

März 2018

Liebe Leserin, lieber Leser,

in London wird der Welt gerade vorgeführt, was geschieht, wenn die gewählten Repräsentanten des Volkes nicht das tun, wofür sie gewählt worden sind – nämlich zum Wohle dieses Volkes nach bestem Wissen und Gewissen zu handeln und Lebensbedingungen zu gestalten –, sondern die Verantwortung an dieses Volk zurückdelegieren. Dieses entscheidet weder auf Grundlage angemessener Informationen und schon gar nicht im Interesse des Gemeinwohls; jedes Mitglied verfolgt eigene Interessen, entscheidet in erster Linie zu seinem (vermeintlichen) eigenen Wohl. Und das, was die Mehrheit glaubt, dass es zu seinem individuellen Wohle sei, muss noch lange nicht zum Wohle der Gesamtheit sein. Allerdings haben die Wähler in Großbritannien auch in dieser Hinsicht geirrt – was bei derart komplexen Lagen nicht verwundert: Die Entscheidungen für einen Brexit, der, wenn nicht noch ein politisches Wunder geschieht, ein harter wird, wird nicht nur den Briten und ihrer Volkswirtschaft als Ganzer schaden; sie wird jeden einzelnen treffen und individuelle Opfer verlangen. Auch in der Rest-EU werden die Auswirkungen zu spüren sein. Um die Folgen soweit wie möglich abzumildern, ist allerdings proaktives Handeln gefordert. In unserem Leitthema fassen wir daher noch einmal für unsere Leser zusammen, wo für Unternehmen bis zum 29. März diesen Jahres noch dringender Handlungsbedarf besteht. Es bleibt zu hoffen, dass der Brexit-Schock ein heilsamer wird. Die Europäer können dies Ende Mai beweisen: Dann ist Europawahl und damit besteht die Chance, Europa zu stärken. Nur ein starkes Europa wird im Wettstreit der großen Wirtschaftsblöcke um die Spielregeln der Weltwirtschaft noch mitwirken und sie mitgestalten können. Ohne Europa werden die nationalen Volkswirtschaften – und erst recht jeder Einzelne – nur noch auf der Zuschauerbank sitzen. Neben dem sehr wichtigen Thema Europa aber bleiben weitere aktuelle Themen, über die wir berichten. Viele von ihnen haben ebenfalls ihren Europebezug. In diesem Sinne wünschen wir erkenntnisreiche Lektüre.

Ihre Battke Grünberg Rechtsanwälte PartGmbH

N^o 1/2019

> MANDANTENINFORMATION

Schwerpunktthema	02
Aktuelle Entwicklungen	06
Gesellschaftsrecht	08
Arbeitsrecht	11
Geistiges Eigentum	18
Medizin- und Sozialrecht	21
Vergaberecht	22
Über uns	24
Veranstaltungen & Vorträge	25
Impressum	28

SCHWERPUNKTTHEMA

DR. EKKEHARD NOLTING



DER BREXIT: HANDLUNGSBEDARF FÜR UNTERNEHMEN

1. Vorbemerkung

Nach den jüngsten Entscheidungen des britischen Unterhauses und der Weigerung der EU-Kommission, über das ausverhandelte Austrittsabkommen nochmals zu verhandeln, ist die Wahrscheinlichkeit eines harten Brexit noch einmal deutlich gestiegen. Nach derzeitigem Stand scheidet Großbritannien mit Ablauf des 29. März 2019, also in wenigen Tagen, aus der Europäischen Union aus. Damit treten im Verhältnis zu Großbritannien der EU-Vertrag und die darin garantierten Grundfreiheiten freier Warenverkehr, freier Dienstleistungsverkehr, Freizügigkeit der Arbeitnehmer, Niederlassungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit sowie rund 21.000 EU-Verordnungen und Richtlinien außer Kraft, die in der Europäischen Union für einheitliche Regeln zur Ausübung dieser Grundfreiheiten sorgen.

Die wirtschaftlichen Verflechtungen mit Großbritannien sind eng: So leben und arbeiten über 3 Millionen EU-Bürger in Großbritannien, 1,2 Millionen Briten leben und arbeiten auf dem europäischen Festland; sie und die Unternehmen, die sie bisher beschäftigten, sind vom Wegfall der Freizügigkeit betroffen. Knapp die Hälfte der britischen Exporte erfolgen in Länder der Europäischen Union. Deutschland exportierte 2016 Waren im Wert von über 86 Milliarden nach Großbritannien.

Auch der Freistaat Sachsen steht in engen Handelsbeziehungen mit dem Vereinigten Königreich. Jedes dritte Exportunternehmen betreibt Geschäfte mit den Briten und das in nicht geringem Maße. Großbritannien stellt (nach den USA und China) seit Jahren den drittgrößten Absatzmarkt für Produkte

»Made in Saxony« dar und das Vereinigte Königreich stand 2018 auf Platz acht der Importländer Sachsens.

Umso überraschender erscheint es, dass sich die hier ansässigen Unternehmen bisher mit der Bedeutung, den Folgen und möglichen Handlungsoptionen des Brexit wenig auseinander gesetzt haben. Der DIHK befragte im Februar 2018 in der Umfrage »Going International« 118 auslandsaktive sächsische Unternehmen zum Brexit. Lediglich 8 % der Unternehmen gaben an, dass sie sich auf den Brexit ausreichend vorbereitet fühlen. Mehr als doppelt so viele Unternehmen (20 %) gaben an, sich noch gar nicht mit dem Brexit befasst zu haben. Wohl auch, weil eine große Unsicherheit über den tatsächlichen Verlauf und die Konsequenzen des Brexit herrschen. So hat sich auch herausgestellt, dass 40 % der Unternehmen die konkreten Auswirkungen wirtschaftlich, aber wohl auch tatsächlich nicht kalkulieren können. Es erscheint daher dringend geboten, noch einmal an die notwendigen Vorbereitungen auf einen harten Brexit zu erinnern, die jedes Unternehmen insbesondere in den folgenden Bereichen nunmehr schleunigst ergreifen sollte, soweit das noch nicht geschehen ist:

2. Außenhandel

Zoll- und Handelsschranken werden wieder errichtet: Die durch Zölle und Abfertigungsformalitäten entstehenden zusätzlichen Transaktionskosten sind neu zu kalkulieren. Importzölle auf Zulieferteile, die Produzenten aus Großbritannien beziehen, verteuern deren Endprodukte auf dem Inlands- und dem europäischen Markt. Im Verhältnis zum Handelspartner in Großbritannien ist künftig darauf

zu achten, dass – soweit keine Incoterms verwendet werden – geklärt wird, wer für die Warenabfertigung und die Zölle zuständig ist und die damit verbundenen Kosten trägt. Bestehende Verträge sind daraufhin zu prüfen, ob sie der Ergänzung bedürfen und ob eventuell vereinbarte Incoterms zu einer Kostenerhöhung führen.

Zu bedenken ist auch, dass die Abwicklungsfomalitäten besonders in der ersten Zeit erhebliche Wartezeiten an der Grenze mit sich bringen werden. Die Zusage fester Liefertermine gegenüber den britischen Kunden sollte daher mit größter Vorsicht gehandhabt werden. Just-in-Time-Lieferungen werden kaum noch zu gewährleisten sein, sodass der Aufbau von Lagern notwendig werden wird.

Beim Export-Kontrollrecht wird Großbritannien zum Drittland. Europäisches Exportkontrollrecht wird auch bei Exporten nach Großbritannien zu berücksichtigen sein, noch neu zu schaffendes britisches Exportkontrollrecht bei Lieferungen aus Großbritannien nach Europa. So werden künftig die EU-Embargobestimmungen schon bei Geschäften mit Großbritannien zu beachten sein. Bei Lieferungen in ein Embargoland über Großbritannien wird möglicherweise bereits für die Lieferung nach Großbritannien die Genehmigung einzuholen sein; sie kann nicht mehr, wie in der Vergangenheit, dem britischen Partner überlassen werden. Zudem werden deutsche Unternehmen mit Niederlassungen oder Tochtergesellschaften in Großbritannien oder bei der Verwendung von Zulieferteilen aus Großbritannien auch britische Embargobestimmungen, die künftig von den EU-Embargobestimmungen abweichen können, zu beachten haben.

Die Dual-Use-VO Nr. 428/2009 tritt im Verhältnis zu Großbritannien außer Kraft. Dual-Use-Güter können also künftig nicht mehr genehmigungsfrei nach Großbritannien geliefert werden. Lieferanten werden daher zu prüfen haben, ob ihre Lieferungen Dual-Use-Güter umfassen und gegebenenfalls eine Ausfuhrgenehmigung einholen müssen. Auch wenn die Europäische Union eine allgemeine Genehmigung für Großbritannien erteilen wird, wie sie bisher schon für Staaten wie Kanada, USA, Australien, Neuseeland, Japan, Norwegen und die Schweiz gilt, bedarf es

gleichwohl noch der Registrierung beim Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle.

Die Verwendung britischen Vormaterials kann zum Verlust der EU-Ursprungseigenschaft und damit zum Verlust von Zollvergünstigungen aus Zoll- und Freihandelsabkommen der Europäischen Union mit Drittländern führen.

3. Produktzulassungen

Bisher galt innerhalb der Europäischen Union einschließlich Großbritannien eine einheitliche CE-Kennzeichnung. Künftig kann es sein, dass EU-Exporte nach Großbritannien einer eigenen nationalen britischen Zulassung bedürfen; dies liegt nun in der Hand des britischen Gesetzgebers. Andererseits bedürfen Importe aus Großbritannien der CE-Kennzeichnung. Hier ist – je nach künftiger Rechtslage in Großbritannien – mit Kostensteigerungen zu rechnen. Britische Prüfinstitute werden ihre Zulassung als notifizierte Stelle verlieren. Von ihnen ausgestellte Zertifikate werden ungültig.

4. Gewerbliche Schutzrechte

Soweit gewerbliche Schutzrechte auf EU-Recht basieren, wie insbesondere die Unionsmarken, verlieren sie in Großbritannien ihren Schutz. Unionsmarken sind daher bis spätestens 29. März 2019 nach britischem Recht in Großbritannien zu registrieren, sollen sie dort weiterhin verwendet und geschützt sein. Geschieht dies nicht rechtzeitig, droht der Verlust der Marke in Großbritannien, wenn andere Unternehmen die Marke für sich registrieren lassen. Auch ist zu beachten, dass die ausschließliche Nutzung der Unionsmarke in Großbritannien ab dem 30. März 2019 nicht mehr rechtserhaltend wirkt. Soweit eine Unionsmarke bisher allein in Großbritannien genutzt wird, ist daher dringend bis zum 29. März 2019 eine Nutzung innerhalb der Europäischen Union notwendig.

Auch für den Designschutz gilt statt der EU-Verordnung künftig das britische Recht, das in einigen Punkten vom europäischen Recht abweicht.

Im Bereich der Patente und des Urheberrechts ist hingegen weniger Handlungsbedarf: Das Patent- und Urheberrecht ist nach wie vor national geregelt. Das gilt auch für das Europäische Patentübereinkommen

(EPÜ), das ein multilaterales Übereinkommen ist, dem auch Großbritannien beigetreten ist. Lediglich Pharmaunternehmen sind insoweit betroffen, als für Arzneimittel eine Verlängerung der Schutzfrist um fünf Jahre durch eine EU-Verordnung vorgesehen ist. Diese Unternehmen verlieren in Großbritannien diesen zeitlich erstreckten Schutz.

5. Kartellrecht

Im Rahmen der Fusionskontrolle werden künftig zwei Anmeldeverfahren erforderlich sein, wenn das Vorhaben Auswirkungen auf den britischen Markt hat, nämlich bei der EU-Kommission und bei den zuständigen nationalen britischen Behörden. Im Bereich der Missbrauchskontrolle entsprechen hingegen die Rechtsgrundlagen des britischen Rechts weitgehend dem EU-Recht. Hier ändert sich allerdings das Verfahren und die zuständige Behörde: Die EU-Kommission ist nur noch für den Bereich der Europäischen Union zuständig, die Kontrolle auf dem Territorium Großbritanniens erfolgt durch britische Behörden gesondert. Insoweit ist auch Rechtsschutz gegen behördliche Maßnahmen der britischen Behörden vor den britischen Gerichten zu suchen.

6. Datenschutz

Die Datenschutz-Grundverordnung findet in Großbritannien keine Anwendung. Nach europäischem Datenschutzrecht dürfen personenbezogene Daten nur in Länder transferiert werden, die die EU-Datenschutzstandards erfüllen. In Großbritannien ist das nicht der Fall, da Großbritannien bereits die Datenschutz-Grundverordnung nicht mehr in Kraft gesetzt hat. Großbritannien gilt daher als unsicherer Drittstaat. Personenbezogene Daten dürfen nach dem Ausscheiden nur noch unter engen Voraussetzungen nach Großbritannien transferiert werden:

Unternehmen, die Daten dorthin übermitteln, können in die Auftragsdatenverarbeitungsverträge die für diese Zwecke entwickelten EU-Standardvertragsklauseln einbauen, wie sie auch sonst in Verträgen zum Datenverkehr mit Ländern außerhalb der Europäischen Union und des EWR Verwendung finden; insofern sind alle Verträge daraufhin zu prüfen und gegebenenfalls zu ergänzen.

Es können verbindliche unternehmensinterne Regelungen eingeführt werden, die den Datenschutz auch im Verkehr mit Großbritannien hinreichend absichern. Soweit solche Regelungen in Unternehmen bereits bestehen, sind sie im Hinblick auf den Datenverkehr mit Großbritannien zu überarbeiten und zu ergänzen.

