

Juli 2019

Liebe Leserin, lieber Leser,

»Rechtsstaat leben« – unter diesem Motto stand der diesjährige Deutsche Anwaltstag im Mai in Leipzig. Ort und Zeitpunkt waren gut gewählt. Das Grundgesetz feiert seinen 70. Geburtstag. In ihm ist der Rechtsstaat unter anderem in Art. 20 Abs. 3 verankert, den das Grundgesetz mit der »Ewigkeitsgarantie« versehen hat. Er ist gekennzeichnet durch die Bindung staatlicher Gewalt an Gesetz und Recht und durch ein System der »checks and balances«, also die Teilung der Gewalten und die gegenseitige Kontrolle dieser Gewalten. Und wenn Gesetz und Recht das Maß geben, nach dem die Gewalten ihre staatliche Macht gegenüber dem Einzelnen ausüben und sie begrenzen, gehören dazu Anwälte, die unabhängig von staatlichem Einfluss dem Staatsbürger den Zugang zum Recht gewährleisten und die Unabhängigkeit der Rechtsprechung kontrollieren. Auch sie gehören daher untrennbar zu einem funktionierenden Rechtsstaat. Am Ort der Veranstaltung in Leipzig hatte das Reichsgericht seit 1879 – ein weiteres Jubiläum – seinen Sitz, das in seinem Wirken zunächst vorbildhaft die Rolle einer unabhängigen Justiz ausfüllte, nach der Gleichschaltung durch die Ersetzung unliebsamer durch regimetreue Richter nach 1933 aber auch auf besondere Weise den Wert einer unabhängigen, nicht willfährigen Rechtsprechung deutlich machte. Heute beherbergt das Reichsgerichtsgebäude das höchste deutsche Verwaltungsgericht, das Bundesverwaltungsgericht, das dem Einzelnen Rechtsschutz vor unrechtmäßigem Verwaltungshandeln gewährt. Und in Leipzig erkämpften sich vor 30 Jahren mutige Bürger gegen eine unberechenbare und unkontrollierte Staatsmacht den Zugang zum Rechtsstaat. Der Rechtsstaat gehört seit dem Zeitalter des aufgeklärten Absolutismus zu Europa, zum europäischen Kulturgut und zu den tragenden Säulen der Europäischen Union. Deshalb muss es jeden mit Sorge erfüllen, was in einigen Mitgliedstaaten vor sich geht, wo Richter willkürlich in den Ruhestand versetzt und durch genehme Richter ersetzt werden, wo eine freie Presse verkauft wird und so die Axt an die Unabhängigkeit zweier wichtiger Kontrollinstitutionen der Macht gelegt wird. Es genügt daher nicht, Rechtsstaatsprinzipien nur in die Verfassung zu schreiben; sie müssen gelebt werden, von den Verantwortlichen an den Schalthebeln der Macht und ihren Kontrolleuren, aber vor allen Dingen von den Menschen, die nicht von sich über Gesetz und Recht stellenden Apparaten beherrscht sein wollen – so wie vor 30 Jahren 70.000 entschlossene Leipziger.

Ihre Battke Grünberg Rechtsanwälte PartGmbH

## N<sup>o</sup> 2/2019

### > MANDANTENINFORMATION

Schwerpunktthema .....	02
Gesellschaftsrecht .....	05
Arbeitsrecht .....	11
Geistiges Eigentum .....	18
Medizin- und Sozialrecht .....	21
Vergaberecht .....	23
Über uns .....	23
Veranstaltungen & Vorträge .....	24
Impressum .....	28

## SCHWERPUNKTTHEMA

JULIANE PETHKE &  
DR. LUDGER MEUTEN



### NEUE VOB/A 2019 FÜR DIE VERGABE VON BAULEISTUNGEN IN KRAFT GETRETEN

#### I. Einleitung

Die Vergabe von Bauleistungen erfolgt im Unterschwellenbereich nach der VOB/A, Abschnitt 1, und für die EU-weite Vergabe nach der VOB/A, Abschnitt 2. Im sogenannten Sektorenbereich (Aufträge im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung) und bei der Vergabe von Konzessionen erfolgt die europaweite Vergabe von Bauleistungen ohne Rückgriff auf die VOB/A, Abschnitt 2. Hier finden sich sämtliche Regeln zur Vergabe in der Sektorenverordnung bzw. in der Konzessionsverordnung.

Nach den Neufassungen der einzelnen VOB/A-Abschnitte in den Jahren 2009, 2012 und 2016 hat der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) bereits am 13. November 2018 die Änderungen des ersten Abschnittes der VOB/A für unterschwellige Bauvergaben beschlossen. Am 31. Januar 2019 wurden die Änderungen bekannt gemacht und im Bundesanzeiger am 19. Februar 2019 veröffentlicht (vgl. BAnz AT 19.02.2019 B2). Entgegen dem ersten Beschluss des DVA sind auch der zweite Abschnitt für europaweite Vergaben und der dritte Abschnitt für Vergaben im Bereich Verteidigung und Sicherheit geändert worden. Diese waren bislang erst zu einem späteren Zeitpunkt vorgesehen.

Wie bislang auch werden die Regelungen für europaweite Vergaben aus dem Abschnitt 2 der VOB/A mit einem »EU« hinter der genannten Norm kenntlich gemacht (vgl. § 1 EU VOB/A). Findet sich hinter der Bezeichnung der Norm hingegen kein Zusatz, kann man bei zutreffender Zitierweise des Verwenders davon ausgehen, dass es sich um eine Bestimmung aus dem Abschnitt 1 handelt.

Der Schwerpunkt der folgenden Darstellung liegt auf dem Bereich der sogenannten unterschwelligen Vergabe, mithin bei der Beauftragung von Bauleistungen, deren geschätzter Auftragswert aktuell unter EUR 5.548.000,00 (netto) liegt. Es werden die Aussichten der Verfasser und die praxisrelevantesten bzw. interessantesten Änderungen vorgestellt, ohne dass jedoch ein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben werden kann.

#### II. Überblick über die wichtigsten Neuregelungen

##### 1. Verfahrensarten

Mit der Neufassung des § 3a Abs. 1 VOB/A 2019 ist nunmehr die Gleichrangigkeit der beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb und der öffentlichen Ausschreibung auch für die Unterschwellenvergabe im Baubereich umgesetzt. Wie die Vergabepaxis auf diese Änderung reagieren wird, bleibt abzuwarten.

Mit der Ergänzung des § 3a Abs. 2 Nr. 1 VOB/A 2019 um eine Fußnote wird öffentlichen Aufträgen bis zum 31. Dezember 2021 in vereinfachten Verfahren zu vergeben. Bauleistungen zu Wohnzwecken können hiernach

- durch Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb für jedes Gewerk bis zu einem Auftragswert von EUR 1.000.000,00 ohne Umsatzsteuer, § 3a Abs. 2 Nr. 1 Fußnote 1 VOB/A 2019
- durch Freihändige Vergabe bis zu einem Auftragswert von EUR 100.000,00 ohne Umsatzsteuer, § 3a Abs. 3 S. 2 Fußnote 2 VOB/A 2019 vergeben werden.

Diese Änderungen dienen der Umsetzung der Beschlüsse des Wohngipfels vom 21. September 2018.

Darüber hinaus besteht nunmehr auch die Möglichkeit, nach § 3a Abs. 4 VOB/A 2019 Bauleistungen bis zu einem voraussichtlichen Auftragswert von EUR 3.000,00 ohne Umsatzsteuer ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens, im Wege des Direktauftrags, zu beschaffen – dies jedoch versehen mit dem Hinweis, dass die Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit weiter zu beachten sind und der Auftraggeber zwischen den beauftragten Unternehmen wechseln soll.

