat das Oberlandesgericht München in der Entscheidung vom 13. März 2017 die Frage nach der Bedeutung der »Gleichartigkeit« jedoch dahingestellt sein lassen. Nach dem zu entscheidenden Sachverhalt hatte der Auftraggeber in der Bekanntmachung selbst ausgeführt, dass die »Planungsdisziplin der Tragwerksplanung, der technischen Ausrüstung, der thermischen Bauphysik und nicht zuletzt der Objektplanung lückenlos aufeinander abgestimmt und optimiert werden müssen. Sie bilden eine Einheit ohne Schnittstellen«. Mit diesen – der Sache nach zutreffenden – Ausführungen hat der Auftraggeber jedoch selbst dokumentiert, dass er von einer funktionalen, wirtschaftlichen und technischen Einheit sämtlicher

Planungsleistungen ausgeht. In diesem Fall ist es dem Auftraggeber jedoch verwehrt, sich darauf zu berufen, es handele sich bei den betroffenen Planungsleistungen um nicht gleichartige Leistungen.

#### FAZIT

- ▶ Für die rechtssichere Gestaltung eines Ausschreibungsverfahrens empfiehlt es sich, die Auftragswerte bei Planungsleistungen, auch wenn sie unterschiedliche Leistungsbilder nach der HOAI betreffen, zu addieren.
- ▶ Werden EU-Fördergelder für das Projekt in Anspruch genommen, fordert die Zuwendungsstelle regelmäßig eine Addition der Auftragswerte der jeweiligen Planungsleistungen
- ▶ Kommentiert der Auftraggeber, dass er selbst von einer funktionalen, wirtschaftlichen und technischen Einheit der Planungsleistungen ausgeht, ist die Addition der jeweiligen Auftragswerte angezeigt.

Dr. Ludger Meuten

## BATCKE GRÜNBERG GOES INTERNATIONAL

Battke Grünberg hat unter Leitung von Dr. Ekkehard Nolting als Partner und Dr. Daniel Schöneich eine Abteilung internationale Beziehungen gebildet. Ziel ist es, das internationale Netzwerk zu ausländischen Partneranwälten auszubauen und vor allem durch regelmäßige Kontakte und gemeinsame Veranstaltungen zu pflegen. Dadurch soll den Mandanten von Battke Grünberg ein Netzwerk von geeigneten Rechtsanwälten in Zielländern ihrer Investitionen oder sonstigen geschäftlichen Aktivitäten geboten werden. Der Abteilung gehören derzeit an:

Frau Rechtsanwältin Daniela Guhl nahm wegen ihrer Affinität zur englischen Sprache während des Studiums am Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot teil. Bei diesem internationalen Wettbewerb treten jährlich Studenten von mehr als 250 Universitäten im Rahmen eines simulierten Schiedsverfahrens im Bereich des UN-Kaufrechts gegeneinander an. Ihre Begeisterung über

diesen Austausch mit Juristen aus aller Welt führte sie zu einem Semester an der Katholischen Universität Leuven in Belgien. Seit 2015 betreut Frau Guhl international agierende Mandanten im deutschen Arbeitsrecht und wird gemeinsam mit Rechtsanwalt Dr. Nolting die Kooperation insbesondere mit Kollegen aus der Tschechischen Republik ausbauen.

Frau Rechtsanwältin Juliane Pethke ist schwerpunktmäßig für die Beziehungen zu Frankreich und dem französischsprachigen Ausland zuständig. Sie verfügt aufgrund eines Au-Pair-Aufenthaltes direkt nach ihrem Abitur bereits seit Jahren über starke persönliche Beziehungen nach Frankreich. Ihre Freude an Sprache und Kultur dieses Landes führte sie auch während ihres Studiums und ihres Referendariats für einige Monate nach Frankreich, um das französische Rechtssystem kennen zu lernen. Sie ist Mitglied der Deutsch-Französischen Juristenvereinigung.

Frau Rechtsanwältin Xenia Urbanczyk ist bereits für die Betreuung von polnischen Mandanten in unserer Kanzlei zuständig. Ihre Kindheit und Jugend hat sie teilweise in Polen verbracht, sodass ihr die Sprache und die kulturellen Gepflogenheiten unserer Nachbarn bestens vertraut sind. Zusammen mit Frau Rechtsanwältin Frau Dr. Lorenz ist sie bestrebt, die polnischen Kontakte auszubauen und zu festigen.