Unabhängig davon darf ein Datentransfer immer dann erfolgen, wenn eine entsprechende Zustimmung des Betroffenen vorliegt. Diese ist allerdings wiederum an umfangreiche Aufklärungen und Dokumentationen gebunden und daher mit erheblichem Aufwand und letztlich Rechtsunsicherheit verbunden, zumal die Zustimmung jederzeit widerrufbar ist.

7. Gesellschaftsrecht

Die Niederlassungsfreiheit im Verhältnis zu Großbritannien entfällt. Damit fällt auch in Deutschland die Anerkennung britischer Rechtsformen wie insbesondere der englischen Limited fort, sofern diese Gesellschaft ihren Verwaltungssitz, also den Schwerpunkt ihrer geschäftlichen Tätigkeit, in Deutschland hat. Die deutschen Gerichte werden diese Limiteds mit Wirkung ab 30. März 2019 als einfache deutsche Personengesellschaften (GbR oder offene Handelsgesellschaft) behandeln. Dies hat insbesondere Haftungsfolgen für die Gesellschafter, die für sämtliche Gesellschaftsschulden – auch aus der Vergangenheit – persönlich haften. Hierzu ist bereits in der Vergangenheit viel gesagt, geschrieben und geschult worden. Gleichwohl existieren nach wie vor allein in Sachsen noch rund 200 Unternehmen, die in der Rechtsform der englischen Limited organisiert sind. Für diese Unternehmen besteht höchster Handlungsbedarf.

Der Gesetzgeber hat bereits reagiert, indem er das Umwandlungsgesetz ergänzt und darin erleichterte Möglichkeiten zur Umwandlung der englischen Limited in eine deutsche Kapitalgesellschaft vorgesehen hat (s. Seite 10 in diesem Heft). Zu bedenken ist dabei allerdings, dass für den Umwandlungsvorgang auch das englische Companies House und englische Gerichte benötigt werden und diese in der Vergangenheit ihre Mitwirkung verweigert haben.

Die aus unserer Sicht unkomplizierteste Möglichkeit, der drohenden persönlichen Haftung zu entgehen, besteht darin, die Gesellschaftsanteile an der englischen Limited in eine deutsche GmbH einzubringen. Auf diese Weise geht das Unternehmen am 30. März 2019 liquidationslos im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die deutsche GmbH über. Der Makel dieser Lösung ist, dass sie allein nach deutschem Recht erfolgt und ihre Anerkennung in Großbritannien, aber auch in anderen Ländern der Europäischen Union nicht gesichert ist. Das führt zu einer gespaltenen Existenz der Gesellschaft: In England wird die Limited noch immer als solche anerkannt, während sie in Deutschland als deutsche GmbH besteht. Das führt im internationalen Verkehr zu einer schwer erträglichen Rechtsunsicherheit. Auch die steuerlichen Folgen dieses Vorgehens sind noch ungeklärt.

Für Vertragspartner deutscher Limiteds in Deutschland wird zu beachten sein, dass diese ab 30. März 2019 nicht mehr durch ihren »Director«, sondern durch ihre Gesellschafter vertreten werden. Soweit der Director nicht zugleich auch Gesellschafter ist, können mit diesem daher keine wirksamen Verträge mehr geschlossen werden. Auch bei der Limited & Co KG gilt, dass diese nicht mehr durch den Director der Limited vertreten wird, sondern durch die Gesellschafter der Limited.

8. Vertragsrecht

Soweit in Verträgen bisher keine Rechtswahlklauseln enthalten waren, richtete sich das auf sie anwendbare Recht nach der EU-weit einheitlich geltenden Rom-I-Verordnung. Die Grundsätze dieser Verordnung entsprechen allerdings internationalem Standard und gelten auch nach autonomem britischen Kollisionsrecht. Soweit in Verträgen allerdings das britische Recht für anwendbar erklärt wird, wird zu bedenken sein, dass selbst von Großbritannien übernommenes EU-Recht nicht mehr genauso ausgelegt und angewendet wird, wie in der Rest-EU. Bisher wachte über die einheitliche Anwendung der Europäische Gerichtshof; das fällt künftig fort und die Anwendung wird allein und autonom durch die englischen Gerichte bestimmt. Es ist daher auch damit zu rechnen, dass selbst als nationales britisches Recht

fortgeltendes ehemaliges EU-Recht in Großbritannien künftig anders ausgelegt und angewendet wird als innerhalb der Europäischen Union.

Wenn Verträge Regelungen über ihren räumlichen Geltungsbereich enthalten und diesen in den Grenzen der Europäischen Union definieren, ist zu prüfen, ob damit auch künftig noch das Territorium Großbritanniens erfasst wird. In Zweifelsfällen ist mit dem Vertragspartner rechtzeitig eine Klärung herbeizuführen und der Vertrag entsprechend anzupassen. Dies gilt insbesondere für Lizenzverträge. Hier kann sich in Zukunft die Streitfrage ergeben, ob sich die Lizenz auch auf das Territorium Großbritanniens erstreckt oder nicht.

Ob eine Anpassung der Verträge, insbesondere von Preisklauseln, wegen nichtbedachter Kosten oder zeitlicher Verzögerungen bei der Grenzabfertigung und Zölle, wegen Gesetzesänderungen oder abweichender Gesetzesauslegung durch englische Gerichte möglich ist, ist äußerst zweifelhaft. In neu abzuschließenden Verträgen sollten diese Aspekte in jedem Fall Beachtung finden. In bestehenden Alt-Verträgen sollte mit dem Vertragspartner rechtzeitig die Verhandlung aufgenommen werden, um diese anzupassen und zur Vorbeugung unerquicklicher Streitigkeiten eine klare Regelung zu finden.

Schließlich sollten Gerichtsstandsklauseln überprüft werden, soweit sie sich für britische Gerichte entschieden haben. Die vereinfachte Vollstreckung britischer Urteile innerhalb der Europäischen Union auf Basis des einheitlichen EU-Vollstreckungsrechts wird ebenso wenig mehr möglich sein wie umgekehrt die Vollstreckung der Urteile von EU-Gerichten in Großbritannien. In künftigen Verträgen sollte dies Berücksichtigung finden und – soweit nicht auf die Schiedsgerichtsbarkeit ausgewichen wird – sorgfältig geprüft werden, in welchem Gebiet eine Vollstreckung voraussichtlich erforderlich sein würde.

9. Arbeitsrecht

Die Arbeitnehmer-Freizügigkeit entfällt ebenfalls. EU-Bürger in Großbritannien und britische Bürger in der Europäischen Union benötigen im Fall eines harten Brexit künftig Aufenthalts- und Arbeitsgenehmigungen. Allerdings haben die natio-

nalen Gesetzgeber inzwischen schon reagiert, sodass jedenfalls vorläufig das Aufenthaltsrecht sowohl der EU-Bürger in Großbritannien als auch britischer Bürger innerhalb der Europäischen Union noch gewährleistet ist. Allerdings müssen Briten einen Aufenthaltstitel beantragen. Dazu bieten schon heute die Ausländerbehörden die Möglichkeit einer freiwilligen Registrierung. Viele Briten haben jedoch inzwischen schon die deutsche Staatsbürgerschaft beantragt und erworben. Bei der Entsendung von Arbeitnehmern wird allerdings zu beachten sein, dass im Verhältnis zu Großbritannien kein Sozialversicherungsabkommen besteht.

FAZIT

Für diejenigen, die sich bisher nicht vorbereitet haben, besteht nunmehr dringender Handlungsbedarf. Dies

gilt insbesondere im Bereich des Vertragsrechts: Vertragsbeziehungen mit Großbritannien bedürfen unter verschiedenen Gesichtspunkten einer Überprüfung und Anpassung, um überraschende Kosten, drohende Vertragsstörungen und daraus resultierende unerfreuliche Streitigkeiten zu vermeiden. Gesellschaftern britischer Gesellschaften droht die persönliche Haftung, wenn sie nicht tätig werden. Markenrechten droht der Verlust. Und nicht zuletzt sind zahlreiche organisatorische Vorkehrungen zu treffen, um den reibungslosen Verkehr mit Großbritannien künftig zu gewährleisten. Wer jetzt nicht handelt, läuft Gefahr, erhebliche wirtschaftliche Verluste und rechtliche Risiken in Kauf zu nehmen.

Dr. Ekkehard Nolting

Aktuelle Entwicklungen

NEUES IM ARBEITS- UND SOZIALRECHT

Brückenteilzeit

Zum 1. Januar 2019 trat das »Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts – Einführung einer Brückenteilzeit« in Kraft. Neu eingeführt wird ein Anspruch auf zeitlich begrenzte Teilzeitarbeit (Brückenteilzeit). Arbeitnehmer können damit ihre Arbeitszeit für einen vereinbarten Zeitraum zwischen einem und fünf Jahren verringern und anschließend zur ursprünglichen Arbeitszeit zurückkehren. Die Brückenteilzeit gilt nicht bei Arbeitgebern mit bis zu 45 Arbeitnehmern. Arbeitgeber mit 46 bis 200 Arbeitnehmern müssen die Brückenteilzeit nur einem Arbeitnehmer pro angefangenen 15 Arbeitnehmern gewähren. Die Darlegungs- und Beweislast beim Antrag eines Teilzeitbeschäftigten auf Verlängerung der Arbeitszeit trägt nunmehr der Arbeitgeber. Ferner muss der Arbeitgeber mit den Arbeitnehmern Wünsche nach Änderungen von Dauer und Lage der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit erörtern.

Arbeit auf Abruf nur noch eingeschränkt

Der Anteil der einseitig vom Arbeitgeber abrufbaren Arbeit darf künftig nicht mehr als 25% der

vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit betragen, bei Vereinbarung einer Höchstarbeitszeit entsprechend 20% der Arbeitszeit. Wenn eine wöchentliche Arbeitszeit nicht festgelegt ist, gilt künftig eine Arbeitszeit von 20 Stunden als vereinbart. Für die Berechnung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und an Feiertagen wird grundsätzlich die Durchschnittsarbeitszeit der letzten drei Monate vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit oder vor Beginn des Feiertags als verpflichtende Berechnungsgrundlage festgelegt.

Mindestlohn angehoben

Die Bundesregierung hat ferner den gesetzlichen Mindestlohn ab dem 1. Januar 2019 auf brutto EUR 9,19 und ab dem 1. Januar 2020 auf brutto EUR 9,35 je tatsächlich geleisteter Arbeitsstunde angehoben.

Änderung bei der Tarifeinheitsregelung

Seit dem 1. Januar 2019 müssen Berufsgruppen besonders berücksichtigt werden, deren Tarifver-

trag durch eine andere Mehrheitsgewerkschaft verdrängt wurde. Damit setzt der Gesetzgeber das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Juli 2017 (Az.: 1 BvR 1571/15) um. Nach dem Tarifeinheitsgrundsatz findet im Betrieb grundsätzlich nur der Tarifvertrag der Gewerkschaft mit den meisten Mitgliedern Anwendung. Soweit es den Tarifvertragsparteien nicht gelungen ist, selbstständig eine Kollision ihrer Tarifverträge zu vermeiden, ist der Tarifvertrag einer anderen Gewerkschaft mit weniger Mitgliedern im Betrieb zwar nicht anwendbar, aber die Mehrheitsgewerkschaft muss die Belange der Minderheit berücksichtigen.

Noch in Arbeit beim Gesetzgeber

Der Gesetzgeber muss die neue EU-Entsenderichtlinie (RL 96/71/EG) zum gleichen Entgelt für gleiche Arbeit am gleichen Ort und zur Gewährleistung eines höheren Maßes an Rechtssicherheit umsetzen.

Das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung und das Fachkräfteeinwanderungsgesetz sind bereits in das Gesetzgebungsverfahren gebracht. Das Fachkräfteeinwanderungsgesetz soll neben dem einheitlichen Fachkräftebegriff den Verzicht auf eine Vorrangprüfung sowie die Möglichkeit regeln, dass Nicht EU-Fachkräfte für eine befristete Zeit u.a. zur Arbeitsplatzsuche nach Deutschland kommen können, wenn sie deutsche Sprachkenntnisse und die Sicherung des Lebensunterhalts vorweisen können. Ferner soll das Verfahren durch eine Bündelung der Zuständigkeiten bei den zentralen Ausländerbehörden schneller und einfacher werden.

Neues im Bereich Gesundheit und Pflege

Durch das Pflegepersonal-Stärkungsgesetz können Krankenhäuser und stationäre Pflegeeinrichtungen neues Personal einstellen. Weiterhin werden Tarifsteigerungen künftig auch im Krankenhaus refinanziert. Weiteres Geld erhalten Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen für Leistung zur betrieb-

lichen Gesundheitsförderung sowie zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf.

Mehr Zuschüsse für Langzeitarbeitslose

Unternehmen, die Personen einstellen, die mehr als sechs Jahre SGB-II-Leistungen erhalten haben, können ab dem 1. Januar 2019 bis zu 5 Jahre lang größeren Zuschuss zum Gehalt des neuen Mitarbeiters erhalten. Auch erforderliche Qualifizierungen und Praktika bei anderen Arbeitgebern in dieser Zeit können finanziert werden. Für Personen, die mehr als zwei Jahre arbeitslos waren, erhalten die Arbeitgeber einen Zuschuss im ersten Jahr in Höhe von 75 % und im zweiten Jahr von 50 % des regelmäßig gezahlten Lohns.