### 2. e-Vergabe

Auch der neue Abschnitt 1 der VOB/A 2019 sieht nicht zwingend die Durchführung der Ausschreibung im Weg der e-Vergabe vor. Der öffentliche Auftraggeber kann gemäß § 11 Abs. 1 VOB/A 2019 die Art der Kommunikation wählen. Eine Auftragsvergabe kann daher weiterhin in Papierform erfolgen. Soweit sich die öffentlichen Auftraggeber für eine e-Vergabe entscheiden, enthält die neue VOB/A 2019 Vorgaben über das einzuhaltende Sicherheitsniveau in §§ 11 Abs. 5, 11a Abs. 4 und 13 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A 2019. Prinzipiell gilt, dass die elektronische Vergabe im Unterschwellenbereich denselben Regeln unterliegt, wie die elektronische Vergabe für europaweite Ausschreibungsverfahren.

### 3. Mehrere Hauptangebote

Die Zulässigkeit mehrerer Hauptangebote in Abhängigkeit davon, ob sie sich sachlich-technisch oder nur preislich unterscheiden, war bisher und auch nur teilweise durch die Rechtsprechung geklärt. Die Neuregelungen der VOB/A 2019 bestimmen nunmehr den Umgang mit mehreren Hauptangeboten und legen die Voraussetzungen in den Vorschriften der §§ 8 Abs. 2 Nr. 4, 12 Abs. 1 Nr. 2 lit. k, 13 Abs. 3, 16 Abs. 1 Nr. 7 und 8 VOB/A 2019 fest. Gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 4 VOB/A 2019 kann der öffentliche Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung festlegen, dass die Abgabe mehrerer Hauptangebote nicht zulässig ist. Sind mehrere Hauptangebote zugelassen, muss jedes Hauptangebot für sich zuschlagsfähig sein, vgl. § 13 Abs. 3 S. 2 VOB/A 2019. Jedes Angebot hat daher alle geforderten leistungsbezogenen Unterlagen (z.B. Produkt- und sonstige Angaben) zu enthalten.

Hinsichtlich der unternehmensbezogenen Unterlagen (z.B. Angabe des Jahresumsatzes der letz-

ten drei Geschäftsjahre) kann auf § 6b Abs. 5 VOB/A 2019 verwiesen werden, wonach auf die Vorlage von Nachweisen zu verzichten ist, wenn die den Zuschlag erteilende Stelle bereits im Besitz dieser Nachweise ist.

### 4. Eignungsnachweise

Gemäß § 16b VOB/A 2019 hat der öffentliche Auftraggeber die Eignung der Bieter zu prüfen. Hierfür hat der öffentliche Auftraggeber an zentraler Stelle in den Vergabeunterlagen gemäß der Neuregelung in § 8 Abs. 2 Nr. 5 VOB/A 2019 und § 8 EU Abs. 2 Nr. 5 VOB/A 2019 abschließend alle Unterlagen anzugeben, aus welchen sich die Eignung des Bieters ergibt. Ob die Eignungsnachweise wirksam gefordert sind, wenn der Auftraggeber hier fehlerhaft vorgeht, bleibt der weiteren Entwicklung in der Rechtsprechung vorbehalten. Zieht man die Rechtsprechung, die in der Vergangenheit zu einer vergleichbaren Regelung in der VOL/A ergangen ist, heran, dürften die Nachweise, die in der Liste nicht enthalten sind, nicht wirksam gefordert sein.

#### a. Erleichterter Nachweis

Der Bieter hat im Rahmen des Angebotes die geforderten Eignungsnachweise gemäß § 6a VOB/A 2019 für die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit vorzulegen. Bedauerlicherweise wird in der VOB/A 2019 weiterhin die »Gesetzestreue« der Unternehmen anhand des Begriffes der Zuverlässigkeit geprüft und nicht, wie dies in den übrigen Vergabeordnungen vorgesehen ist, unter dem Gesichtspunkt des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen. Die Änderung in § 6a VOB/A 2019 sieht nunmehr in dem neu eingefügten Absatz 5 vor, dass der öffentliche Auftraggeber bis zu einem Auftragswert von EUR 10.000,00 auf Angaben nach Absatz 2 verzichten kann, wenn dies durch Art und Umfang des Auftrags gerechtfertigt ist. Dies erfasst die Angaben

- über den Umsatz des Unternehmens jeweils bezogen auf die letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre (Nr. 1),
- die Ausführungen von Leistungen in den letzten bis zu fünf abgeschlossenen Kalenderjahren (Nr. 2),
- die Zahl der in den letzten drei abgeschlossenen Kalenderjahren durchschnittlich beschäftigten Arbeitskräfte (Nr. 3),
- die Angabe zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (Nr. 5) sowie

– die Angabe ob sich das Unternehmen in Liquidation befindet (Nr. 6).

Darüber hinaus wird auch die Eignungsprüfung im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs flexibilisiert. Bislang sah die VOB/A vor, dass alle Bewerber ihre Nachweise bereits mit dem Teilnahmeantrag einreichen müssen. Gemäß § 6b Abs. 3 S. 2 VOB/A 2019 können nunmehr auch nur die Eigenerklärungen mit dem Teilnahmeantrag vorgelegt werden. Diejenigen Bewerber, welche in die engere Wahl kommen, haben auf Verlangen des öffentlichen Auftraggebers die Eigenerklärungen gemäß § 6 b Abs. 2 S. 3 VOB/A 2019 durch entsprechende Bescheinigungen der zuständigen Stellen zu bestätigen.

#### b. Verzicht auf Eignungsnachweise

Weiterhin kann der öffentliche Auftraggeber gemäß § 6b Abs. 5 VOB/A 2019 auf die Vorlage von Nachweisen verzichten, wenn die den Zuschlag erteilende Stelle bereits im Besitz dieser Nachweise ist.

#### 5. Nachfordern von Unterlagen

Eine wesentliche Änderung hat § 16a VOB/A 2019 zur Nachforderung von Unterlagen sowohl im ersten als auch im zweiten Abschnitt erfahren und nähert sich den Regelungen zur Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen in § 56 Abs. 2 VgV bzw. § 41 Abs. 3 UVgO an. Wie auch bislang geregelt, hat der öffentliche Auftraggeber fehlende Erklärungen oder Nachweise nachzufordern. Die Neuregelungen sehen nunmehr in Absatz 1 zudem vor, dass der Auftraggeber den Bieter auffordern muss, Unterlagen zu vervollständigen oder zu korrigieren bzw. Nachweise nachzureichen oder zu vervollständigen. Die Regelung stellt insbesondere klar, dass auch fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen wie etwa Produktangaben der Nachforderung unterliegen.

Anders als bislang kann der öffentliche Auftraggeber gemäß § 16 a Abs. 3 VOB/A 2019 jedoch bereits in der Auftragsbekanntmachung festlegen, dass er keine Unterlagen oder Preisangaben nachfordern wird.

Die bislang vorgesehene zwingende Frist von sechs Kalendertagen wurde gestrichen. Stattdessen sieht § 16 Abs. 4 VOB/A 2019 nunmehr vor, dass die Unterlagen oder fehlenden Preisangaben nach Aufforderung durch den öffentlichen Auftraggeber innerhalb einer angemessenen, nach dem Kalender

bestimmten Frist vom Bewerber oder Bieter vorzulegen sind. Die Frist soll sechs Kalendertage nicht überschreiten. Aufgrund der Formulierung der Regelung als Sollvorschrift kann die Frist jedoch auch kürzer oder länger als sechs Kalendertage bemessen werden.

#### 6. Zuschlagskriterien

Neben der Regelung zur Nachforderung von Unterlagen haben auch die Vorschriften zu den Zuschlagskriterien sowohl im ersten als auch zweiten Abschnitt der neuen VOB/A 2019 eine Annäherung an die Vorschriften zur Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen, § 58 VgV bzw. § 43 UVgO, erfahren. Der öffentliche Auftraggeber kann nunmehr gemäß § 16 d Abs. 1 Nr. 7 VOB/A 2019 bzw. § 16 EU Abs. 2 Nr. 4 VOB/A 2019 neben personenbezogenen Kriterien auch Festpreise oder Festkosten vorgeben, sodass der Wettbewerb nur über die Qualität stattfindet.