Rechtsanwältin Dr. Tina Lorenz hat bereits im Studium einen Schwerpunkt auf internationales Recht und Rechtsvergleichung gelegt und im Jahr 2010 im internationalen Kaufrecht promoviert. Sie pflegte in diesem Zusammenhang Kontakt mit Mitgliedern der Study Group on a European Civil Code, die an Entwürfen für ein gemeinsames Europäisches Zivilgesetzbuch arbeitete und 2008 unter anderem Grundregeln für ein Europäisches Kaufrecht (Principles of European Law: Sales) veröffentlichte. Dr. Lorenz hat neben langjährigen persönlichen Kontakten nach Polen und Ungarn starke persönliche Beziehungen nach Südamerika, insbesondere nach Kolumbien, und fühlt sich deshalb sowohl in der spanischen Sprache als auch in der Kultur dieses Kontinents zu Hause. Sie wird neben den Verbindungen nach Polen auch ihre Verbindungen nach Spanien und Südamerika ausbauen.

Rechtsanwalt Dr. Daniel Schöneich obliegt das China-Geschäft. Er hat bereits mehrfach an Rechts-

anwaltsaustauschprogrammen mit chinesischen Kollegen teilgenommen, so z.B. als Vertreter der deutschen Delegation der Bundesrechtsanwaltskammer bei einer mehrtägigen Reise nach Kunming in China. Auch hat er in China zu Themen des Rechts des Geistigen Eigentums referiert. Herr Dr. Schöneich arbeitet eng mit zwei chinesischen Kooperationskanzleien in Hangzhou und Peking zusammen, sodass für Mandanten die kurzfristige Sicherung von Schutzrechten in China bzw. Asien realisiert werden kann.

Der Partner Dr. Ekkehard Nolting war vor seiner Anwaltsstätigkeit von 1986 bis 1988 Mitarbeiter am Lehrstuhl für Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität zu Köln und kam dort unter dem damaligen Lehrstuhlinhaber Prof. Karl-Heinz Böckstiegel mit der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in Kontakt. Er ist seit vielen Jahre Mitglied der internationalen Anwaltsvereinigung Union Internationale des Avocats, in der er bis 2016 auch Mitglied des deutschen Komitees war, und verfügt so über zahlreiche Kontakte zu Anwälten im Ausland rund um die Welt. Ferner ist er Mitglied in der Arbeitsgemeinschaft für internationales Wirtschaftsrecht im Deutschen Anwaltsverein. Er betreut schwerpunktmäßig den Kontakt zu einer größeren Anwaltskanzlei in Prag (Tschechien) und koordiniert gemeinsam mit Dr. Schöneich die Aktivitäten der Abteilung INTERNATIONALES.

## WEITERE VERSTÄRKUNG FÜR BATTKE GRÜNBERG INSBESONDERE FÜR DIE BETREUUNG INTERNATIONALER MANDATE

Wir freuen uns, Rechtsanwältin Xenia Urbanczyk, Rechtsanwalt Jan-Mathias Pfleging und Rechtsanwältin Juliane Pethke in unserem Team willkommen zu heißen.

Frau Xenia Urbanczyk wurde 1987 in Frankfurt (Oder), Brandenburg geboren. Als Kind zog sie mit ihren Eltern nach Polen und besuchte dort erst die Grundschule und dann das Gymnasium. Mit 16 Jahren kehrte sie nach Deutschland zurück. Nach ihrem Abitur zog es Frau Urbanczyk nach Leipzig, wo sie 2008 das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Leipzig begann. Währenddessen beschäftigte sie



Xenia Urbanczyk

sich schwerpunktmäßig mit dem Medien- und Urheberrecht. Das anschließende Referendariat absolvierte Frau Urbanczyk am Oberlandesgericht Dresden, welches sie Ende 2015 mit dem zweiten Staatsexamen abschloss. Auch in dieser Zeit verfolgte sie einen urheberrechtlichen Schwerpunkt. Ihre 3-monatige Wahlstation verbrachte sie bei dem Berliner Verlag. Seit Mitte Juni 2016 verstärkt Frau Urbanczyk unser Team im Bereich des allgemeinen Zivilrechts sowie im gewerblichen Rechtsschutz, Marken- und Urheberrecht. Frau Urbanczyk spricht neben Deutsch auch Polnisch als ihre Muttersprache sowie Englisch. Sie pflegt die Beziehungen zu polnischen Kollegen und bearbeitet alle Mandate im deutsch-polnischen Rechtsverkehr.