Mehr Zuschüsse für Weiterbildungen

Zum 1. Januar 2019 werden Weiterbildungen für Beschäftigte gefördert, deren berufliche Tätigkeiten durch Technologien ersetzt werden können, die in sonstiger Weise vom Strukturwandel betroffen sind oder die eine berufliche Weiterbildung in einem Engpassberuf anstreben.

FAZIT

- ▶ Die Unternehmen müssen sich auf die Brückenteilzeit in ihrer Personalplanung einstellen.
- ▶ Vertragliche Änderungen bei der Arbeit auf Abruf sind nur in Unternehmen erforderlich, die die Grenzen noch nicht aufgenommen haben.
- ▶ Bei Neueinstellungen (z.B. im Bereich Pflege und Gesundheit) sollten die Arbeitsverträge gleich entsprechend flexibel ausgestaltet werden.
- ▶ Durch bessere Personalausstattung und bessere Arbeitsbedingungen in der Kranken- und Altenpflege besteht die Hoffnung, dass der Alltag der Pflegekräfte spürbar verbessert wird und dieser Beruf insgesamt wieder an Attraktivität gewinnt.

Dr. Andrea Benkendorff/ Sebastian Stücker (M.mel.)

AUSKUNFTSANSPRUCH DES GESELLSCHAFTERS ÜBER SEINE MITGESELLSCHAFTER UND DATENSCHUTZ

Gesellschaftsrecht

Bei Publikumsgesellschaften, insbesondere Kapitalanlagegesellschaften, bei denen sich die Anleger nicht unmittelbar an der Gesellschaft, sondern als Treugeber über Treuhandkommanditisten beteiligen, kennen sich die mittelbaren Gesellschafter typischerweise nicht. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs haben sie aber einen dem Gesellschaftsverhältnis immanenten Anspruch auf Kenntnis ihrer Vertragspartner. Ein solcher Anleger hat daher einen Anspruch darauf, dass ihm die Namen und Anschriften der anderen Anleger von der Gesellschaft oder dem Treuhandkommanditisten mitgeteilt werden, wenn er aufgrund der vertraglichen Gestaltung in Vertragsbeziehungen zu diesen Mitanlegern steht. Dieser Anspruch stellt ein unentziehbares mitgliedschaftliches Recht dar.

Das Oberlandesgericht München hat nun in einem Urteil vom 16. Januar 2019 (Az.: 7 U 342/18) das Verhältnis dieses Auskunftsanspruchs zu der im vergangenen Jahr in Kraft getretenen Datenschutz-

grundverordnung geklärt. Auch nach der Datenschutzgrundverordnung ist die Verarbeitung und Weitergabe von Daten dann rechtmäßig, wenn sie für die Erfüllung eines Vertrages erforderlich sind. Das ist bei den Informationen über Mitgesellschafter der Fall. Wenn das Recht auf Kenntnis der Mitgesellschafter dem Gesellschaftsvertrag immanent ist, ist diese Kenntnis für die Erfüllung des Vertrages erforderlich. Die Auskunft darüber kann daher nicht mit Hinweis auf das Datenschutzrecht verweigert werden. Das hatte im Übrigen der Bundesgerichtshof auch schon zum bisherigen Datenschutzrecht so gesehen.

FAZIT

► Die Datenschutzgrundverordnung steht dem Auskunftsanspruch eines Gesellschafters über Namen und Anschriften seiner Mitgesellschafter – bei Treuhandkonstruktionen auch seiner mittelbaren Mitgesellschafter – nicht entgegen.

Dr. Ekkehard Nolting

BLITZLÖSCHUNG EINER GMBH ANSTELLE DES LIQUIDATIONSVERFAHRENS?

GmbHs können unter anderem durch Auflösungsbeschluss der Gesellschafter mit nachfolgender Liquidation abgewickelt und zum Erlöschen gebracht werden. Für die Durchführung des Liquidationsverfahrens enthält das GmbH-Gesetz eine Vielzahl von Bestimmungen. Im Interesse der Gläubiger der GmbH sieht es unter anderem vor, dass die Auflösung der Gesellschaft (mindestens) im Bundesanzeiger bekannt zu machen ist und die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern sind, sich bei dieser zu melden. Zum Schutz der Gläubiger der Gesellschaft bestimmt das GmbH-Gesetz ferner, dass das Vermögen der Gesellschaft nicht vor Ablauf eines Jahres (sog. Sperrjahr) nach der Bekanntmachung im Bundesanzeiger an die Gesellschafter verteilt werden darf. Die Beendigung der Liquidation ist durch die Liquidatoren zur Eintragung in das Handelsregister anzu-melden. Daraufhin wird die Gesellschaft im Register

gelöscht, was deren rechtliches Schicksal besiegelt.

In der Praxis kommt es allerdings vor, dass zu liquidierende Gesellschaften über kein Vermögen verfügen und sich für die Liquidatoren die Frage nach der Sinnhaftigkeit und Notwendigkeit der Einhaltung des Sperrjahrs stellt. Frei nach dem Motto »Worauf warten, wenn es doch nichts zu verteilen gibt?« ist das Interesse der Liquidatoren in solchen Konstellationen auf die Durchführung der Liquidation ohne Einhaltung des Sperrjahres und damit auf eine zeitnahe Beendigung der Liquidation gerichtet. Diesem Interesse stehen allerdings die eindeutigen Bestimmungen des GmbH-Gesetzes entgegen, wonach die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister nicht vor Ablauf des Sperrjahres erfolgen darf.

Diesem Interesse der Liquidatoren entsprechend, hatte das Oberlandesgericht Hamm bereits im Jahr 2016 entschieden, dass im Falle der durch

den Liquidator zugesicherten Vermögenslosigkeit die Gesellschaft unter Verzicht auf die Einhaltung des Sperrjahres im Handelsregister gelöscht werden kann (sog. Blitzlöschung). Dieser Entscheidung haben sich einzelne Registergerichte angeschlossen, in dem sie unter Verzicht auf die Einhaltung des Sperrjahres die Löschung der GmbH im Handelsregister vorgenommen haben.

Dieser Auffassung und gelebten Praxis ist nun das Oberlandesgericht Celle mit Beschluss vom 17. Oktober 2018 (Az.: 9 W 80/18) entgegengetreten. Hiernach genügt es für die Löschung der Gesellschaft unter Verzicht auf die Einhaltung des Sperrjahres nicht, wenn der Liquidator versichert, dass kein verteilbares Vermögen vorhanden sei, keine Einlagen ausstünden, keine Prozesse gegen die Gesellschaft anhängig seien und keine Insolvenzgründe vorlägen. Das Oberlandesgericht Celle stützt seine Entscheidung maßgeblich darauf, dass das GmbH-Gesetz für

eine solche Versicherung sowie den Verzicht auf die Einhaltung des Sperrjahres keine Rechtsgrundlage vorsieht.

FAZIT

- ▶ Aus der Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle ergibt sich nicht zwingend, dass im Falle der Vermögenslosigkeit einer in Liquidation befindlichen GmbH deren Löschung ohne Einhaltung des Sperrjahres nicht mehr möglich ist. Vielmehr wird es in der Praxis entscheidend darauf ankommen, welche Rechtsauffassung das jeweilige Registergericht vertritt. Klarheit und damit Rechtssicherheit kann erst eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs bringen; diese steht aber aus.
- ▶ Für die Praxis bedeutet dies derzeit, dass im Falle der Liquidation einer GmbH die Empfehlung nur lauten kann, das Sperrjahr möglichst einzuhalten.

Jörg-Dieter Battke

KEINE ORGANHAFTUNG DES VORSTANDS BEI RECHTMÄSSIGEM ALTERNATIVVERHALTEN

Ein »Alltagsfall« beschäftigte den Bundesgerichtshof: Eine kommunale Aktiengesellschaft, deren Alleingesellschafterin die Stadt war, besaß ein sanierungsbedürftiges Schloss. Der Vorstand legte einen Sanierungsplan und ein Konzept für dieses Schloss dem Aufsichtsrat vor. Dieser genehmigte die veranschlagten Gesamtinvestitionskosten von knapp EUR 4 Mio. Aufgrund denkmalpflegerischer Auflagen erhöhte sich der Aufwand jedoch auf EUR 6,4 Mio. Der Vorstand beriet sich mit dem Oberbürgermeister unter vier Augen und beide beschlossen, die Investitionen durchzuführen, ohne den Aufsichtsrat nochmals einzuschalten, und vereinbarten Stillschweigen, da das Vorhaben mit den veranschlagten Kosten politisch nicht durchsetzbar sei.

Das Schloss konnte anschließend nur verlustbringend betrieben werden. Die Gesellschaft nahm den Vorstand daher aus dem Gesichtspunkt der Organhaftung auf Schadenersatz in Anspruch. Der Bundesgerichtshof gab mit Urteil vom 10. Juli 2018, (Az.: II ZR 24/17) der Klage statt: Der Vorstand habe die Kompetenzordnung der Gesellschaft verletzt,

weil die Satzung ausdrücklich einen Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats vorgesehen habe. Eine fehlende Zustimmung kann auch nicht nachträglich durch Genehmigung der durchgeführten Maßnahme geheilt werden. Das Einverständnis des Oberbürgermeisters helfe auch nicht. Zwar sei dieser gesetzlicher Vertreter der Alleinaktionärin und diese bilde grundsätzlich den maßgeblichen Willen der Gesellschaft. Bei der Aktiengesellschaft werde dieser Wille jedoch in der Hauptversammlung gebildet und für die Beschlussfassung gebe es formale Vorgaben, die zu beachten seien.

Grundsätzlich billigt der Bundesgerichtshof dem Vorstand jedoch den Einwand »rechtmäßigen Alternativverhaltens« zu. Das bedeutet, der Vorstand kann sich damit verteidigen, dass der Schaden ebenso eingetreten wäre, wenn er sich (hypothetisch) rechtmäßig verhalten hätte. Dass dieser Einwand auch bei Verletzung der Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft greifen kann, ist neu. Allerdings ist der Nachweis schwer zu führen. Der Bundesgerichtshof verlangt nämlich, dass sicher feststeht, dass der Vor-

stand, hätte er den Aufsichtsrat eingeschaltet, die Zustimmung zu der Investition erhalten hätte. Der Aufsichtsrat hat für derartige unternehmerische Entscheidungen einen Ermessensspielraum. Er hat auf der Grundlage angemessener Informationen eine am Wohl des Unternehmens orientierte Entscheidung zu treffen. Dabei kommt es – eine weitere Besonderheit – nach Ansicht des Bundesgerichtshofs allerdings offenbar auf die konkrete Zusammensetzung des Aufsichtsrats an, nicht auf ein idealtypisches Aufsichtsratsmitglied. Es ist also vom Vorstand darzulegen und zu beweisen, dass der Aufsichtsrat mit seinen aktuellen Mitgliedern mehrheitlich seiner Vorlage zugestimmt hätte. Der Beweis wird in der Regel allerdings äußerst selten zu führen sein; im Regelfall wird nur die Einvernahme der Aufsichtsratsmitglieder als Zeugen in Betracht kommen. Aber selbst das muss noch nicht ausreichen, weil das einzelne Aufsichtsratsmitglied im Zeugenstand möglicherweise anders entscheidet als nach ausführlicher Erörterung im Auf-

sichtsrat und unter Kontrolle der übrigen Mitglieder.

Insgesamt ist daher Vorständen und auch Geschäftsführern nicht nur kommunaler Unternehmen dringend zu raten, Zustimmungsvorbehalte ernst zu nehmen und sich auch nicht auf die Meinung einzelner (beherrschender) Mitglieder des Aufsichtsrats oder der Gesellschafterversammlung zu verlassen.

FAZIT

- ▶ Vorstände und Geschäftsführer haften der Gesellschaft für eingetretene Schäden, wenn sie Zustimmungsvorbehalte missachten.
- ▶ Eine Haftung kann allerdings ausgeschlossen sein, wenn es dem Vorstand bzw. dem Geschäftsführer gelingt zu beweisen, dass das zur Zustimmung berechtigte Organ (Aufsichtsrat oder Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung) der durchgeführten Maßnahme zugestimmt hätte, wenn es gefragt worden wäre.

Dr. Ekkehard Nolting

ÄNDERUNG DES UMWANDLUNGSGESETZES ANLÄSSLICH DES BREXIT

Am 14. Dezember 2018 haben Bundestag und Bundesrat das Vierte Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes beschlossen. Hintergrund sind die negativen Auswirkungen des Brexit für die Gesellschaften in der Rechtsform einer britischen Limited bzw. PLC mit Verwaltungssitz in Deutschland. Mit Wirksamwerden des Austritts Großbritanniens und Nordirlands aus der Europäischen Union verlieren die Gesellschaften ihre Niederlassungsfreiheit. Es besteht dann die Gefahr, dass die Gesellschaften in Deutschland ihre Rechtsfähigkeit verlieren, da sie nicht mehr als ausländische Gesellschaft anerkannt und nur noch nach deutschem Recht beurteilt werden. In der Folge könnten die Gesellschafter für Schulden der Gesellschaft persönlich und unbeschränkt in Anspruch genommen werden. Die Haftung würde nicht nur für neu begründete Verbindlichkeiten gelten, sondern auch für Altschulden der Gesellschaft. Verschärfend kommt hinzu, dass die betroffenen Gesellschaften selbst häufig nur eine geringe Kapitalausstattung haben.

Um diese Folgen zu verhindern, sieht das nun beschlossene Gesetz einen erleichterten Wechsel in eine deutsche Rechtsform vor. Dabei erweitert das Gesetz die Möglichkeiten einer grenzüberschreitenden Verschmelzung um die unmittelbare Verschmelzung auf eine deutsche Personenhandels-gesellschaft. Der Gesetzgeber hat hier insbesondere die Kommanditgesellschaft (KG), die GmbH & Co. KG oder die UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG als Verschmelzungsziel vor Augen. Dies soll vor allem insbesondere kleinen und mittelständischen Unternehmen den Übergang ins deutsche Recht auf geordnetem Wege erleichtern.