Die VOB/A 2019 sieht ferner in § 16d Abs. 1 Nr. 4 auch für unterschwellige Ausschreibungen vor, dass die Zuschlagskriterien in der Auftragsbekanntmachung enthalten sein müssen, sofern sie nicht in den Vergabeunterlagen genannt werden. Eine Gewichtung der Zuschlagskriterien muss ebenfalls in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen angegeben sein.

#### 7. Änderungen im zweiten und dritten Abschnitt der VOB/A 2019

Die Änderungen im zweiten und dritten Abschnitt waren neben den vorgestellten Neuerungen in erster Linie redaktioneller Natur. Die bislang enthaltene Übergangsregelung in § 23 EU VOB/A 2016 wurde nach Ablauf der Frist zur zwingenden Einführung der e-Vergabe am 18. Oktober 2018 gestrichen.

#### III. Ab wann gelten die Neuregelungen?

Grundsätzlich ist auf Landesebene der ertsen Abschnitt anzuwenden, wenn dieser durch einen Anwendungsbefehl, etwa durch Gesetz, Verordnung oder per Erlass in Kraft gesetzt wird, soweit die Landesvergabegesetze keine entsprechenden dynamischen Verweise enthalten. In Sachsen ist die Neufassung des ersten Abschnittes der VOB/A 2019 über die dynamische Verweisung in § 1 Abs. 2 SächsVergabeg ab dem Tag der Veröffentlichung der VOB/A, jedenfalls mit dem in dem im Einführungserslass des

Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat genannten Termin anwendbar. Dies bedeutet, dass alle Vergabeverfahren, die am 1. März 2019 oder später begonnen werden, nach den Regelungen der VOB/A, Abschnitt 1 2019 durchzuführen sind.

Für die Abschnitte 2 und 3 bedarf es noch einer Änderung der entsprechenden Anwendungsregelungen in § 2 VgV und § 2 Abs. 2 VSVgV.

#### FAZIT

► Für Vergabeverfahren, die nach dem 1. März 2019 begonnen werden und deren Auftragswert unter dem

Schwellenwert von aktuell EUR 5.548.000,00 (netto) liegen, finden die Bestimmungen der neugefassten VOB/A, Abschnitt 1 2019 Anwendung.

- Vergabeverfahren in den Bereichen Verkehr, Trinkwasser und Energieversorgung sind ausschließlich nach §§ 97 ff. GWB und der SektVO durchzuführen.
- Sowohl bei der Gestaltung von als auch bei der Teilnahme an unterschweligen und europaweiten Ausschreibungsverfahren ist sorgfältig zu prüfen, ob sämtliche Aspekte der neuen VOB/A 2019 Berücksichtigung gefunden haben.

Juliane Pethke und Dr. Ludger Meuten

Gesellschaftsrecht

## VORSICHT: FALLE BEI VERTRÄGEN VON AKTIENGESELLSCHAFTEN MIT IHREN KÜNFTIGEN VORSTANDSMITGLIEDERN ODER MIT IHNEN VERBUNDENEN UNTERNEHMEN

Beim Verkauf inhabergeführter bzw. in Familienbesitz befindlicher Unternehmen an größere strategische Investoren insbesondere im Zuge einer Unternehmensnachfolge ist folgendes Szenario nicht selten anzutreffen: Das zum Verkauf stehende Unternehmen wird in der Form einer GmbH geführt, deren alleiniger oder beherrschender Gesellschafter und Geschäftsführer der Inhaber ist. Dieser plant altersbedingt den Verkauf, da er im Familienumfeld keinen geeigneten Nachfolger findet. Als Erwerber bietet sich ein großer Marktteilnehmer an, für den das Zielunternehmen Synergieeffekte verspricht. Der Veräußerer will sich aber noch nicht gänzlich zur Ruhe setzen, sondern macht für den Verkauf zur Bedingung, dass ihm beim Erwerber eine Vorstandsposition eingeräumt wird. Wenn es sich bei dem Investor um eine Aktiengesellschaft handelt, ist dann darauf zu achten, dass dort die richtigen Organe bei Abschluss des Kaufvertrages eingeschaltet sind, um nicht die Nichtigkeit der gesamten Transaktion zu riskieren. Ein solches Schicksal erlitt der Fall, den der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 15. Januar 2019 (Az.: II ZR 392/17) zu entscheiden hatte und der seinen Ausgang in Dresden genommen hatte.

Zunächst aber gilt in der Aktiengesellschaft folgende Kompetenzverteilung: Vertreten wird die Aktiengesellschaft bei Rechtsgeschäften der Gesell-

schaft durch ihren Vorstand (§ 78 Abs. 1 AktG). Maßnahmen der Geschäftsführung können dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden (§ 111 Abs. 4 AktG); der Aufsichtsrat hat grundsätzlich nur die interne Aufgabe, die Geschäftsführung zu überwachen. Eine wichtige Ausnahme gilt aber bei Geschäften der Aktiengesellschaft mit Vorstandsmitgliedern. In diesem Fall wird die Gesellschaft den Vorstandsmitgliedern gegenüber durch den Aufsichtsrat vertreten (§ 112 Abs. 1 AktG). Damit sollen Kungeleien und Interessenkollisionen zwischen den Vorstandsmitgliedern vermieden werden. Das ist verständlich. Vom Wortlaut und Zweck dieser Vorschrift eindeutig erfasst sind Verträge, die die Gesellschaft unmittelbar mit amtierenden Vorstandsmitgliedern abschließt.

Im Eingangsfall wäre aber der Vertragspartner im Zeitpunkt des Abschlusses des Anteilskaufvertrages noch kein Vorstandsmitglied, sondern soll dieses erst in Vollzug der gesamten Transaktion werden. Der Fall des Bundesgerichtshofs zeichnete sich zudem durch eine weitere Besonderheit aus: Gegenstand des Kaufvertrages waren nicht die Anteile des künftigen Vorstandsmitglieds an seiner Gesellschaft, sondern einer Tochtergesellschaft dieser Gesellschaft. Verkäuferin und Vertragspartner der Aktiengesellschaft war also nicht der »Inhaber« selbst, sondern eine Gesellschaft, an der der Inhaber zu 100 % beteiligt war.

Gesellschaftsrecht

Der Bundesgerichtshof wendet die Ausnahmevorschrift des § 112 Abs. 1 AktG erweiternd auf beide Fallkonstellationen an: Die Vorschrift erfasse sowohl Rechtsgeschäfte der Aktiengesellschaft mit einer Gesellschaft, deren alleiniger Gesellschafter ein Vorstandsmitglied ist, als auch Rechtsgeschäfte mit künftigen Vorstandsmitgliedern. Die Folge ist, dass Rechtsgeschäfte, bei denen dies nicht beachtet wird und die nur durch den Vorstand abgeschlossen werden, nichtig sind. Ob sie nachträglich durch den Aufsichtsrat noch genehmigt werden können, ließ der Bundesgerichtshof ausdrücklich offen. In der Transaktionspraxis ist daher sehr sorgfältig darauf zu achten, dass in derartigen Fällen von vornherein der Aufsichtsrat mit dem Abschluss des Kauf- und Abtretungsvertrages betraut wird. Dasselbe gilt im Übrigen nicht nur bei Unternehmenskaufverträgen, sondern bei allen Arten von Verträgen der Aktiengesellschaft mit Gesellschaften, an denen ein künftiges Vorstandsmitglied alleiniger Anteilsinhaber ist. Ob dieselben Grundsätze auch im Fall eines beherrschenden Einflusses des künftigen Vorstandsmitglieds mit einer Beteiligung von weniger als 100% bei dem Vertragspartner der Aktiengesellschaft gelten, ließ der Bundesgerichtshof ausdrücklich offen. In diesen Fällen kann eigentlich nur empfohlen werden, dass

an dem Rechtsgeschäft sowohl der Vorstand als auch der Aufsichtsrat beteiligt werden, da auch im umgekehrten Fall, in dem der Aufsichtsrat die Gesellschaft unbefugt vertritt, der Vertrag mit der Aktiengesellschaft nicht wirksam zustande kommt.