Jan-Mathias Pfleging

Herr Jan-Mathias Pfleging studierte Rechtswissenschaften an der Universität Mannheim mit arbeitsrechtlichem Schwerpunkt. Er absolvierte nach dem ersten Staatsexamen das Referendariat in Koblenz mit ebenfalls arbeitsrechtlichem Schwerpunkt und Aufenthalt an der Universität für Verwaltungswissenschaften in Speyer sowie im Arbeitsrechtsteam einer großen mittelständischen Kanzlei in Frankfurt am Main. Herr Pfleging treibt seit seiner Kindheit sehr

### WIR GRATULIEREN FRAU SCHILLER ZUM FACHANWALTSTITEL

Frau Rechtsanwältin Cathleen Schiller wurde mit Urkunde vom 29. März 2017 durch die Rechtsanwaltskammer Sachsen der Titel als Fachanwältin Arbeitsrecht verliehen. Ihre besonderen Rechtskenntnisse im Fachgebiet Arbeitsrecht hat Frau Schiller zuvor in mehreren Klausuren sowie durch eine ganze Reihe

gerne Sport, spielte lange Jahre aktiv Fußball und engagierte sich dabei auch in der Kinder- und Jugendförderung. Seit dem 1. September 2016 verstärkt er unser Team in den Bereichen Arbeitsrecht sowie Verwaltungs- und Vergaberecht.



Juliane Pethke

Frau Juliane Pethke wurde in Dresden geboren (Jahrgang 1988). Nach einem einjährigen Aufenthalt in Frankreich studierte sie Rechtswissenschaften in Greifswald. Ihr Referendariat absolvierte sie anschließend in Niedersachsen an den Landgerichten Verden und Hannover. Während des Studiums und Referendariats zog es sie erneut für jeweils einige Monate nach Frankreich, um neben Land und Leuten auch das französische Rechtssystem besser kennen zu lernen. Im Oktober 2016 kehrte sie in ihre Heimat zurück und verstärkt seither das das Zivil- und Gesellschaftsrechtsteam bei Battke Grünberg. Frau Pethke spricht verhandlungssicher Französisch.

Frau Pethke ist Mitglied der Deutsch-Französischen Juristenvereinigung und ist in unserer internationalen Abteilung für die Kooperation mit französischen Partnern und die Betreuung von Mandanten mit Bezug zum französischen Sprachraum zuständig.

praktischer Fälle nachgewiesen. Im Arbeitsrechtsteam von Battke Grünberg finden sich nun insgesamt fünf Fachanwälte, nämlich neben Frau Cathleen Schiller unsere beiden Partner Frau Dr. Andrea Benkendorff und Herr Frank Martin Thomsen, sowie Frau Dr. Tina Lorenz und Herr Karsten Mattheiß.

## VORTRAGSVERANSTALTUNGEN

### I. FRÜHSTÜCKE

#### Gesellschaftsrechtsfrühstück 2017

Das Gesellschaftsrechtsfrühstück der Battke Grünberg Rechtsanwälte PartGmbH findet

- ▶ am 1. September 2017, 8:30 Uhr bis 12:00 Uhr
- ▶ im Hotel Taschenberg Kempinski Dresden statt.

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

### II. ARBEITSRECHT

#### Thema: Mitarbeiterbeurteilungen, Zielvereinbarungen und Arbeitszeugnisse richtig gestalten

Veranstalter: parikom - Paritätisches Kompetenzzentrum für soziale Innovation GmbH

Ort: Dresden

Datum: 30. August 2017

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Tina Lorenz

Anmeldungen sind unter [www.parikom.de](http://www.parikom.de) möglich.

#### Thema: Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht

Veranstalter: Krankenhausgesellschaft Sachsen e.V.

Ort: Leipzig

Datum: 6. September 2017

Referentin: Frau Dr. Andrea Benkendorff

Anmeldungen sind unter [www.kgs-online.de](http://www.kgs-online.de) möglich.

#### Thema: Richtiger Umgang mit Mitarbeitern – Moderne Instrumente der Personalführung

Veranstalter: parikom - Paritätisches Kompetenzzentrum für soziale Innovation GmbH

Ort: Dresden

Datum: 12. September 2017

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Tina Lorenz

Anmeldungen sind unter [www.parikom.de](http://www.parikom.de) möglich.

#### Thema: Grundlagen der Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR)

Veranstalter: Diakonische Akademie für Fort- und Weiterbildung e.V.

Ort: Moritzburg

Datum: 18. und 19. September 2017

Referentin: Frau Dr. Andrea Benkendorff

Anmeldungen sind unter [www.diakademie.de](http://www.diakademie.de) möglich.