Ebenfalls ist es für eine solche Verschmelzung ausreichend, wenn der Verschmelzungsvertrag vor dem Wirksamwerden des Brexit notariell beurkundet wird. Die restlichen Schritte des mehraktigen Verschmelzungsprozesses können auch danach vorgenommen werden. Der Vollzug der Verschmelzung durch Eintragung in das Handelsregister muss jedoch spätestens nach zwei Jahren beantragt werden.

FAZIT

- ▶ Die Gesetzesänderung ist zu begrüßen, da sie den zumeist kapitalschwachen Gesellschaften in britischer Rechtsform mit Verwaltungssitz in Deutschland eine zusätzliche Gestaltungsoption einräumt, um eine persönliche Haftung der Gesellschafter zu vermeiden.
- ▶ Die Verschmelzung auf eine deutsche Personenhandels-gesellschaft stellt einen leichteren Weg dar, da die Gesellschaften auf diese Weise nicht gezwungen werden, kurzfristig ein Mindeststammkapital aufzubringen.
- ▶ Dabei geht das Gesetz über den Anlass hinaus und erlaubt grundsätzlich eine grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften auf deutsche Personenhandelsgesellschaften in der Europäischen Union.
- ▶ Unabhängig von dieser Gesetzesänderung bleibt aber nach wie vor eine »Umwandlung« auf dem Wege möglich, dass sämtliche Anteile an der englischen Gesellschaft vor dem 29. März 2019 an eine bestehende deutsche Kapital- oder Personengesellschaft abgetreten werden.

Karla Graupner

Arbeitsrecht**ÄNDERUNG DER RECHTSPRECHUNG: ÜBERSTUNDENZUSCHLÄGE BEI TEILZEITBESCHÄFTIGTEN**

Oft schon stellte sich die Frage, ob teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer Überstundenzuschläge bereits bei Überschreiten ihrer individuellen Arbeitszeit beanspruchen können oder gemäß der tariflichen Regelung die Zahlung von Überstundenzuschlägen erst bei Überschreiten der für Vollzeitbeschäftigte festgelegten Regelarbeitszeit. Das Bundesarbeitsgericht hat bislang auf die Tarifregelungen abgestellt und Überstundenzuschläge von Teilzeitbeschäftigten nicht schon bei Überschreiten ihrer individuellen Arbeitszeit gewährt mit der Begründung, es gäbe für die unterschiedliche Behandlung sachliche Gründe (siehe auch BAG, Urteil vom 26. April 2017 – 10 AZR 589/15).

An eine Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes aus dem Jahre 2004 (EuGH, Urteil vom 27. Mai 2004 – C-285/02 [Müller]) angelehnt, hat der 6. Senat des BAG für sog. ungeplante Überstunden im Sinne von § 7 Abs. 8 lit. c TVöD bereits im obiter dictum erwähnt, dass Überstunden bereits dann entstehen dürften, wenn zu den im Schichtplan festgesetzten »täglichen« Arbeitsstunden zusätzliche, nicht im Schichtplan ausgewiesene Stunden angeordnet würden (BAG, Urteil vom 26. April 2013, 6 AZR 800/11).

Nunmehr hat sich der 10. Senat des Bundesarbeitsgerichts – unter ausdrücklicher Aufgabe seiner

Ansicht im Urteil vom 26. April 2017 – der Ansicht des 6. Senats angeschlossen. Nunmehr sieht auch der 10. Senat des Bundesarbeitsgericht (BAG, Urteil vom 19. Dezember 2018 – 10 AZR 231/18, PM Nr. 70/10) eine unmittelbare Benachteiligung Teilzeitbeschäftigter darin, wenn ein Anspruch auf Mehrarbeitsvergütung bei Teilzeitbeschäftigte nicht proportional zu ihrer vereinbarten Arbeitszeit entsteht. Es erhalte ein Vollzeitbeschäftigter bereits für die erste Stunde, die über die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit hinausgeht, einen Überstundenzuschlag. Ein Teilzeitbeschäftigter müsste dagegen erst die gesamte Differenz zur Vollarbeitszeit über seine Teilzeitquote hinaus arbeiten, um für die nächste Stunde einen Überstundenzuschlag zu erlangen.

FAZIT

- ▶ Die Anordnung von Mehrarbeit bei Teilzeitbeschäftigten wird zu Überstundenzuschlägen führen.
- ▶ Die Flexibilisierung der Arbeitszeit sollte daher nicht mehr durch Anordnung von Mehrarbeit bei Teilzeitkräften erfolgen, sondern durch andere Instrumente (z.B. durch arbeitsvertragliche Rahmenregelungen einer kapazitätsorientierten Arbeitszeit) umgesetzt werden.

Dr. Andrea Benkendorff

ANDERWEITIGER VERDIENST IM KÜNDIGUNGSRECHTSTREIT

Ist dem Arbeitnehmer gekündigt worden, erhebt er eine Kündigungsschutzklage und gewinnt, so ist ihm in der Regel seine Vergütung wegen Annahmeverzugs für die Zeit des Verfahrens bis zur Weiterbeschäftigung zu zahlen. Fraglich ist, ob der Verdienst, den der Arbeitnehmer in der Zwischenzeit bei einem anderen Arbeitgeber verdient hat, vollständig anzurechnen ist oder ob Aufwendungen des Arbeitnehmers z. B. für Sonderqualifikationen berücksichtigt werden können.

Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 2. Oktober 2018 (Az.: 5 AZR 376/17) entschieden, dass die zur Erzielung des anderweitigen Verdienstes erforderlichen Aufwendungen abgezogen werden können, wenn diese im Rahmen der bisherigen Qualifikation des Arbeitnehmers erforderlich sind. Nicht berücksichtigungsfähig seien dagegen Aufwendungen, die die Qualifikation erhöhen und für die bisherige Tätigkeit irrelevant sind. Die Anrechnung anderweitigen Verdienstes nach § 11 Nr. 1 KSchG bezwecke, eine Besser- oder Schlechterstellung des Arbeitnehmers nach gewonnenem Kündigungsschutzprozess zu vermeiden. Er sei so zu stellen, als wäre das Arbeitsverhältnis ungekündigt weitergeführt worden.

Damit können nur die Aufwendungen in Abzug gebracht werden, die erforderlich sind, um seiner bisherigen Erwerbstätigkeit fachkundig und sachgerecht nachgehen zu können, nicht aber die, die zur Ausübung der vertraglich geschuldeten Tätigkeit nicht benötigt werden. Zur ersten Kategorie gehören Aufwendungen, die dazu dienen, eine vorhandene Qualifikation, die zur Verrichtung der geschuldeten Tätigkeit erforderlich war, zu behalten. Zur zweiten Kategorie gehören Aufwendungen, die den »Marktwert« auf dem Arbeitsmarkt erhöhen, ohne dass die erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten dem Arbeitgeber unmittelbar zugutekommen. Ansonsten bezahle der Arbeitgeber eine Qualifizierungsmaßnahme voll, ohne ihr zugestimmt und ohne hiervon einen Nutzen zu haben.

FAZIT

► Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, sich an den Kosten einer Qualifizierung des Arbeitnehmers zu beteiligen, die nur für diesen von (geldwertem) Vorteil ist. Die Entscheidung ist auch für andere Fälle des Annahmeverzugs (§ 615 BGB) relevant.

Dr. Andrea Benkendorff

VERFALL VON URLAUBSANSPRÜCHEN

Der Europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 6. November 2018 (Az.: C-619/16, C-684/16) auf Vorlage des Bundesarbeitsgerichts entschieden, dass ein automatischer Verfall nicht genommener Urlaubsansprüche zum Jahresende europarechtswidrig ist. Demnach ist nicht genommener Urlaub auf das Folgejahr übertragbar. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Arbeitgeber »konkret und in völliger Transparenz« dafür sorgt, dass der Arbeitnehmer tatsächlich in der Lage ist, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen, und er auf den Verfall des Urlaubs hingewiesen hat. Nach der Auslegung des EU-Rechts zum Urlaubsanspruch (Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG, Art. 31 Abs. 2 der EU-Grundrechtecharta) erhält jeder Arbeitnehmer einen

bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen; dieser Anspruch darf außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden. Das Bundesarbeitsgericht wird nun prüfen müssen, ob § 7 Abs. 3 BUrlG europarechtskonform ausgelegt werden kann und diese zusätzlichen Verfallsvoraussetzungen in die Vorschrift hineingelesen werden. Ansonsten wäre § 7 Abs. 3 BUrlG europarechtswidrig und unanwendbar; Urlaubsansprüche würden nicht mehr verfallen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Verfall von Abgeltungsansprüchen langjährig erkrankter Arbeitnehmer dürfte diese neuere Rechtsprechung allein für den gesetzlichen Mindesturlaub gelten. Der darüber

hinausgehende vertragliche Urlaub kann verfallen, wenn eine Regelung (z.B. Arbeitsvertrag, Tarifvertrag) eine Unterscheidung zwischen Mindesturlaub und vertraglichem Urlaub vornimmt und für den vertraglichen Urlaub eine abweichende Regelung trifft.

FAZIT

► Arbeitgeber sollten ihre Angestellten rechtzeitig vor Ablauf des Kalenderjahres nachweisbar und klar dazu auffordern, ihren Resturlaub zu nehmen und sie gleichzeitig informieren, dass der Urlaub ansonsten verfällt.

► Wenn das Bundesarbeitsgericht erwartungsgemäß § 7 Abs. 3 BUrlG europarechtskonform auslegt, wären Urlaubsansprüche nur verfallen, wenn Arbeitnehmer sie ungeachtet der Aufforderung und Belehrung trotz der Möglichkeit, Urlaub zu nehmen, nicht genommen hätten.

► Arbeitgeber sollten Regelungen aufnehmen, dass der vertragliche Mehrurlaub anders als der gesetzliche Mindesturlaub zum Jahresende verfällt, wenn er nicht beantragt wurde.

Dr. Andrea Benkendorff

PERSONALAUSSCHUSS: NEUES ZUR VERTRETUNGSBEFRISTUNG

Nach § 14 I 2 Nr. 3 Teilzeit- und Befristungsgesetz besteht ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsvertrags, wenn der (befristet beschäftigte) Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird. Dies gilt auch, wenn die Tätigkeit der zeitweise ausgefallenen Stammkraft nicht von dem Vertreter, sondern von anderen Arbeitnehmern ausgeübt und deren Tätigkeit dem Vertreter übertragen wird (mittelbare Vertretung).

Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 21. Februar 2018 (Az.: 7 AZR 696/16) klargestellt, dass der Arbeitgeber zur Darstellung des Kausalzusammenhangs zwar die Vertretungskette zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter darzulegen habe, diese aber in der Vereinbarung der Befristung nicht schriftlich benannt sein muss. Es hat damit entschieden, dass es einer schriftlichen Dokumentation der Vertre-

tungskette im Vertrag nicht bedarf. Insofern bestehe keine Missbrauchsgefahr, da spätestens zu Beginn der mit der Vertretungskraft vereinbarten Vertragslaufzeit Tätigkeitszuweisungen auf andere Arbeitnehmer und die Vertretungskraft zu erfolgen haben, was auf das Vorliegen entsprechender Planungen des Arbeitgebers im Zeitpunkt des Abschlusses des befristeten Arbeitsvertrags schließen lässt.

FAZIT

► Auch wenn das Bundesarbeitsgericht nunmehr klargestellt hat, dass es im Falle einer mittelbaren Stellvertretung keiner schriftlichen Benennung der Vertretungskette im Vertrag bedarf, sollte ein Arbeitgeber dafür sorgen, dass im Streitfälle eine lückenlose Vertretungskette nachgewiesen werden kann.

Dr. Andrea Benkendorff

ALTERSBEFRISTUNG – HINAUSSCHIEBEN DES BEENDIGUNGSZEITPUNKTS

Arbeitsverhältnisse enden regelmäßig mit Ablauf des Monats, indem die Arbeitnehmer die Regelaltersgrenze erreichen. Sie enden deswegen zu diesem Zeitpunkt, weil in einem anwendbaren Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung und/oder in dem Arbeitsvertrag der Parteien eine entsprechende Altersbefristung vereinbart ist. Ohne eine solche Altersbefristung besteht das Arbeitsverhältnis auch nach dem Erreichen der Regelaltersgrenze unbefristet fort und unterfällt auch

weiterhin – die erforderliche Anzahl der Arbeitnehmer für dessen Anwendbarkeit unterstellt – dem Kündigungsschutzgesetz. Deswegen sollten Arbeitgeber unbedingt darauf achten, dass eine Regelung in einem Arbeitsverhältnis besteht, nach der dieses automatisch endet, wenn der Arbeitnehmer die Regelaltersgrenze erreicht.

Arbeitgeber haben gerade in der Zeit des Fachkräftemangels ein starkes Interesse daran, Arbeitneh-

mer über die Regelaltersgrenze hinaus – befristet – weiter zu beschäftigen. Die Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer soll regelmäßig nur befristet erfolgen, um dem erhöhten Risiko der Leistungsminderung und der Erkrankung der Arbeitnehmer Rechnung zu tragen. Mit der Regelung in § 41 S. 3 SGB VI hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, eine solche befristete Weiterbeschäftigung eines Mitarbeiter über die Regelaltersgrenze hinaus zu erreichen, ohne einen Sachgrund hierfür zu benötigen. Die Arbeitsvertragsparteien können danach nämlich, wenn eine Vereinbarung die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze vorsieht, durch Vereinbarung während des Arbeitsverhältnisses den Beendigungszeitpunkt, gegebenenfalls auch mehrfach, hinausschieben.