#### FAZIT

- ▶ Bei Rechtsgeschäften zwischen der Aktiengesellschaft und einem Mitglied ihres Vorstandes wird die Aktiengesellschaft durch ihren Aufsichtsrat vertreten.
- ▶ Dasselbe gilt nicht nur bei Verträgen mit amtierenden, sondern auch mit künftigen Vorstandsmitgliedern.
- ▶ Dasselbe gilt ferner bei Verträgen der Aktiengesellschaft mit Gesellschaften, an denen der (künftige) Vorstand als alleiniger Gesellschafter beteiligt ist.
- ▶ Verträge, die unter Verstoß gegen diese Regeln abgeschlossen werden, sind gegenüber der Aktiengesellschaft nichtig.
- ▶ Bei Verträgen der Aktiengesellschaft mit Gesellschaften, an denen das (künftige) Vorstandsmitglied zwar nicht als Alleingesellschafter, aber als beherrschender Gesellschafter beteiligt ist, sollte die Aktiengesellschaft vorsorglich sowohl durch den Vorstand als auch den Aufsichtsrat vertreten werden.

Dr. Ekkehard Nolting

## HAFTUNG DER GMBH-GESELLSCHAFTER BEI VERSCHMELZUNG EINER INSOLVENZREIFEN GESELLSCHAFT

Die Verschmelzung eines überschuldeten – insolvenzreifen – Unternehmens auf eine andere Gesellschaft ist nach dem Umwandlungsrecht zulässig. Die Möglichkeit wird daher auch gern genutzt, um einen sonst unausweichlichen Insolvenzantrag doch noch zu vermeiden oder womöglich eine bereits eingetretene Insolvenz zu kaschieren. Diese Gestaltung ist freilich mit großen Gefahren verbunden. Sie kann zur Haftung der Gesellschafter der beteiligten Gesellschaften aus existenzvernichtendem Eingriff führen, wie der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 6. November 2018 (Az.: II ZR 199/17) erkannt hat. Dabei hat er einige bisher zur Haftung der Gesellschafter aus existenzvernichtendem Eingriff offen gebliebene Fragen beantwortet.

Bei der Verschmelzung zweier Gesellschaften überträgt die übertragende Gesellschaft ihr gesamtes Vermögen auf die übernehmende Gesellschaft und erlischt anschließend. Die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft erhalten dafür neue Anteile an der übernehmenden Gesellschaft. Im Fall der Verschmelzung einer überschuldeten GmbH auf eine andere GmbH, also der Einbringung negativen Kapitals, schließt der Bundesgerichtshof eine Differenzhaftung der Gesellschafter aus, obwohl dem Gesellschafter im Gegenzug Anteile an der übernehmenden Gesellschaft gewährt werden, da dieser Gesellschafter keine Zusage dafür abgibt, dass das erhöhte Kapital durch das eingebrachte Unternehmen auch tatsächlich gedeckt

werde. Die Einbringung des Unternehmens erfolge vielmehr auf Grundlage des zwischen den beiden an der Fusion beteiligten Gesellschaften geschlossenen Verschmelzungsvertrages. Soweit die gute Nachricht.

Der Bundesgerichtshof sieht aber eine Schadensersatzpflicht der beteiligten Gesellschafter nach den Grundsätzen des existenzvernichtenden Eingriffs. Ein solcher Eingriff liege vor, wenn der Gesellschaft in sittenwidriger Weise das zur Tilgung ihrer Schulden erforderliche Vermögen entzogen und damit eine Insolvenz verursacht oder vertieft werde. Ein Vermögensentzug setze dabei keinen Abfluss von Vermögenswerten aus dem Gesellschaftsvermögen voraus, sondern könne auch durch Erhöhung der Verbindlichkeiten und damit einer Verkürzung der Haftungsmasse erfolgen. Dies führe dann zur Haftung, wenn es durch gezielten, betriebsfremden Zwecken dienenden Eingriff erfolge. Die Sittenwidrigkeit des Eingriffs setze die Missachtung des Prinzips der Trennung des Gesellschaftsvermögens vom Vermögen des Gesellschafters und der strikten Bindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger voraus. Die Anteilsgewährung an die Gesellschafter des übertragenden insolvenzreifen Rechtsträgers erfolge zum Ausgleich für die Übertragung des Vermögens und werde damit aus dem Vermögen der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger finanziert. Entspricht das übertragene Vermögen nicht dem Wert der gewährten Anteile, erlange der Gesellschafter aus dem Vermögen der übernehmenden Gesellschaft einen Vermögensvorteil. Vor allem aber setzten die Gesellschafter ihr Inte-

resse an einer liquidationslosen Abwicklung statt der Abwicklung in einem geordneten Insolvenzverfahren des übertragenden Rechtsträgers gegen das Interesse am Erhalt des zweckgebundenen Vermögens des übernehmenden Rechtsträgers für dessen Gläubiger einseitig durch. Dadurch werde die Sittenwidrigkeit begründet.

Daneben deutet der Bundesgerichtshof eine mögliche Haftung der Gesellschafter nach Kapitalerhaltungsgrundsätzen sowie eine mögliche Strafbarkeit wegen Vollstreckungsvereitelung zulasten der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft an, lässt diese Fragen aber unbeantwortet

### FAZIT

- Wird eine insolvenzreife GmbH auf eine andere GmbH verschmolzen und gerät die andere GmbH dadurch in die Insolvenz, haften die Gesellschafter der beteiligten Gesellschaften dem Insolvenzverwalter für den dadurch entstandenen Schaden aus dem rechtlichen Gesichtspunkt des existenzvernichtenden Eingriffs.
- Ein existenzvernichtender Eingriff liegt nicht nur im Entzug von Vermögen, sondern kann auch durch eine Erhöhung der Verbindlichkeiten erfüllt werden.
- Ein existenzvernichtender Eingriff setzt keine unmittelbare Selbstbereicherung des Eingreifenden voraus, sondern lediglich die Missachtung der Bindung des Vermögens der Gesellschaft zur vorrangigen Befriedigung ihrer Gläubiger durch einen an betriebsfremden Zwecken orientierten zielmotivierten Eingriff.

Dr. Ekkehard Nolting

## VERKAUF DES GESELLSCHAFTSVERMÖGENS EINER GMBH DURCH DEN GESCHÄFTSFÜHRER OHNE ZUSTIMMUNGSBESCHLUSS DER GESELLSCHAFTERVERSAMMLUNG

Kann der Geschäftsführer einer GmbH deren gesamtes Vermögen veräußern, ohne zuvor seine Gesellschafter gefragt zu haben? Zu raten ist ihm dies sicher nicht, da er sich gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig macht und dies gegebenenfalls sogar strafbar sein kann. Die Frage aber ist, ob ein solches Geschäft, wenn es denn gleichwohl abgeschlossen wird, wirksam ist und der Geschäftspartner darauf vertrauen darf.

Diese Frage hatte der Bundesgerichtshof in einem Urteil vom 8. Januar 2019 zu beantworten (Az.: II ZR 364/18). Die beiden Gesellschafter einer GmbH hatten deren Liquidation beschlossen. Über die Verwertung des letzten verbliebenen Betriebsgrundstücks waren sie uneinig. Der eine Gesellschafter wollte dieses gern selbst von der Gesellschaft erwerben. Der andere Gesellschafter, der zugleich Geschäftsführer

der Gesellschaft war, verkaufte aber das Grundstück an einen Dritten. Das wollte der übergangene Gesellschafter nicht akzeptieren und forderte von dem Dritten die Löschung der zu dessen Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung und machte die Nichtigkeit des Kaufvertrages geltend.