#### Thema: Aktuelle Entwicklungen im Arbeitsrecht

Veranstalter: Diakonische Akademie für Fort- und Weiterbildung e.V.

Ort: Moritzburg

Datum: 18. Oktober 2017

Referentin: Frau Dr. Andrea Benkendorff

Anmeldungen sind unter [www.diakademie.de](http://www.diakademie.de) möglich.

**Thema: Arbeitsrecht für Führungskräfte**

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Ort: Leipzig

Datum: 6. November 2017

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

Anmeldungen sind unter [www.rkw-sachsen.de](http://www.rkw-sachsen.de) möglich.**Thema: Flexibilität im Arbeitsverhältnis durch mobiles Arbeiten - Arbeitswelt 4.0**

Veranstalter: parikom - Paritätisches Kompetenzzentrum für soziale Innovation GmbH

Ort: Dresden

Datum: 8. November 2017

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Tina Lorenz

Anmeldungen sind unter [www.parikom.de](http://www.parikom.de) möglich.**Thema: Arbeitsrecht**

Veranstalter: Industrie- und Handelskammer Dresden

Ort: Dresden

Datum: 29. November 2017

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

Anmeldungen sind unter [www.dresden.ihk.de](http://www.dresden.ihk.de) möglich.**III. GESELLSCHAFTSRECHT****Thema: Führungskräfte in Verein und GmbH**

Veranstalter: parikom - Paritätisches Kompetenzzentrum für soziale Innovation GmbH

Ort: Dresden

Datum: 6. September 2017

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ekkehard Nolting

Anmeldungen sind unter [www.parikom.de](http://www.parikom.de) möglich.**Thema: Die »richtige« haftungsbeschränkte Rechtsform für Architekten**

Veranstalter: Akademie der Architektenkammer Sachsen

Ort: Dresden

Datum: 12. September 2017

Referenten: Herr Rechtsanwalt Jörg-Dieter Battke, Herr Rechtsanwalt Dr. Ekkehard Nolting und

Herr Rechtsanwalt Jan Rolla

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter [www.aksachsen.org](http://www.aksachsen.org)**Thema: Gesellschaftsrecht Intensivkurs - Personengesellschaftsrecht**

Ort: Hamburg

Datum: 21. bis 25. August 2017

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Nolting referiert im Rahmen des Lehrgangs am 21./22. August 2017

zum Personengesellschaftsrecht

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter [www.anwaltakademie.de](http://www.anwaltakademie.de).**Thema: 35. Fachanwaltslehrgang Handels- und Gesellschaftsrecht**

Ort: Dortmund

Datum: 10. November 2017

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ekkehard Nolting

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter [www.anwaltakademie.de](http://www.anwaltakademie.de).**IV. VERGABERECHT****Thema: VgV – Die rechtssichere Vergabe von Lieferungen und Leistungen – europaweit und national (inkl. Entwurf der Unterschwellenvergabeverordnung)**

Veranstalter: SDV Vergabe GmbH

Ort: Dresden

Datum: 29. August 2017, 17. Oktober 2017, 28. November 2017

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter [www.evergabe.de](http://www.evergabe.de).**Thema: Vergaberecht 2017 - Das neue Vergaberecht in seiner Struktur und praxisgerechter Anwendung**

Veranstalter: SDV Vergabe GmbH

Ort: Dresden

Datum: 22. August 2017, 19. September 2017, 24. Oktober 2017, 14. November 2017

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter [www.evergabe.de](http://www.evergabe.de).**Thema: Vergaberecht - Effektiver Rechtsschutz in Sachsen, Thüringen und Sachsen-Anhalt**

Veranstalter: SDV Vergabe GmbH

Ort: Dresden

Datum: 5. September 2017

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter [www.evergabe.de](http://www.evergabe.de).**V. MEDIZIN- UND SOZIALRECHT****Thema: Pflegeversicherung von A bis Z - Welche Ansprüche haben Pflegebedürftige?**

Veranstalter: parikom - Paritätisches Kompetenzzentrum für soziale Innovation GmbH

Ort: Dresden

Datum: 12. September 2017

Referent: Herr Rechtsanwalt Sebastian Stücker, M.mel.

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter [www.parisax.de](http://www.parisax.de)



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

Kleine Brüdergasse 3-5

01067 Dresden

T: + 49 351 563 90 0

F: + 49 351 563 90 99

E: [info@battke-gruenberg.de](mailto:info@battke-gruenberg.de)

W: [www.battke-gruenberg.de](http://www.battke-gruenberg.de)