Lange Zeit war umstritten, ob § 41 S. 3 SGB VI mit höherrangigem EU-Recht vereinbar ist. Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 28. Februar 2018 (Az.: C-46/17) nunmehr ausdrücklich entschieden, dass dieser Vorschrift europarechtliche Regelungen nicht entgegenstehen. Eine befristete Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers nach Erreichen der Regelaltersgrenze sei möglich.

Das Bundesarbeitsgericht hat dieses in seinem Urteil vom 19. Dezember 2018 (Az.: 7 AZR 70/17) auch noch einmal bestätigt. Darüber hinaus hat es jedoch – leider – die höchst umstrittene Frage ausdrücklich unentschieden gelassen, ob eine Hinausschiebungsvereinbarung nach § 41 S. 3 SGB VI voraussetzt, dass nur der Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses unter Beibehaltung der übrigen Vertragsbedingungen geändert wird. Einer Entscheidung dieser Frage

bedurfte es in seinem Rechtsstreit nicht. Aus der Entscheidung ergibt sich jedoch, dass es Arbeitsvertragsparteien ohne weiteres möglich ist, Änderungen des Arbeitsvertragsinhaltes rechtssicher zeitlich getrennt und unabhängig von der Hinausschiebungsvereinbarung vorzunehmen:

Das Arbeitsverhältnis des Klägers, der als Lehrer tätig war, endete nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder wegen Erreichens der Regelaltersgrenze am 31. Januar 2015. Am 20. Januar 2015 vereinbarten die Parteien, dass das Arbeitsverhältnis erst mit Ablauf des 31. Juli 2015 endet. Im März 2015 erhöhten sie schließlich die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit des Klägers. Die Klage des Klägers, dass sein Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der vereinbarten Befristung am 31. Juli 2015 geendet hat, blieb erfolglos.

FAZIT

- ▶ Ein Arbeitsvertrag endet nicht automatisch, wenn ein Arbeitnehmer die Regelaltersgrenze erreicht. Es muss vielmehr eine entsprechende Altersbefristung im Arbeitsvertrag (Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag) vereinbart sein.
- ▶ Der Arbeitgeber kann mit dem Arbeitnehmer nach § 41 S. 3 SGB VI die Beendigung des Arbeitsverhältnisses über die gesetzliche Regelaltersgrenze des Arbeitnehmers hinausschieben, ohne einen Sachgrund hierfür haben zu müssen.
- ▶ Eine inhaltliche Änderung des Arbeitsvertrages des Arbeitnehmers kann rechtssicher vorgenommen werden, wenn sie zeitlich getrennt von der Hinausschiebungsvereinbarung erfolgt.

Frank Martin Thomsen

KÜNDIGUNG EINES SCHWERBEHINDERTEN MENSCHEN

Der Gesetzgeber hat mit dem Bundesteilhabegesetz auch die Rechte der Schwerbehindertenvertretung gestärkt. Er hat nämlich in § 178 Abs. 2 S. 3 SGB IX ausdrücklich bestimmt, dass die Kündigung eines schwerbehinderten Menschen, die der Arbeitgeber ohne eine Beteiligung (Anhörung) der Schwerbehindertenvertretung ausspricht, unwirksam ist. Regelungen dazu, welchen Anforderungen die Anhörung

der Schwerbehindertenvertretung genügen muss und welche Fristen für diese gelten sollen, hat der Gesetzgeber nicht getroffen. Auch die Frage ist ungeklärt geblieben, wann die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung zeitlich zu dem Verfahren beim Integrationsamt erfolgen muss (»vorher, nachher oder gleichzeitig«).

Das Sächsische Landesarbeitsgericht hat in

seinem Urteil vom 8. Juni 2018 (Az.: 5 Sa 458/17) entschieden, dass die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung zu einer beabsichtigten Kündigung eines schwerbehinderten Menschen vor der Einleitung des Verfahrens beim Integrationsamt erfolgen müsse. Zur Begründung hat es insbesondere darauf hingewiesen, dass nach § 178 Abs. 2 S. 1 SGB IX der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung in allen Angelegenheiten, die einen schwerbehinderten Menschen betreffen, unverzüglich zu unterrichten und vor einer Entscheidung anzuhören hat. Eine erst kurz vor Ausspruch der Kündigung erfolgte Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung sei nicht mehr unverzüglich.

Das Bundesarbeitsgericht hat mit seinem Urteil vom 13. Dezember 2018 (Az.: 2 AZR 378/18), das derzeit nur als Pressemitteilung vorliegt, die Entscheidung des Sächsischen Landesarbeitsgerichtes aufgehoben. Zu den offenen Fragen hat es ausgeführt, dass der erforderliche Inhalt der Anhörung der Schwerbehindertenvertretung und die Dauer der Frist für eine Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung sich nach den für die Anhörung des Betriebsrates geltenden Grundsätzen (§ 102 BetrVG) richte. Darüber hinaus hat es klargestellt, dass die Kündigung eines schwer-

behinderten Menschen auch nicht allein deshalb unwirksam sei, weil der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung nicht unverzüglich über seine Kündigungsabsicht unterrichtet oder ihr das Festhalten an dem Kündigungsentschluss nicht unverzüglich mitgeteilt hat. Das Urteil des Bundesarbeitsgerichtes sorgt damit für Orientierung und Rechtssicherheit.

FAZIT

- ▶ Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen, die ein Arbeitgeber ohne Anhörung der Schwerbehindertenvertretung ausspricht, ist unwirksam.
- ▶ Die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung erfolgt nach den Grundsätzen des § 102 BetrVG.
- ▶ Eine zwingende Reihenfolge zwischen der Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung und der Einleitung des Verfahrens beim Integrationsamt, deren Nichtbeachtung die Unwirksamkeit der Kündigung eines schwerbehinderten Menschen zu Folge hätte, gibt es nicht. Gleichwohl gibt es gute Gründe, bei einer beabsichtigten Kündigung die Schwerbehindertenvertretung jedenfalls nicht erst nach dem Integrationsamt zu beteiligen.

Frank Martin Thomsen

ÄNDERUNGEN MVG.EKD BESCHLOSSEN

Die Synode der Evangelischen Kirche in Deutschland hat mit Zustimmung der Kirchenkonferenz am 14. November 2018 die Änderung des Mitarbeitervertretungsgesetzes der EKD beschlossen.

Eine wesentliche Änderung ist die Konfliktlösung in organisatorischen und sozialen Angelegenheiten (§ 40 MVG.EKD) mit der Mitarbeitervertretung innerhalb von verpflichtenden Einigungsstellen im neuen § 36 a MVG.EKD. Damit ist die alte Konfliktlösung durch die Kirchengerichte, die nur eine rechtliche Prüfung anstellen konnten, in diesen Fällen nicht mehr möglich. Bei Nichteinigung von Dienststellenleitung und Mitarbeitervertretung ist ab 2020 vielmehr die Einigungsstelle anzurufen, die dann ihrerseits eine verbindliche Regelung beschließt, die unmittelbar gilt.

Ferner wurde die sogenannte ACK-Klausel in

§ 10 MVG.EKD aufgegeben, die zwingend eine Mitgliedschaft der Mitarbeitervertreter/innen in einer christlichen Kirche zur Wählbarkeitsvoraussetzung machte. Zukünftig darf danach jeder Mitarbeiter und jede Mitarbeiterin, der/die in der Einrichtung arbeitet, unabhängig von der Kirchenzugehörigkeit auch in die Mitarbeitervertretung gewählt werden. Jedoch können die Gliedkirchen gemäß § 10 Abs. 1 S. 2 MVG.EKD noch immer bestimmen, dass nur Glieder einer christlichen Kirche oder Gemeinschaft, die der Arbeitsgemeinschaft Christlicher Kirchen in Deutschland angeschlossen ist, wählbar sind. Inwieweit die Gliedkirchen von dieser Möglichkeit Gebrauch machen werden, ist noch nicht absehbar.

Weitere Änderungen betreffen insbesondere eine verlängerte Frist zur Anrufung des Kirchengerichts sowie die Aufgaben und Befugnisse der Vertrauens-

person der schwerbehinderten Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen, die sich zukünftig wie im weltlichen Bereich nach den §§ 177 bis 179 SGB IX bestimmen.

FAZIT

► Das Mitarbeitervertretungsrecht wird dem Betriebsverfassungsrecht mehr und mehr angeglichen. Während die Konfliktlösung in organisatorischen und sozialen Angelegenheiten vor der Einigungsstelle

zwar für die Dienstgeber als wohl teurer, in vielen Fällen aber auch als sachgerechter als die Entscheidung durch das Kirchengericht angesehen werden kann, ist die Aufgabe der Anforderung einer zwingenden Kirchenmitgliedschaft für Mitarbeitervertreter/innen angesichts der bestehenden Besonderheiten des kirchlichen Dienstverhältnisses kritisch zu sehen.

Dr. Tina Lorenz

KEINE EUR 40,00 VERZUGSPAUSCHALE BEI VERZUG DES ARBEITGEBERS MIT ENTGELTZAHLUNG

Wir hatten im Battke Brief 1/2018 darüber berichtet, dass das Landesarbeitsgericht Köln entschieden hat, dass ein Arbeitgeber im Falle des Verzugs von Entgeltzahlungen nicht verpflichtet ist, die EUR 40,00 Verzugs pauschale zu zahlen, die seit dem 1. Juli 2016 im Bürgerlichen Gesetzbuch enthalten ist. Die Frage war jedoch umstritten, weil andere Landesarbeitsgerichte den Arbeitgeber verurteilten, EUR 40,00 Verzugs pauschale zu zahlen, wenn er mit Entgeltzahlungen im Verzug war. Nunmehr liegt eine obergerichtliche Klärung vor. Das Bun-

desarbeitsgericht hat sich erfreulich schnell des sehr umstrittenen Themas angenommen und mit Entscheidung vom 25. September 2018 (Az.: 8 AZR 26/18) entschieden, dass ein Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, die Verzugs pauschale von EUR 40,00 zu zahlen, wenn er einmal Entgelt verspätet auszahlt.

FAZIT

► Ein Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, im Falle des Verzugs mit Entgeltleistungen die in § 288 Abs. 5 BGB geregelte Verzugskosten pauschale zu zahlen.

Karsten Matthieß

BAFIN UNTERSAGT CARITASPENSIONSKASSE DAS NEUKUNDENGESCHÄFT

Mit Bescheid vom 11. Mai 2018, der nach Widerspruchseinlegung am 26. Oktober 2018 rechtskräftig geworden ist, hat die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht der Pensionskasse der Caritas VVaG wegen fehlender Kapitaldecke (Solvabilitätskapitalanforderung) und einem unzureichenden Sanierungsplan bis auf weiteres das Neukundengeschäft sowie die Erhöhung bestehender Versicherungsverhältnisse untersagt. Ein aufsichtsrechtliches Verbot von Neuversicherungen gegenüber der Kölner Pensionskasse VVaG ist in der KW 39/2018 erfolgt. Die Kirchliche Zusatzversorgungskasse Köln (KZVK) ist hiervon nicht betroffen.

Erstmalig ist nun das Szenario eingetreten, den kirchliche Dienstgeber – egal ob aus dem Bereich Diakonie oder Caritas – schon seit längerer Zeit gefürchtet haben. Bei Abschluss neuer Dienstverträge

nach dem 20. September 2018 sollte unbedingt beachtet werden, dass die von § 8 a der VersO B der Anlage 8 zu den AVR Caritas vorgesehene Versicherungspflicht bei der Pensionskasse der Caritas VVaG bzw. bei der Kölner Pensionskasse VVaG (derzeit) nicht vereinbart werden kann.

Die Arbeitsrechtliche Bundeskommission hat deshalb am 11. Oktober 2018 eine Änderung der Anlage 8 zu den AVR beschlossen und die Versicherungspflicht nach der Versorgungsordnung B ausgesetzt. Mitarbeiter, deren Dienstverhältnis nach dem 20. September 2018 begann, erhalten stattdessen mit den Bezügen für den Monat Dezember 2018 eine einmalige Zuwendung in Höhe der Beiträge, die vom Dienstgeber bei Bestehen einer Versicherungspflicht und dem Abschluss einer Zusatzrentenversicherung im Kalenderjahr 2018 hätten erbracht wer-

den müssen. Damit soll eine private Altersvorsorge für diesen Zeitraum ermöglicht werden. Ab dem 1. Januar 2019 besteht wieder Versicherungspflicht auch für diese Mitarbeiter dahingehend, dass die Zusatzrentenversicherung auch bei einer anderen Einrichtung der betrieblichen Altersversorgung oder einem Versicherungsunternehmen erfolgen kann.