Der Geschäftsführer der GmbH hat die umfassende Befugnis, diese zu vertreten. Diese Vertretungsmacht ist unbeschränkt. Interne Bindungen etwa durch Zustimmungsvorbehalte o. ä. können Dritten nicht entgegengehalten werden. Rechtsgeschäfte, die der Geschäftsführer mit Dritten abschließt, sind daher grundsätzlich wirksam. Verstöße gegen interne Bindungen führen lediglich zu Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegen den weisungswidrig handelnden Geschäftsführer.

Im Aktienrecht gibt es von diesem Grundsatz eine Ausnahme. Hier sieht eine ausdrückliche Vorschrift (§ 179a AktG) vor, dass zur wirksamen Veräußerung des Betriebsvermögens der Gesellschaft im Ganzen ein Beschluss der Hauptversammlung mit Dreiviertelmehrheit erforderlich ist, der zu beurkunden ist. Fehlt dieser Beschluss, ist auch der Vertrag mit dem außenstehenden Dritten unwirksam. Hierauf hatte sich die Gesellschaft im Fall des Bundesgerichtshofs berufen. Der Bundesgerichtshof hält diese Vorschrift als eine für die Aktiengesellschaft geltende Ausnahmvorschrift jedoch im GmbH-Recht für nicht anwendbar. Die Entscheidung ist von Bedeutung, weil diese Frage bisher höchstichterlich nicht entschieden und in Literatur und Beratungspraxis anders beantwortet worden war.

Das bedeutet für den Rechtsverkehr, dass er grundsätzlich auch bei Veräußerungen des ganzen Vermögens der Gesellschaft durch den Geschäftsführer auf dessen Vertretungsmacht und damit auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts vertrauen darf. Das gilt nur nicht, wenn der Vertragspartner aufgrund eindeutiger Hinweise weiß oder es sich ihm aufdrängen muss, dass der Geschäftsführer seine Vertretungsmacht missbraucht. Im vorliegenden Falle hatte der übergangene Gesellschafter dem Kaufinteressenten vor Abschluss des Kaufvertrages bereits schriftlich erklärt, dass er mit dem Verkauf nicht einverstanden sei. Allerdings gibt der Bundes-

gerichtshof dem Dritten Steine statt Brot: Wann es sich »aufdrängen« muss, dass die Vertretungsmacht missbraucht wird, es sich bei dem Kaufgegenstand also um das Vermögen im Ganzen handelt und ein Gesellschafterbeschluss fehlt, ist noch völlig ungeklärt und die dafür notwendige Kasuistik wird sich erst im Laufe der Jahre herausbilden. Es sollte daher in Fällen, in denen die Veräußerung des Gesamtvermögens naheliegen könnte, vorsichtshalber die Vorlage eines zustimmenden Beschlusses der Gesellschafterversammlung verlangt werden, der jetzt aber keiner notariellen Beurkundung mehr bedarf.

#### FAZIT

- ▶ Die Wirksamkeit eines Kaufvertrages über das Gesellschaftsvermögen einer GmbH im Ganzen hängt nicht von einem zustimmenden Beschluss der Gesellschafterversammlung ab.
- ▶ Der Erwerb ist jedoch unwirksam, wenn der Erwerber weiß oder es sich ihm aufdrängen muss, dass der Geschäftsführer seine Vertretungsmacht missbraucht.
- ▶ Daher ist jedem Erwerber in seinem eigenen Interesse zu empfehlen, auf einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss zu drängen, wenn er Anhaltspunkte dafür hat, dass Kaufgegenstand das Vermögen der Gesellschaft als Ganzes ist.
- ▶ Der Geschäftsführer, der ohne Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung über das Vermögen der Gesellschaft im Ganzen verfügt, macht sich der Gesellschaft gegenüber schadensersatzpflichtig und möglicherweise auch strafbar.
- ▶ Auch jedem Geschäftsführer ist daher nur dringend anzuraten, im eigenen Interesse ohne Mitwirkung der Gesellschafterversammlung eine Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im Ganzen zu unterlassen.
- ▶ Ein Missbrauch liegt auch vor, wenn er das Vermögen der Gesellschaft als Ganzes verkauft, ohne zuvor einen zustimmenden Beschluss der Gesellschafter eingeholt zu haben; ob das im Falle der Liquidation, deren Zweck gerade die Veräußerung des Gesamtvermögens ist, auch für den Liquidator gilt, ist noch ungeklärt.

Dr. Ekkehard Nolting



## DER FAKTISCHE GESCHÄFTSFÜHRER IST EIN »ARMER HUND« – ER HAFTET DER GMBH EBENSO WIE EIN REGULÄRER GESCHÄFTSFÜHRER

In der Praxis der GmbH kommt es hin und wieder vor, dass Personen, die nicht als Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt sind, deren Geschicke praktisch wie ein Geschäftsführer führen und leiten. Mangels organschaftlicher Bestellung werden solche Personen als faktische Geschäftsführer bezeichnet. Die Rechtsprechung erkennt an, dass es diesen Typus des Geschäftsführers gibt. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es für die Beurteilung der Frage, ob jemand faktisch wie ein Geschäftsführer handelt, auf das Gesamterscheinungsbild seines Auftretens an. Entscheidend ist insofern, dass der Betreffende die Geschicke der Gesellschaft – über die interne Einwirkung auf die satzungsmäßige Geschäftsführung hinaus – durch eigenes Handeln im Außenverhältnis, das die Tätigkeit des rechtlichen Geschäftsführungsorgans nachhaltig prägt, maßgeblich in die Hand genommen hat (BGH, Urteil vom 11. Juli 2015 – Az.: II ZR 235/03).

Demzufolge sind die Voraussetzungen, anhand derer eine faktische Geschäftsführung zu beurteilen ist, weitestgehend geklärt. Allerdings ist bisher durch die Rechtsprechung noch nicht zweifelsfrei die Frage beantwortet worden, ob sich die Haftung des faktischen Geschäftsführers nach den gleichen Kriterien wie die eines regulären Geschäftsführers bestimmt. Das Oberlandesgericht München hat hierzu mit Urteil vom 23. Januar 2019 (Az.: 7 U 822/17) etwas »Licht ins Dunkel« gebracht. Dieser Entscheidung liegt zugrunde, dass bei einer GmbH eine Geschäftsführerin bestellt war, die aber »tatsächlich keiner Geschäftsführertätigkeit nachkam«, »keine wie auch immer geartete geschäftliche Tätigkeit ausübte« und die »Geschäftsführung« dem Prokuristen der Gesellschaft »überlassen und sich nicht weiter darum gekümmert« hat. Infolge dessen war es dem Prokuristen möglich, vom Geschäftskonto der Gesellschaft erhebliche Beträge im Eigeninteresse zu entnehmen.

Auf Grundlage dieses – zumal zwischen den Parteien weitgehend unstrittigen – Sachverhalts sah das Oberlandesgericht München die Kriterien, nach denen sich eine faktische Geschäftsführung bestimmt, als erfüllt an. Zu entscheiden war durch das Gericht ferner, ob der faktische Geschäftsführer ebenso wie ein regulärer Geschäftsführer für Pflichtverletzungen nach § 43 GmbHG-Gesetz haftet. Diese Norm bestimmt, dass Geschäftsführer in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden haben und sie bei einem Verstoß hiergegen der Gesellschaft für den entstandenen Schaden haften (§ 43 Abs. 1 und 2 GmbHG).

Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs, ob der faktische Geschäftsführer ebenso wie ein ordentlicher Geschäftsführer nach § 43 GmbHG-Gesetz haftet, steht aus. Demgegenüber bezog das Oberlandesgericht München – in Anlehnung an eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle – hierzu Position. Es vertrat die Auffassung, dass der faktische Geschäftsführer in entsprechender Anwendung des § 43 Abs. 2 GmbHG der GmbH bei Verstößen gegen die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes haftet und damit der Gesellschaft vollumfänglich für den von ihm verursachten Schaden einzustehen hat. Ihm kommt insbesondere nicht die Haftungserleichterung für Arbeitnehmer zugute.

### FAZIT

- ▶ Im Hinblick auf das nicht unerhebliche Haftungsrisiko sollte eine faktische Geschäftsführung durch Mitarbeiter einer GmbH tunlichst unterbleiben.
- ▶ Personen, die als faktischer Geschäftsführer tätig sind, müssen sich darüber im Klaren sein, dass sie ebenso wie ein regulärer Geschäftsführer dem strengen Haftungsregime des GmbH-Gesetzes in Form des § 43 GmbHG unterliegen.

Jörg-Dieter Battke

## LEGITIMATIONSWIRKUNG DER GESELLSCHAFTERLISTE NACH EINZIEHUNG EINES GESCHÄFTSANTEILS

Die Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen an der GmbH ist ein beliebtes Kampfmittel bei Streitigkeiten zwischen Gesellschaftern. Der Beschluss über die Einziehung wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unabhängig davon, dass er im Rahmen einer Beschlussmängelklage natürlich noch gerichtlich überprüft und ggf. für nichtig erklärt werden kann, sofort wirksam. Die Einziehung hat den Untergang des Geschäftsanteils zur Folge. Dem betroffenen Gesellschafter stehen keine Gesellschafterrechte mehr zu; insbesondere darf er nicht mehr an Gesellschafterversammlungen teilnehmen und ihm steht kein Stimmrecht mehr zu.

Doch Vorsicht: Wird die Einziehung nicht in der Gesellschafterliste nachvollzogen, indem eine aktualisierte Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht wird, bleiben dem Gesellschafter diese Rechte formal erhalten. Das hat der Bundesgerichtshof nun klargestellt (Urteil vom 20. November 2018 – Az.: II ZR 12/17). Dreh- und Angelpunkt dieser Entscheidung ist die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste, § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Danach wird unwiderlegbar vermutet, dass der in der Liste Eingetragene auch Gesellschafter der GmbH ist, auch wenn dies nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen sollte. Bis zu der Entscheidung des Bundesgerichtshofs war höchststrichlerlich noch ungeklärt, ob diese Legitimationswirkung auch bei eingezogenen Geschäftsanteilen greift. Im zugrundeliegenden Fall waren die Geschäftsanteile eines Gesellschafters aus wichtigem Grund eingezo-

gen worden. Anschließend fand eine Gesellschafterversammlung statt, an der auch der Gesellschafter mit bereits eingezogenem Geschäftsanteil teilnahm und sein Stimmrecht ausübte. Eine aktualisierte Gesellschafterliste lag in der Gesellschafterversammlung in notariell beurkundeter Form bereits vor. Die Anmeldung zum Handelsregister war jedoch noch nicht erfolgt. Der Bundesgerichtshof entschied, dass der Gesellschafter sein Stimmrecht zu Recht ausüben durfte. Dass sein Geschäftsanteil bereits eingezogen worden war und damit tatsächlich nicht mehr existierte, stehe dem nicht entgegen. Die Legitimationswirkung der hinterlegten Gesellschafterliste finde auch in dieser Fallkonstellation Anwendung.

### FAZIT

- ▶ Zur Ausübung von Gesellschafterrechten ist unabhängig von der tatsächlichen Rechtslage derjenige befugt, der in der beim Handelsregister hinterlegten Gesellschafterliste eingetragen ist.
- ▶ Das gilt auch im Fall der Einziehung von Geschäftsanteilen, die das Erlöschen dieser Anteile zur Folge hat.
- ▶ Das schafft für die Beteiligten Rechtsklarheit und erspart die Prüfung der tatsächlichen Verhältnisse und Auseinandersetzungen darüber.
- ▶ Für die Richtigkeit der hinterlegten Liste sind die Geschäftsführer verantwortlich; sie haften ggf. für Fehler. Ihnen ist daher zu empfehlen, Veränderungen unverzüglich zum Handelsregister anzumelden.

Karla Graupner

## ANFECHTUNGSBEFUGNIS TROTZ AUFNAHME EINER GEÄNDERTEN GESELLSCHAFTERLISTE IM HANDELSREGISTER

Im Anschluss an die unmittelbar vorausgehend besprochene Entscheidung stellt sich umgekehrt für den Gesellschafter, der umgehend nach dem Einziehungsbeschluss aus der Gesellschafterliste gelöscht worden ist, die Frage, ob er sich dann trotzdem gegen den Einziehungsbeschluss noch mit der Anfechtungsklage zur Wehr setzen kann. Konsequenz der

Einziehung ist, dass der betroffene Gesellschafter mit der Bekanntgabe des Einziehungsbeschlusses aus der Gesellschaft ausscheidet. Auf die Zahlung einer Abfindung kommt es schon nicht an. Dennoch bleibt es dem betroffenen Gesellschafter trotz seines Ausscheidens unbenommen, den Einziehungsbeschluss durch Erhebung einer Anfechtungsklage anzugreifen

und damit auf den »rechtlichen Prüfstand« zu stellen. Denn aufgrund der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist dem verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutz zu Gunsten des betroffenen Gesellschafters Geltung zu verschaffen (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 2012 – Az.: II ZR 109/11).

Der Bundesgerichtshof hat mit Beschluss vom 19. Januar 2019 (Az.: II ZR 234/18) nun hervorgehoben, dass diese Grundsätze auch dann gelten, wenn bereits vor Erhebung der Anfechtungsklage eine von der Gesellschaft eingereichte geänderte Gesellschafterliste im Handelsregister aufgenommen worden ist, die den von der Einziehung betroffenen Gesellschafter nicht mehr aufführt. Aufgrund der sog. Legitimationswirkung der Gesellschafterliste, wonach im Verhältnis zur Gesellschaft nur diejenigen Personen als Inhaber eines Geschäftsanteils gelten, die in dieser Liste erfasst sind (§§ 40, 16 GmbHG), ist es dem aufgrund der Einziehung ausgeschiedenen Gesellschafter im Ergebnis verwehrt, seine Mitgliedschaftsrechte, insbesondere sein Stimmrecht in der Gesellschaft, wirksam auszuüben. Dies hindert ihn jedoch nicht, den verfassungs-

rechtlich gebotenen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen und damit den Einziehungsbeschluss durch Erhebung einer Anfechtungsklage auf Rechtmäßigkeit überprüfen zu lassen.

#### FAZIT

► Mit der Bekanntgabe des Einziehungsbeschlusses scheidet der betroffene Gesellschafter aus der Gesellschaft aus. Um dem Gesellschafter die Möglichkeit zu verwehren, seine Mitgliedschaftsrechte, insbesondere das Stimmrecht wirksam in der Gesellschaft auszuüben, ist die Geschäftsführung gehalten, unverzüglich eine aktuelle Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einzureichen.

► Dem von der Einziehung betroffenen Gesellschafter bleibt es hingegen unbenommen, eine Anfechtungsklage gegen den Einziehungsbeschluss zu erheben. Dies gilt auch für den Fall, dass zum Zeitpunkt der Erhebung der Anfechtungsklage bereits eine geänderte Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht und dort aufgenommen worden ist.

Jörg-Dieter Battke

#### Arbeitsrecht

### GEMEINSAM REISEN SPART KOSTEN

Gemäß § 40 BetrVG hat der Arbeitgeber auch die Kosten zu tragen, die durch die Teilnahme von Betriebsratsmitgliedern an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen entstehen, die für die Betriebsrats Tätigkeit erforderliche Kenntnisse vermitteln. Zu den vom Arbeitgeber insoweit zu tragenden Kosten gehören neben den Seminargebühren unter anderem auch Reisekosten. Das Bundesarbeitsgericht musste sich in seinem Beschluss vom 24. Oktober 2018 (Az.: 7 ABR 23/17) mit der Erstattung solcher Reisekosten befassen, weil der Arbeitgeber einem Betriebsratsmitglied diese lediglich zur Hälfte erstattete.