Es ergeben sich jedoch hinsichtlich bestehender Zusatzversicherungsverträge immer dann finanzielle Risiken für die Dienstgeber, wenn eine kirchliche Zusatzversorgungseinrichtung zukünftig wegen geschrumpfter Kapitaldecke nicht mehr oder nicht mehr vollständig in der Lage ist, die bereits entstandenen und fälligen Pensionsverpflichtungen zu bedienen. Dies betrifft derzeit insbesondere die Pensionskasse der Caritas VVaG bzw. die Kölner Pensionskasse VVaG, kann aber auch andere Zusatzversorgungseinrichtungen im Bereich der Diakonie oder Caritas betreffen. Mögliche Lösung könnte einerseits eine Nachschusspflicht sein, bei welcher der Dienstgeber Sanierungsbeiträge o. Ä. an die betreffende Zusatzversorgungskasse zu leisten hat. In Betracht kommt andererseits eine Leistungskürzung bei den Mitarbeitern. Dies könnte jedoch zu Schadensersatzansprüchen der Mitarbeiter in Höhe der ausgefallenen

Leistungen direkt gegen den Dienstgeber führen. Für welchen Weg sich die Arbeitsrechtliche Bundeskommission im vorliegenden Fall entscheiden wird und welche Folgen das für die Dienstgeber haben wird, ist im Moment noch nicht abzusehen.

Diese Situation kann für die Dienstgeber wesentlich einschneidender sein als die bloße Untersagung von neuen Versicherungsverhältnissen, denn während im letzten Fall eine Regelungsänderung der AVR-Vorschriften die Problematik beseitigen kann, sind bei Nachschusspflichten oder Schadensersatzansprüchen erhebliche finanzielle Belastungen der Dienstgeber zu befürchten.

FAZIT

- ▶ Dienstgeber sollten die Kapitalentwicklung der Zusatzversorgungskassen und etwaige Prüfungen der BaFin genauestens im Blick behalten, um auf mögliche Risiken rechtzeitig reagieren zu können.
- ▶ Räumen die AVR Wahlmöglichkeiten zwischen mehreren Altersvorsorgemöglichkeiten ein, sollte bei der Evaluierung nicht nur der aktuelle Beitrag, sondern auch das Risiko von Nachschusspflichten bzw. Schadensersatzansprüchen berücksichtigt werden.

Kristian Glowe und Dr. Tina Lorenz

ERBEN HABEN ANSPRUCH AUF AUSZAHLUNG DES URLAUBSANSPRUCHS DES VERSTORBENEN

Stirbt ein Arbeitnehmer und hat er aus seinem laufenden Arbeitsverhältnis noch Urlaubsansprüche, so wandeln sich diese im Todeszeitpunkt in einen Urlaubsabgeltungsanspruch um. Die Erben des verstorbenen Arbeitnehmers können dann vom Arbeitgeber die Auszahlung des Urlaubs verlangen. Das entschied nun der Europäische Gerichtshof mit Urteil vom 6. November 2018 (Az.: C-569/16 und C-570/16).

Das Bundesarbeitsgericht sah das bislang anders und bewilligte den Erben nur dann einen Anspruch, wenn der Anspruch auf Urlaubsabgeltung auch bereits beim Verstorbenen vor dessen Tod entstanden war, d.h. das Arbeitsverhältnis noch zu Lebzeiten beendet wurde. Das Bundesarbeitsgericht stützte sich hierbei auf den Wortlaut des § 7 Abs. 4 BUrlG, der einen Urlaubsabgeltungsanspruch nur bei Beendigung des Arbeits-

verhältnisses vorsieht. Diese Sicht stünde jedoch nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofes in Widerspruch zu der europäischen Richtlinie (2003/88/EG), die dem deutschen Urlaubsrecht zu Grunde liegt. Nationale Vorschriften, die der europäischen Richtlinie entgegenstehen, müssen dann unberücksichtigt bleiben – die Erben können ihren Anspruch unmittelbar auf das Recht der europäischen Union stützen, so der Europäische Gerichtshof. Wie die deutschen Gerichte, allen voran das Bundesarbeitsgericht, mit dieser Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs umgehen werden, bleibt abzuwarten.

FAZIT

- ▶ Ob das Bundesarbeitsgericht seine bisherige Rechtsprechung aufgeben wird, muss abgewartet werden.

In Instanzgerichte, die schon bisher z.T. die Vererbbarkeit des Urlaubsanspruches aus einem laufenden Arbeitsverhältnis anerkannten, dürften sich durch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs aber bestätigt sehen.

► Arbeitgeber sollten sich auf entsprechende Forderungen der Erben gefasst machen. Um eine mehrfache

Inanspruchnahme zu vermeiden, sollten sich Arbeitgeber vor einer Auszahlung einen Erbschein oder einen sonstigen Nachweis zeigen lassen, aus dem sich ergibt, dass der Hinterbliebene Erbe ist.

Daniela Guhl

Geistiges Eigentum (IP)

NACHAHMUNGSSCHUTZ FÜR GASTRONOMIEKONZEPT NACH DEM WETTBEWERBSRECHT

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat mit Urteil vom 22. November 2018 (Az.: 15 U 74/17) entschieden, dass Gastronomiekonzepte Nachahmungsschutz nach dem Wettbewerbsgesetz genießen, wenn sie die erforderliche wettbewerbsrechtliche Eigenart aufweisen.

Die Klägerin in diesem Verfahren ist Betreiberin einer Gastronomie-Kette, in deren Schnellrestaurants Imbissklassiker wie »Pommes Frites« kombiniert mit frischen Zutaten in einer modernen, lockeren Vintage-Atmosphäre verkauft werden. Wesentliche Gestaltungselemente der Ladenlokale sind die von der Klägerin einheitlich in allen ihren Geschäften verwendeten schwarzen Menükarten und Standtafeln, die mit markanten Produktbezeichnungen und Produktfotos ins Auge fallen sowie die Einrichtung der Ladenlokale mit Wänden aus roten Klinkersteinen, schwarzen Marmorfliesen, Holzvertäfelungen und grünen, moosbedeckten Wänden. Die Klägerin ist der Ansicht, dass die Beklagte in ihrem Restaurant das Gastronomiekonzept der Klägerin in unlauterer Weise nachahme, indem vor allem die Präsentation des Speiseangebots nahezu identisch sei.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf gab dem geltend gemachten Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch der Klägerin statt. Das in den Ladenlokalen der Klägerin einheitlich umgesetzte Gastronomiekonzept der Klägerin stelle in seiner konkreten Ausgestaltung ein dem lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz zugängliches Erzeugnis dar. Die beschriebene Präsentation der Speisen besitze einen Wiedererkennungseffekt, der geeignet sei, dem Verkehr als Herkunftshinweis zu dienen. Zwar habe die Beklagte das Konzept der Klägerin nicht

identisch übernommen. Trotz der vorhandenen Unterschiede in der Gestaltung des Ladenlokals der Beklagten liege aber nach Auffassung des Gerichts eine sogenannte nachschaffende Leistungsübernahme vor, die lauterkeitsrechtlich gleichermaßen verboten sei. Bei einer nachschaffenden Leistungsübernahme liegt eine »bloße« Annäherung an das Originalprodukt vor. Die fremde Leistung wird als Vorbild benutzt und nachschaffend unter Einsatz eigener Leistung wiederholt. Unter Anwendung dieses Grundsatzes bejaht das Gericht eine Nachahmung des Konzepts der Klägerin. Die Beklagte habe die Menükarten nahezu identisch übernommen und wesentliche Gestaltungsmerkmale sogar imitiert. Hierdurch sei eine erkennbare Anlehnung an das Original gegeben, die schließlich auch zu einer vermeidbaren Herkunftstäuschung führe. Die Beklagte hatte vergeblich eingewandt, durch die abweichende Bezeichnung ihres Lokals und die unterschiedliche Gestaltung des Logos würde eine Herkunftstäuschung nicht vorliegen. Das Oberlandesgericht stufte in Bezug auf das Gastronomiekonzept die Präsentation des Speiseangebots und die Gestaltung des Ladenlokals als im Vordergrund stehend ein. Mithin wäre es der Beklagten ohne weiteres möglich gewesen, auf eine andere Gestaltungsform auszuweichen und damit auf Abstand zu dem Original zu gehen.

FAZIT

► Innovative Gastronomie- und Werbekonzepte können vor identischer und nachschaffender Leistungsübernahme geschützt sein.

Manuela Leinung

BESUCHERFOTOS VON GEMÄLDEN AUS MUSEEN KÖNNEN RECHTSWIDRIG SEIN

Bis zu 70 Jahre nach dem Tod stehen dem Urheber sämtliche vermögensrechtliche sowie urheberpersönlichkeitsrechtliche Befugnisse an einem urheberrechtlich geschützten Werk, wie z. B. einem Gemälde, zu. Besucher verschiedener Museen wähten sich daher in Sicherheit, wenn sie Fotos von Gemälden oder anderen Werken gemacht und diese z.B. ins Internet gestellt haben, deren Urheber mehr als 70 Jahre tot sind. Der unter anderem für das Urheberrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat nun aber entschieden, dass eine Rechtsverletzung vorliegt, wenn Besucher Fotografien der im Museum ausgestellten Werke anfertigen und diese verbreiten bzw. im Internet öffentlich zugänglich machen, soweit in dem Museum ein Fotografieverbot besteht.

In dem Verfahren nahm die Klägerin, Betreiberin des Reiss-Engelhorn-Museums in Mannheim, einen Fotografen in Anspruch, der ehrenamtlich für die deutschsprachige Ausgabe von Wikipedia aktiv ist. Der Beklagte fertigte in dem Museum mehrere Fotografien von den Gemälden und anderen Objekten an und stellte diese in das Internetlexikon ein. Hiergegen klagte die Betreiberin des Museums auf Unterlassung sowie Ersatz der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten. Sie berief sich darauf, dass der Beklagte den Besichtigungsvertrag verletzt habe, in dem unter anderem ein Fotografieverbot geregelt war.

Der Bundesgerichtshof folgte der Auffassung des Klägers. Das Fotografieverbot sei Teil der Benutzungsordnung des Museums, welche Allgemeine Geschäftsbedingungen darstelle. Diese Bedingungen wurden ordnungsgemäß in den Besichtigungsvertrag einbe-

zogen, welcher mit dem Erwerb der Eintrittskarte für das Museum zustande komme. Besucher bzw. Fotografen dürfen daher keine Fotos von Werken an Dritte weitergeben bzw. die Fotos öffentlich wiedergeben, wie zum Beispiel ins Internet stellen, wenn es in dem Museum verboten ist, zu fotografieren.

Der Bundesgerichtshof knüpft mit dieser Entscheidung an seine bisherige Rechtsprechung an, mit der er es auch als Rechtsverletzung einstufte, wenn Fotografen Gebäude fotografierten und sich bei Aufnahme auf dem jeweiligen Grundstück des jeweiligen Eigentümers befanden, für welches der Eigentümer aber ein Fotografieverbot vorgesehen hatte. Die Verwertung von derartigen Aufnahmen ist ebenso eine Rechtsverletzung.

FAZIT

- ▶ Die Verbreitung bzw. das Hochladen von Fotografien, die von Werken in Museen, Burgen und Schlössern etc. angefertigt werden, stellt eine Rechtsverletzung dar, wenn ein Fotografieverbot geregelt ist.
- ▶ Besucher bzw. Fotografen haben damit nicht nur zu berücksichtigen, dass an den Werken bis zu 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers ein Urheberrecht bestehen kann. Vielmehr kann die Rechtsverletzung allein schon bei Verstoß gegen das Fotografieverbot eintreten.
- ▶ Betreiber von Museen und Ausstellungen haben mit der Einrichtung eines Fotografieverbots nunmehr weitreichende Möglichkeiten, eine Verwertung der Werke in der Ausstellung durch Dritte zu verhindern.

Dr. Daniel Schöneich

DATENSCHUTZVERSTÖSSE FÜR WETTBEWERBER ABMAHNFÄHIG

Seit Inkrafttreten der DSGVO ist in der Literatur und Rechtsprechung umstritten, ob Unternehmen gegen Konkurrenten nach den Vorschriften des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) vorgehen können, wenn der Konkurrent gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen, insbesondere gegen Normen der DSGVO, verstößt.

Das Oberlandesgericht Hamburg hat mit Urteil vom 25. Oktober 2018 entschieden, dass auch nach Inkrafttreten der DSGVO Wettbewerber Datenschutzverstöße über das Wettbewerbsrecht gegen Konkurrenten geltend machen und diese unter anderem auf Unterlassung in Anspruch nehmen können. Zwei Pharmaunternehmen hatten darüber gestritten, dass

die Beklagte Bestellbögen für den Vertrieb von apothekenpflichtigen Medikamenten nutzte, die über den jeweils behandelnden Arzt und die Apotheke an das Pharmaunternehmen weitergeleitet wurden. Auf den Bestellbögen waren verschiedene personenbezogene Daten, wie der Name und das Geburtsdatum angegeben. Die Klägerin nahm daraufhin die Beklagte wegen einer unzulässigen Verarbeitung personenbezogener Daten auf Unterlassung in Anspruch. Sie behauptete, dass die Namen bzw. weitere personenbezogene Daten auf dem Bestellbogen nicht enthalten sein müssten, um den Vertrieb der Medikamente über die Apotheken sicherzustellen. Vielmehr sei die Verwendung eines Pseudonyms ausreichend.

Das Oberlandesgericht entschied, dass einerseits tatsächlich ein Datenschutzverstoß vorliege, da die Beklagte nicht vortragen konnte, warum die Verwendung des Klarnamens anstelle des Pseudonyms erforderlich sei. Zudem gelangte das Oberlandesgericht Hamburg zu der Auffassung, dass die DSGVO ebenso zulasse, dass Wettbewerber Datenschutzverstöße über das Wettbewerbsrecht geltend machen können und insoweit Unterlassungsansprüche gegen Konkurrenten gerichtet werden können.