Die Betriebsratsmitglieder A und B aus Hessen nahmen gemeinsam an einem mehrtägigen Seminar für Betriebsräte in Dresden teil. Sie fuhren getrennt in ihren Privat-Pkw – das eine Betriebsratsmitglied in Begleitung seiner Ehefrau – zu diesem Seminar, obwohl ihre Wohnorte lediglich 1,2 km voneinander

entfernt lagen. Die betriebliche Reisekostenordnung des Arbeitgebers sah unter anderem vor, dass der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit bei beruflichen Auswärtstätigkeiten zu beachten sei und bei Nutzung eines Pkws dort, wo es möglich sei, Fahrgemeinschaften zu bilden seien. Beide Betriebsratsmitglieder rechneten ihre Fahrtkosten mit einem Kilometersatz von EUR 0,30 zuzüglich Parkgebühren gegenüber dem Arbeitgeber ab. Der Arbeitgeber erstattete ihnen mit dem Argument, sie hätten eine Fahrgemeinschaft bilden können, »nur« jeweils die Hälfte der geltend gemachten Reisekosten.

Dagegen wandte sich A. Die Regelungen in der betrieblichen Reisekostenordnung seien intransparent und unwirksam. Darüber hinaus könne er auch aus verschiedenen Gründen (z. B. Unfall- und Haftungsgefahr) nicht verpflichtet sein, eine Fahrgemeinschaft zu bilden. Es sei ihm auch nicht zumutbar, dem Arbeit-

geber im Einzelfall die gegen eine Fahrgemeinschaft sprechenden Gründe mitzuteilen. Darüber hinaus hätten die Fahrzeuge (Ford Fiesta, Hyundai iX 20) für drei Personen und Gepäck nicht ausreichend Platz geboten.

Das Bundesarbeitsgericht ist diesen Ausführungen in seinem Beschluss nicht gefolgt. Es hat vielmehr klargestellt, dass der Betriebsrat und auch das einzelne Betriebsratsmitglied – auch aufgrund des Gebots der vertrauensvollen Zusammenarbeit – verpflichtet sind, die durch seine/ihre Tätigkeit verursachten Kosten auf das notwendige Maß zu beschränken. Deswegen müsste ein Betriebsratsmitglied für Reisen zu Schulungsveranstaltungen grundsätzlich auch das kostengünstigste zumutbare Verkehrsmittel in Anspruch nehmen. Es müsse dafür zwar grundsätzlich nicht seinen privaten Pkw einsetzen. Entschließt es sich aber, bei einer von mehreren Betriebsratsmitgliedern durchzuführenden Reise seinen privaten Pkw zu nutzen, ist es für ihn grundsätzlich zumutbar, eine Fahrgemeinschaft zu bilden. Das gelte insbesondere auch, wenn die betriebliche Reisekostenordnung den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit normiert. Besondere Umstände, die die Bildung einer Fahrgemeinschaft im

Einzelfall unzumutbar machen, müsste das Betriebsratsmitglied darlegen.

Die Bildung von Fahrgemeinschaften sei nicht schon aufgrund von allgemeinen Unfall-, Verletzungs- und Haftungsrisiken des Straßenverkehrs unzumutbar. Diesen Gefahren setze sich das Betriebsratsmitglied nämlich auch aus, wenn es aufgrund seiner Entscheidung mit dem eigenen Pkw zum Seminar fahre. Bedenken dagegen, dass die Fahrzeuge der Betriebsratsmitglieder ausreichend Platz boten, hatte das Bundesarbeitsgericht nicht.

#### FAZIT

- ▶ Betriebsrat und einzelne Betriebsratsmitglieder sind verpflichtet, die Kosten ihrer Betriebsrats Tätigkeit auf das notwendige Maß zu beschränken.
- ▶ Wollen mehrere Betriebsratsmitglieder mit privaten Pkw zu einem Seminar fahren, sind sie grundsätzlich gehalten, eine Fahrgemeinschaft zu bilden.
- ▶ Gründe, die die Bildung einer Fahrgemeinschaft unzumutbar machen, muss das Betriebsratsmitglied darlegen. Kleinere Unannehmlichkeiten sind insoweit in Kauf zu nehmen.

Frank Martin Thomsen

## BETRIEBSVEREINBARUNGEN MÜSSEN DAS ALLGEMEINE PERSÖNLICHKEITSRECHT DER MITARBEITER BEACHTEN

Arbeitgeber und Betriebsrat hatten eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen, nach der der Arbeitgeber verpflichtet war, den Betriebsrat zu Personalgesprächen einzuladen, die disziplinarische Maßnahmen (Ermahnung, Verwarnung, Abmahnung, Versetzung, ...) zum Gegenstand haben. Dem Mitarbeiter stand es frei, das Gespräch ohne Beteiligung des Betriebsrates zu führen. Der Arbeitgeber teilte dem Betriebsrat nach Jahren mit, dass er ihn nicht mehr zu solchen Personalgesprächen einladen werde, weil die Regelung gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer verstieße. Er informierte dafür die Arbeitnehmer darüber, dass sie auf Wunsch ein Mitglied des Betriebsrates zu dem Gespräch hinzuziehen könnten. Dagegen wandte sich der Betriebsrat, der weiterhin vom Arbeitgeber zu den beschriebenen Personalgesprächen eingeladen werden wollte.

Das Bundesarbeitsgericht hat in seinem Beschluss vom 11. Dezember 2018 (Az.: 1 ABR 12/17) die in der Betriebsvereinbarung geregelte Pflicht des Arbeitgebers, den Betriebsrat zu allen Personalgesprächen einzuladen, die sich auf eine mögliche disziplinarische Maßnahme beziehen, für unwirksam beurteilt. Die Regelung verstoße gegen § 75 Abs. 2 BetrVG i. V. m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG, nach denen Arbeitgeber und Betriebsrat die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern haben. Die Einladungspflicht beeinträchtigt das allgemeine Persönlichkeitsrecht der zum Gespräch geladenen Arbeitnehmer, weil durch die Einladung allen Mitgliedern des Betriebsrates bekannt werde, dass dem Arbeitnehmer aufgrund eines etwaigen Fehlverhaltens eine disziplinarische Maßnahme drohe. Der Arbeitnehmer könnte diese

Information an den Betriebsrat auch nicht verhindern und auch nicht selbst bestimmen, welches oder welche Mitglieder des Betriebsrates die Information erhielten und an dem Personalgespräch teilnehmen.

Diese Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes sei auch nicht verhältnismäßig. Der Schutz des Arbeitnehmers durch die Teilnahme eines Betriebsratsmitglieds an einem Personalgespräch könnte auch dadurch sichergestellt werden, dass dem Arbeitnehmer ein Recht auf Hinzuziehung eines von ihm bestimmten Betriebsratsmitgliedes eingeräumt

und er in der Einladung zum Personalgespräch auf dieses Recht hingewiesen wird. Der Arbeitnehmer habe es auch nach dem gesetzlichen Leitbild in § 81 Abs. 4 S. 3 und § 82 Abs. 2 S. 2 BetrVG selbst in der Hand zu entscheiden, ob er überhaupt ein Mitglied des Betriebsrates zum Gespräch hinzuziehen möchte.

#### FAZIT

► Eine Betriebsvereinbarung, die das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer unverhältnismäßig beeinträchtigt, ist insoweit unwirksam.

Frank Martin Thomsen

## RICHTUNGSWEISENDES EUGH-URTEIL: ARBEITGEBER\*INNEN BEI ALLEN ARBEITNEHMER\*INNEN ZUR ARBEITSZEITERFASSUNG VERPFLICHTET

Der Europäische Gerichtshof hält in seinem als richtungsweisend bezeichnetem Urteil vom 14. Mai 2019 (Az.: C-55/18) die EU-Mitgliedsstaaten für verpflichtet, dafür zu sorgen, dass Arbeitgeber\*innen für alle Arbeitnehmer\*innen ein System einrichten, mit dem die gesamte geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann. Der Europäische Gerichtshof begründet dies insbesondere damit, dass ohne ein solches System den zuständigen Behörden und den Arbeitnehmervertretern kein wirksames Mittel zur Verfügung stehe, sich den Zugang zu objektiven und verlässlichen Daten über die von den Arbeitnehmer\*innen in den einzelnen Unternehmen geleistete Arbeitszeit zu verschaffen und ihren Kontroll- und Sanktionspflichten effektiv nachzukommen. Außerdem werde dadurch den Arbeitnehmer\*innen der Nachweis eines Rechtsverstoßes erleichtert. Doch ergeben sich daraus für deutsche Arbeitgeber\*innen wirklich so große Änderungen?