Da aber unabhängig von der grundsätzlichen Anwendbarkeit wettbewerbsrechtlicher Vorschriften

bei einem Verstoß gegen Datenschutzbestimmungen auch jeweils die Frage zu klären ist, ob die verletzte Datenschutznorm auch eine Marktverhaltensregel im Sinne des UWG ist, also das Verhalten des Wettbewerbers im Geschäftsverkehr regeln soll, musste das Gericht die Klage dennoch abweisen. Denn die Nutzung der personenbezogenen Daten erfolgte vorliegend gerade nicht für Werbezwecke, sondern zur Gesundheitsvorsorge. Es ist aber davon auszugehen, dass das Oberlandesgericht einen Wettbewerbsverstoß angenommen hätte, wenn das Pharmaunternehmen unter Nutzung der personenbezogenen Daten Werbung gegenüber dem Kunden gemacht hätte.

FAZIT

- ▶ Auch nach Inkrafttreten der DSGVO bleibt es für Wettbewerber möglich, gegen Konkurrenten vorzugehen, die Datenschutzverstöße begehen, vor allem, wenn diese rechtswidrig personenbezogene Daten für die Werbung verwenden.
- ▶ Die Entscheidung bildet eine gute Grundlage, Wettbewerber tatsächlich in Anspruch nehmen zu können. Allerdings muss beachtet werden, dass es höchstgerichtliche Rechtsprechung, bspw. durch den Bundesgerichtshof, noch nicht gibt.

Dr. Daniel Schöneich

HAFTUNG DES BETREIBERS EINER BEWERTUNGSPLATTFORM

Das Oberlandesgericht München hat am 13. November 2018 (Az.: 18 U 1280/16 Pre) entschieden, dass der Betreiber einer Bewertungsplattform im Internet als unmittelbarer Störer haftet, wenn er im Hinblick auf die Gesamtbewertung eines Unternehmens lediglich den anhand der von ihm aus allen abgegebenen Einzelbewertungen selbst ausgewählten Einzelbewertungen (sog. »empfohlene Beiträge«) errechneten Durchschnitt veröffentlicht.

Die Beklagte betreibt im Internet ein Bewertungsportal. Auf dieser Plattform werden zwei Fitnessstudios der Klägerin mit einer Gesamtbewertung von zweieinhalb bzw. drei von fünf möglichen Sternen im Gesamtdurchschnitt bewertet, wobei die Gesamtbewertung jeweils auf zwei bzw. drei sogenannten

»empfohlenen Beiträgen« beruht. Die weiteren 74 bzw. 75 für die beiden Fitnessstudios der Klägerin abgegebenen Einzelbewertungen haben keinen Eingang in die Gesamtbewertung der Beklagten gefunden. Auf sie wird lediglich unter dem Link »74 bzw. 75 andere Beiträge, die momentan nicht empfohlen werden« hingewiesen. Die Auswahl der »empfohlenen Beiträge« erfolgt auf Grundlage einer Software der Beklagten, die unter allen abgegebenen Bewertungen nur diejenigen auswählt, die sie für vertrauenswürdig und nützlich hält.

Das Oberlandesgericht München entschied, dass die Beklagte im gegebenen Fall als unmittelbare Störerin nach § 7 Abs. 1 TMG haftet. Die Beklagte habe nicht nur den Gesamtdurchschnitt der auf ihrer

Bewertungsplattform abgegebenen Einzelbewertungen veröffentlicht und damit Äußerungen Dritter wiedergegeben, sondern eine eigene Äußerung getätigt, nämlich welche Bewertung sie aufgrund eigener Auswahl und Beurteilung der abgegebenen Einzelbewertungen für zutreffend halte. Diese Äußerung sei dem Kern nach zwar als Meinungsäußerung zu qualifizieren, allerdings müsse im Rahmen der verfassungsrechtlich gebotenen Grundrechtsabwägung Berücksichtigung finden, dass die Meinungsäußerung einen erwiesenen falschen oder bewusst unwahren Tatsachekern enthalte. Denn die von der Beklagten ermittelte Gesamtbewertung beruhe auf einer unzutreffenden Tatsachengrundlage. Eine ausreichende Informationsgrundlage, so das Oberlandesgericht München, setze angesichts der subjektiv geprägten Bewertungen Dritter einen möglichst vollständigen Überblick über alle abgegebenen Bewertungen voraus. An der erforderlichen vollständigen Darstellung einer »Vielzahl von subjektiven Wahrnehmungen« fehle es, wenn mehr als 95 Prozent der abgegebenen Bewertungen nicht bei der abgegebenen Gesamtbewertung berücksichtigt würden, ohne dass dies für den Nutzer ohne weiteres erkennbar sei. Dadurch würde ein insgesamt

verzerrtes Gesamtbild entstehen. Dies zeigt sich vor allem auch daran, dass die Nutzer, deren Bewertung nicht berücksichtigt worden sind, überwiegend 4 oder 5 Sterne für die Fitnessstudios der Klägerin vergeben haben, sodass die ausgewiesene Gesamtbewertung erheblich vom rechnerischen Durchschnitt der Einzelbewertungen abweiche. Erschwerend sei auch zu berücksichtigen, dass sich die Nutzer von Bewertungsplattformen in der Regel nur einen flüchtigen Eindruck von der Gesamtbewertung eines Unternehmens machen und sich Angebote mit unterdurchschnittlicher Bewertung nicht weiter anschauen.

Das Oberlandesgericht München entschied daher, dass das Grundrecht der Meinungsfreiheit hinter dem Schutzinteresse der Klägerin zurücktreten müsse und bejahte einen Unterlassungsanspruch der Klägerin. Das Gericht ließ die Revision zu, sodass eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs in dieser Sache zu erwarten ist.

FAZIT

- Gesamtbewertungen auf Bewertungsplattformen als eigene Äußerung des Betreibers sind angreifbar.

Manuela Leinung

Medizin- und Sozialrecht

VERFASSUNGSBESCHWERDEN GEGEN BSG-RECHTSPRECHUNG ZU AUFWANDSPAUSCHALE BEI DER PRÜFUNG VON KRANKENHAUSABRECHNUNGEN ZURÜCKGEWIESEN

Gegen die Rechtsprechung des 1. Senates des Bundessozialgerichts, nach der die Aufwandspauschale bei der Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit einer Krankenhausabrechnung nicht geltend gemacht werden konnte, hatten sich Träger verschiedener Krankenhäuser gewandt. Das Bundessozialgericht hatte bezogen auf die Rechtslage vor 2016 entschieden, dass es bei der Prüfung einer Krankenhausabrechnung unter Einbeziehung des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen (MDK) neben der gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen »Auffälligkeitsprüfung« auch eine davon unabhängige »Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit« gab, die zu keinem Anspruch der

Krankenhausträger auf Zahlung einer Aufwandspauschale gegen die Krankenkassen führte. Die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung hat das Bundessozialgericht dabei nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes nicht überschritten. Einfachrechtlich sei zwar ein anderes Verständnis der maßgeblichen Vorschriften vertretbar, wenn nicht sogar naheliegend. Das führe aber nicht zur Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Entscheidungen nach der bis 31. Dezember 2015 geltenden Rechtslage. Die am 26. November 2018 vom Bundesverfassungsgericht gefassten Beschlüsse wurden am 8. Januar 2019 veröffentlicht (Az.: 1 BVR 318/17, 1 BVR 2207/17, 1 BVR 1474/17).

Medizin- und
Sozialrecht

Damit hat das Bundesverfassungsgericht eine bis zur Gesetzesänderung zum 1. Januar 2016 umstrittene Frage im Sinne der Krankenkassen entschieden. Mit Wirkung zum 1. Januar 2016 hatte der Gesetzgeber als Reaktion auf die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts in § 275 Abs. 1c SGB V einen Satz 4 angefügt. Danach ist als Prüfung jede Prüfung der Abrechnung eines Krankenhauses anzusehen, mit der die Krankenkasse den MDK beauftragt und die eine Datenerhebung durch den MDK beim Krankenhaus erfordert. Für die Zeit davor war streitig, ob alle denkbaren Prüfungen von Krankenhausabrechnungen durch die Krankenkasse unter Einbeziehung des MDK von der gesetzlichen Regelung erfasst waren und die Krankenkassen gegebenenfalls die vorgesehene Aufwandspauschale in Höhe von EUR 300,00 zu zahlen hatten. Oder ob es – so die Rechtsprechung des 1. Senats des Bundessozialgerichts – neben einer geregelten »Auffälligkeitsprüfung« noch eine davon unabhängige »Prüfung

der sachlich-rechnerischen Richtigkeit« gab, die keine Aufwandspauschale auslöse.

FAZIT

- ▶ Das Bundesverfassungsgericht ist der Auffassung, dass dem Wortlaut der Regelung nicht entnommen werden konnte, dass die Vorschrift zwingend alle denkbaren Abrechnungsprüfungen der Krankenkassen unter Einbeziehung des MDK erfasse und gegebenenfalls die Zahlung einer Aufwandspauschale auslöse. Der Wille des Gesetzgebers (Einführung des § 275 Abs. 1c Satz 4 SGB V zum 1. Januar 2016) stehe dem nicht entgegen.
- ▶ Für die Zeit vor der Gesetzesänderung zum 1. Januar 2016 bleibt es deshalb bei der vom Bundessozialgericht vertretenen Auffassung, dass das Gesetz die »pauschalenfreie« Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit und die »pauschalenpflichtige« Prüfung bei Auffälligkeit unterscheidet.

Sebastian Stücker, M.Mel.

Vergaberecht

EINDEUTIGE LEISTUNGSBESCHREIBUNG – PFLICHT, NICHT KÜR FÜR DEN AUFTRAGGEBER

Vergaberecht

§ 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber, die Leistung so eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, dass alle Unternehmen die Beschreibung im gleichen Sinn verstehen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können. Die Erfüllung dieser nachvollziehbaren Verpflichtung bereitet öffentlichen Auftraggebern und den beauftragten Ingenieur- und Planungsbüros zum Teil jedoch erhebliche Schwierigkeiten.

In dem von der VK Sachsen-Anhalt zu entscheidenden Sachverhalt hatte der öffentliche Auftraggeber im Wege der öffentlichen Ausschreibung die Instandsetzung einer Brücke ausgeschrieben. Zu den erforderlichen Arbeiten zählte auch das Herstellen, Vorhalten, Unterhalten und Beseitigen von Gerüsten. Zwar sah das Leistungsverzeichnis die entsprechende Position und die Eintragung eines Pauschalpreises vor, jedoch war bei der Mengenangabe »0,000« voreingetragen.

Statt diesen offenkundig klärungsbedürftigen Aspekt jedoch durch eine Bieteranfrage zu lösen,

sind die bietenden Unternehmen hier nach eigenem Gutdünken vorgegangen. Das Unternehmen mit dem preislich günstigsten Angebot hatte bei der Leistungsposition zwar einen Einheitspreis angeboten, ihn jedoch in die Endsumme nicht eingerechnet. Andere Bieter haben in dem Leistungsverzeichnis die Menge von »0,000« auf »1,000« gesetzt, einen Einheitspreis angeboten und in die Endsumme eingerechnet.

Bei Auswertung der Angebote ist dem beauftragten Ingenieurbüro der Fehler im Leistungsverzeichnis aufgefallen. Im Zuge der Wertung hat es daher bei allen Angeboten die Mengenangabe auf »1,000« geändert und entsprechende Einheitspreise in die Endsumme eingerechnet. Dies hatte zur Folge, dass der ursprünglich preisgünstigste Bieter nunmehr auf Platz 2 verwiesen wurde. Gegen diese Wertungsentcheidung des Auftraggebers wandte sich der Bieter mit seinem Begehren an die VK Sachsen-Anhalt. Im Ergebnis konnte der Bieter zwar verhindern, dass ein konkurrierender Mitbewerber den Zuschlag erhält,

die Zuschlagserteilung auf sein Angebot kam jedoch auch nicht in Betracht.

In der Entscheidung vom 25. September 2018 (Az.: 3 VK LSA 58/18) hat die VK Sachsen-Anhalt ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Grundsätze von Transparenz und Gleichbehandlung es erfordern, dass die Angebote in jeder Hinsicht vergleichbar sind. Eine solche Vergleichbarkeit setzt jedoch voraus, dass die Angebote auf Grundlage völlig identischer Vergabeunterlagen eingereicht und gewertet werden. Dies ist jedoch nicht mehr der Fall, wenn nach Angebotseingang nachträglich Korrekturen am Leistungsverzeichnis vorgenommen werden. Dabei ist es unerheblich, ob entsprechende Änderungen durch den Auftraggeber oder durch einen Bieter erfolgen. Die nachträgliche Berücksichtigung der mit »0,000« vorgesehenen Leistungen kann nicht im Zuge der rechnerischen Prüfung gemäß § 16 c VOB/A erfolgen. Die rechnerische Prüfung soll dazu dienen, Rechenfehler im Angebot selbst aufzudecken und zu berichtigen, nicht jedoch den Angebotsumfang in Bezug auf die Leistung zu ändern.

So war es dem Auftraggeber auch verwehrt, die versehentlich nicht berücksichtigte Leistungsposition als Bedarfsposition zu werten. Dies bereits deswegen, da eine Bedarfsposition nach § 7 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A grundsätzlich unzulässig ist, wenn sie von der Zahl oder ihrem Gewicht her keine sichere Beurteilung mehr erlaubt, welches Angebot das wirtschaftlichste ist, insbesondere wenn diese Bestandteile der Beschreibung ein solches Gewicht in der Wertung ent-

halten, dass sie für die Zuschlagserteilung maßgebliche Bedeutung erhalten. Das war vorliegend der Fall.

Abschließend wies die VK Sachsen-Anhalt darauf hin, dass in den Fällen, in denen unterschiedliche Angebote vorliegen, weil der öffentliche Auftraggeber kein eindeutiges und erschöpfendes Leistungsverzeichnis vorgegeben hat, die rechtlich einzig zulässige Lösung darin besteht, dass bei fortbestehender Vergabeabsicht das Verfahren ab Versendung der korrigierten Vergabeunterlagen wiederholt wird.

Auch die Unternehmen, die vorausgehend die Mengenangabe von 0,000 auf 1,000 geändert hatten, konnten mit einer solchen Vorgehensweise keinen Erfolg haben. Diese Angebote sind gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A in Verbindung mit § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A wegen Änderung der Vergabeunterlagen zwingend von der Bewertung auszuschließen.

FAZIT

- ▶ Der öffentliche Auftraggeber ist verpflichtet, die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Unternehmen die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen.
- ▶ Fehler bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses können nach Angebotsabgabe nicht mehr einseitig durch den Auftraggeber korrigiert werden. Erforderlich ist vielmehr, dass der Auftraggeber die Bieter unter Zurverfügungstellung eines überarbeiteten Leistungsverzeichnisses erneut zur Angebotsabgabe auffordert.

Dr. Ludger Meuten

REFERENZEN ÜBER AUFTRÄGE MIT VERWENDETEN »ORIGINALTEILEN«

Die Prüfung der Eignung eines Bieters hinsichtlich seiner technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit erfolgt regelmäßig und zulässigerweise über die Angabe von Referenzen. In einem von dem Kammergericht (Vergabesenat) Berlin zu entscheidenden Sachverhalt hatte der Auftraggeber zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit Referenzaufträge gefordert, welche »im Hinblick auf Umfang, Komplexität und Anforderungen« dem ausgeschriebenen Auftrag lediglich »ähneln« müssen. Die

Auftragsbekanntmachung, welche das Erfordernis der Vorlage der Referenzaufträge enthielt, forderte den »verpflichtenden Einsatz von Originalteilen« für den ausgeschriebenen Auftrag.

Nach Auffassung des Vergabesenats des Kammergerichts in seinem Beschluss vom 14. November 2018 (Az.: Verg 7/18) muss der Referenzauftrag jedoch keineswegs dasselbe Fabrikat zum Gegenstand haben, wie der ausgeschriebene Auftrag. Dies deshalb, da der Auftraggeber gefordert hat, dass die Referenz-

aufträge im Hinblick auf Umfang, Komplexität und Anforderungen dem ausgeschriebenen Auftrag lediglich »ähneln« müssen. Dies bedeutet, dass die bei der Ausführung des ausgeschriebenen Auftrages zu verwendenden Originalteile nicht bereits mit jenen Originalteilen identisch sein müssen, die bei der Ausführung des Referenzauftrages verwendet worden sind. Für die Referenzen genügt es daher, dass bei diesen ebenfalls Originalteile des jeweiligen Herstellers Verwendung gefunden haben, ohne dass der Hersteller bzw. dessen Originalteile bereits mit jenen identisch sein müssen, die bei der Ausführung des ausgeschriebenen Auftrages zum Einsatz kommen sollen.

FAZIT

- ▶ Wenn im Hinblick auf Umfang, Komplexität und Anforderungen die Referenzaufträge dem ausgeschriebenen Auftrag lediglich ähneln müssen, muss der Referenzauftrag keineswegs dasselbe Fabrikat zum Gegenstand haben wie der ausgeschriebene Auftrag.
- ▶ Der Auftraggeber ist verpflichtet, die Anforderungen an die Referenzleistungen klar und eindeutig zu formulieren. Verbleiben Zweifel, gehen diese zulasten des Auftraggebers.

Juliane Pethke

Über uns

BATTKE GRÜNBERG BAUT BEZIEHUNGEN ZU CHINESISCHEN KANZLEIEN AUS

Zum dritten Mal nahm Herr Rechtsanwalt Dr. Daniel Schöneich am deutsch-chinesischen Rechtsanwaltsaustausch teil, der diesmal in der Metropole Nanning im Süden Chinas stattfand. In dem von der Robert Bosch Stiftung geförderten und der Bundesrechtsanwaltskammer sowie der chinesischen Rechtsanwaltskammer unterstützten Programm kam vom 3. Dezember bis zum 8. Dezember 2019 eine Delegation deutscher und chinesischer Anwälte zusammen, um sich über verschiedene Themen des Rechts des geistigen Eigentums rechtsvergleichend auszutauschen. Dabei ging es unter anderem darum, welche Besonderheiten sich für Lizenzverträge, aber auch im Fall von Streitigkeiten in den unterschiedlichen Ländern ergeben. Die einzelnen Seminare fanden in

den jeweils größten Kanzleien der Region statt, sodass neben dem fachlichen Austausch der Pool chinesischer Kooperationskanzleien erweitert wurde, welche Mandanten von Battke Grünberg bei Aktivitäten in Asien unterstützen können.

Den Höhepunkt des Rechtsanwaltsaustausches bildete die Teilnahme an der Jahrestagung der chinesischen Rechtsanwaltskammer zum geistigen Eigentum, bei der über 200 Teilnehmer aus Asien anwesend waren. Bei dieser Tagung hielt Herr Rechtsanwalt Dr. Daniel Schöneich einen Vortrag zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in Europa bzw. dem dazugehörigen deutschen Gesetzesentwurf zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und



© Li Haiho

Offenlegung. Dieser Gesetzesentwurf soll dieses Jahr in Deutschland umgesetzt werden.

Der Rechtsanwaltsaustausch hat erneut gezeigt, dass China als Handelspartner für deutsche Unternehmen nicht mehr wegzudenken ist. Interessant ist dabei, dass die Rechtssysteme gar nicht so verschieden

sind, sodass deutsche Unternehmen die verschiedenen Regelungen bei der Expansion nach China vertraut vorkommen werden. Das Team von Battke Grünberg unterstützt daher gern Unternehmen, die Handelsbeziehungen nach China aufbauen oder ausbauen bzw. vielleicht sogar Standorte vor Ort etablieren wollen.

BATTKE GRÜNBERG ALS BESTER ARBEITGEBER REGION NOMINIERT



Die azur-Redaktion des JUVE Verlags zeichnet jährlich Arbeitgeber für ihr Engagement aus. Die Auszeichnung wird von der Redaktion erstmals im Jahr 2019 in der neuen Kategorie »Bester Arbeitgeber Region« vergeben. In ganz Deutschland werden für diese Kategorie nur fünf Kanzleien benannt. Am 14. März 2019 finden in Köln die Bekanntgabe des Siegers und die Preisverleihung statt. Wir freuen uns sehr, dass auch Battke Grünberg nominiert ist und daher schon jetzt als einer der besten fünf Arbeitgeber Deutschlands gilt!

Veranstaltungen & Vorträge

I. FRÜHSTÜCKE

Arbeitsrechtsfrühstück 2019

Das Arbeitsrechtsfrühstück der Battke Grünberg Rechtsanwälte PartGmbH findet im neuen Jahr

- am 22. März 2019, 9:00 Uhr bis 12:30 Uhr
- im Hotel Taschenbergpalais Kempinski Dresden statt.

Grünes Frühstück 2019

Das Frühstück »Gewerblicher Rechtsschutz« der Battke Grünberg Rechtsanwälte PartGmbH findet

- am 24. Mai 2019, 9:00 Uhr bis 12:00 Uhr
- im Hotel Taschenbergpalais Kempinski Dresden statt.

Informationen zur Anmeldung zu den Frühstücken erhalten Sie demnächst unter www.battke-gruenberg.de

II. ARBEITSRECHT

Thema: Arbeitsrecht aktuell

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

Ort: Moritzburg

Datum: 19. März 2019

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

Anmeldungen sind unter www.diakademie.de möglich.

Thema: Arbeitsrecht für Führungskräfte

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Ort: Dresden

Datum: 20. März 2019

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

Anmeldungen sind unter www.rkw-sachsen.de möglich.

Veranstaltungen
Frühstücke

Veranstaltungen
Arbeitsrecht

Thema: »Piña-Colada-Arbeitsplatz: Wie gewinne ich Fachkräfte?«

Veranstalter: Deutscher PARITÄTISCHER Wohlfahrtsverband Landesverband Sachsen e. V.

Ort: Dresden

Datum: 12. Juni 2019

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Tina Lorenz

Anmeldungen sind unter www.parisax.de möglich.

Thema: Arbeitsrecht für Führungskräfte

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Ort: Chemnitz

Datum: 18. Juni 2019

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

Anmeldungen sind unter www.rkw-sachsen.de möglich.

III. GESELLSCHAFTSRECHT

Veranstaltungen
Gesellschaftsrecht

Thema: Aufsichtsrat der kommunalen GmbH – Rechte, Pflichten und Verhaltensanforderungen

Veranstalter: vhw – Bundesverband für Wohnen und Stadtentwicklung e. V.

Ort: Berlin

Datum: 2. April 2019

Referent: Herr Rechtsanwalt Jörg-Dieter Battke

Anmeldungen sind unter www.vhw.de möglich.

Thema: Geschäftsführer der kommunalen GmbH - Rechte, Pflichten und Verhaltensanforderungen

Veranstalter: vhw - Bundesverband für Wohnen und Stadtentwicklung e. V.

Ort: Leipzig

Datum: 7. Mai 2019

Referent: Herr Rechtsanwalt Jörg-Dieter Battke

Anmeldungen sind unter www.vhw.de möglich.

Thema: Organe und Führungskräfte im Verein - Verantwortung und Haftung

Veranstalter: parikom

Ort: Dresden

Datum: 14. Mai 2019

Referent: Herr Rechtsanwalt Jan Rolla, LL.M. (Eur. Integration)

Anmeldungen sind unter www.parikom.de möglich.

IV. VERGABERECHT

Veranstaltungen
Vergaberecht

Thema: Vergaberecht 2019 – Aktuelles nach der Reform in seiner Struktur und praxisgerechte Anwendung

Veranstalter: eVergabe.de GmbH

Ort: Dresden

Datum: 14. Mai 2019, 4. Juni 2019, 27. August 2019, 19. September 2019, 22. Oktober 2019

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

Anmeldungen sind unter www.evergabe.de möglich.

Thema: VgV - Die rechtssichere Vergabe von Lieferungen und Leistungen – europaweit und national

Veranstalter: eVergabe.de GmbH

Ort: Dresden

Datum: 14. Mai 2019, 4. Juni 2019, 27. August 2019, 19. September 2019, 22. Oktober 2019

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

Anmeldungen sind unter www.evergabe.de möglich.

Thema: Brennpunkt Vergaberecht: Aktuelle Anwendungsfragen in der Praxis

Veranstalter: VHW - Bundesverband für Wohnen und Stadtentwicklung e.V.

Ort: Dresden

Datum: 13. März 2019

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

Anmeldungen sind unter www.vhw.de möglich.

Thema: Vergaberecht 2019 - Überblick und Update

Veranstalter: vdw Sachsen Verband der Wohnungs- und Immobilienwirtschaft e.V.

Ort: Dresden

Datum: 20. Juni 2019

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

Anmeldungen sind unter www.vdw-sachsen.de möglich.

V. GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ UND WETTBEWERBSRECHT

Thema: Datenschutz und Social Media am Arbeitsplatz

Veranstalter: parikom

Ort: Dresden

Datum: 19. März 2019

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Daniel Schöneich

Anmeldungen sind unter www.parikom.de möglich.

Thema: Rechtliche Anforderungen an die Gestaltung von Webauftritten

Veranstalter: parikom

Ort: Dresden

Datum: 4. April 2019

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Daniel Schöneich

Anmeldungen sind unter www.parikom.de möglich.

Thema: Schluss mit Beleidigungen und falschen Behauptungen über Ihr Unternehmen im Internet – Chancen & Risiken der Öffentlichkeitsarbeit

Veranstalter: parikom

Ort: Dresden

Datum: 23. Mai 2019

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Daniel Schöneich

Anmeldungen sind unter www.parikom.de möglich.

VI. MEDIZIN- UND SOZIALRECHT

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

Veranstalter: Diakonische Akademie für Fort- und Weiterbildung

Ort: Moritzburg

Datum: 19. März 2019

Referent: Herr Rechtsanwalt Sebastian Stücker, M.mel.

Anmeldungen sind unter www.diakademie.de möglich.

Thema: Das mietrechtliche Verhältnis beim Betreuten Wohnen

Veranstalter: Deutscher PARITÄTISCHER Wohlfahrtsverband Landesverband Sachsen e. V.

Ort: Dresden

Datum: 8. April 2019

Referent: Herr Rechtsanwalt Sebastian Stücker, M.mel.

Anmeldungen sind unter www.parisax.de möglich.

Thema: Unwissenheit schützt vor Strafe nicht – Die neuen Straftatbestände Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen

Veranstalter: Diakonische Akademie für Fort- und Weiterbildung

Ort: Moritzburg

Datum: 28. Mai 2019

Referent: Herr Rechtsanwalt Sebastian Stücker, M.mel.

Anmeldungen sind unter www.diakademie.de möglich.



BATTKE GRÜNBERG

vorausdenken. effektiv handeln.

Herausgeber: Battke Grünberg Rechtsanwälte PartGmbH (AG Dresden, PR 216)

Verantwortlich: Dr. Ekkehard Nolting

Fotos: Christian Lorenz, Dresden / Gestaltung: Franziska Neubert, Leipzig

BATTKE GRÜNBERG

Rechtsanwälte PartGmbH

Kleine Brüdergasse 3-5

01067 Dresden

T: + 49 351 563 90 0

F: + 49 351 563 90 99

E: info@battke-gruenberg.de

W: www.battke-gruenberg.de