Bisher sind deutsche Arbeitgeber\*innen gemäß § 16 Abs. 2 S. 1 Arbeitszeitgesetz (ArbZG) nur verpflichtet, die acht Stunden täglich überschreitende Arbeitszeit ihrer Arbeitnehmer\*innen aufzuzeichnen. Ansonsten ist eine gesetzliche Verpflichtung der Arbeitgeber\*innen zur Erfassung der gesamten täglichen Arbeitszeit ihrer Arbeitnehmer\*innen im deutschen Arbeitsrecht nicht die Regel, sondern die Ausnahme. Diese greift z. B. bei nach § 8 Abs. 1 SGB IV geringfügig Beschäftigten oder bei den in den in § 2a

des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes genannten Wirtschaftszweigen Beschäftigten (vgl. § 17 Abs. 1 Mindestlohngesetz). Auch z. B. im Straßentransport besteht eine Aufzeichnungspflicht hinsichtlich der gesamten geleisteten Arbeitszeit (§ 21 Abs. 7 ArbZG). Ansonsten war es den deutschen Arbeitgeber\*innen i. d. R. möglich, Arbeitnehmer\*innen – so diese denn nicht mehr als acht Stunden täglich arbeiten – mit einer sog. Vertrauensarbeitszeit zu beschäftigen und für diese auch keine Arbeitszeiterfassung einzurichten.

Allerdings hat das Bundesarbeitsgericht bereits im Jahre 2003 entschieden (Beschluss vom 6. Mai 2003 – 1 ABR 13/02), dass Arbeitgeber\*innen auch bei Vertrauensarbeitszeit in der Lage sein müssen, dem Betriebsrat im Rahmen von dessen Überwachungsaufgaben nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG Auskunft über die geleisteten Arbeitszeiten zu geben. Entsprechendes gilt auch für den Personalrat bzw. für kirchliche Mitarbeitervertretungen. Diese Entscheidung, die das Bundesarbeitsgericht 2015 bestätigte (Urteil vom 23. September 2015 – 5 AZR 767/13), bedeutete für alle der Zuständigkeit des Betriebsrates (bzw. Personalrat/ Mitarbeitervertretung) unterfallenden Arbeitnehmer\*innen auch bisher schon faktisch eine Verpflichtung der Arbeitgeber\*innen zur Arbeitszeiterfassung. Hier bestätigt der Europäische Gerichtshof nun nur die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.

Eine echte Neuerung stellt das aktuelle Urteil des Europäischen Gerichtshofs allerdings für zwei Arbeitnehmergruppen dar:

- Arbeitnehmer\*innen in Betrieben ohne Arbeitnehmervertretung und
- nicht der Zuständigkeit der bestehenden Arbeitnehmervertretung unterfallende Arbeitnehmer\*innen (z.B. leitende Angestellte i. S. d. § 5 Abs. 3 BetrVG). Für beide Arbeitnehmergruppen ist die fehlende Arbeitszeiterfassung allerdings in Deutschland bisher häufig.

#### FAZIT

- ▶ Es bleibt abzuwarten, wie der deutsche Gesetzgeber das aktuelle Urteil des Europäische Gerichtshofs umsetzen wird.
- ▶ Arbeitgeber\*innen mit Arbeitnehmer\*innen, deren Arbeitszeit bisher nicht erfasst wird, sollten Rechtsprechung und Gesetzgebung unbedingt im Blick behalten und sich schon jetzt auf eine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung bei allen Arbeitnehmer\*innen einstellen.

Dr. Tina Lorenz

## WIRKSAME VORVERTRÄGE ZUM ABSCHLUSS NACHVERTRAGLICHER WETTBEWERBSVERBOTE

Unternehmen sichern ihr Know-How (geschäftswichtiges Wissen oder Kontakte) regelmäßig durch die Vereinbarung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote mit Mitarbeitern, die über wesentliches Wissen (Know-How-Träger) verfügen. Um wirksam zu sein, muss eine solche Vereinbarung die Zahlung einer Karenzentschädigung für die Zeit des Verbots vorsehen, die mindestens 50 % der zuletzt bezogenen Vergütung erreicht. Daher ist genau zu prüfen, mit welchem Mitarbeiter ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart werden soll.

Zu Beginn des Arbeitsverhältnisses ist meist nicht absehbar, ob sich der Mitarbeiter zum Know-How-Träger entwickelt. Die Verhandlungslage ist jedoch für den Arbeitgeber gut. Hat sich der Mitarbeiter erst entwickelt, wird es schwieriger, ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot zu vereinbaren. Zwar kann der Arbeitgeber auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot einseitig verzichten. Allerdings muss er dann noch für ein Jahr die Karenzentschädigung zahlen. In der Praxis wird häufig vergessen, dass ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart wurde. Kündigt ein Mitarbeiter, der dem Geschäft nicht »gefährlich« werden kann, muss dann gleichwohl die Karenzentschädigung für einen gewissen Zeitraum gezahlt werden.

Eine Lösung dafür ist, mit dem Mitarbeiter, der potentiell zum Know-How-Träger wird, bereits zu Beginn des Arbeitsverhältnisses einen Vorvertrag abzuschließen, der den Mitarbeiter verpflichtet, auf Verlangen des Arbeitgebers ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot zu unterzeichnen. Ein solcher Vorvertrag nutzt die gute Verhandlungsposition des

Arbeitgebers bei Abschluss des Arbeitsvertrags. Er ermöglicht zugleich die Entwicklung des Mitarbeiters abzuwarten und anhand dieser zu entscheiden, ob der Ausschluss nachvertraglichen Wettbewerbs die Zahlung der Karenzentschädigung wert ist. Die Anforderungen an die Wirksamkeit eines solchen Vorvertrages waren bisher umstritten. Nunmehr hat das Bundesarbeitsgericht mit Entscheidung vom 19. Dezember 2018 (Az.: 10 AZR 130/18) klargestellt, dass ein solcher Vorvertrag zulässig ist. Voraussetzung für die Wirksamkeit ist neben den allgemeinen Anforderungen an das Wettbewerbsverbot selbst, dass er schriftlich geschlossen wird und er vorsehen muss, dass der Abschluss des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes längstens bis zu dem Zeitpunkt verlangt werden darf, in dem eine Partei des Arbeitsvertrages die Kündigung erklärt.

#### FAZIT

- ▶ Vor Abschluss eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes sollte eingehend geprüft werden, ob die Wettbewerbsuntersagung tatsächlich die zu zahlende Karenzentschädigung wert ist.
- ▶ Um die Entwicklung des Mitarbeiters einerseits beobachten zu können, jedoch auch die gute Verhandlungssituation bei Abschluss des Arbeitsvertrages zu nutzen, empfiehlt sich der Abschluss eines Vorvertrages.
- ▶ Ein solcher Vorvertrag unterliegt verschiedenen Anforderungen, er muss insbesondere vorsehen, dass der Abschluss des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes längstens bis zur Erklärung einer Kündigung des Arbeitsvertrages verlangt werden kann.

Karsten Matthieß

## GRUNDSÄTZLICH KEINE ZUSTÄNDIGKEIT DES ARBEITSGERICHTS BEI KÜNDIGUNG EINES FREMDGESCHÄFTSFÜHRERS EINER GMBH

Zuletzt wurden viele Streitigkeiten um die Beendigung von Geschäftsführer-Anstellungsverträgen zwischen Fremdgeschäftsführern und den anstellenden GmbHs vor den Arbeitsgerichten ausgetragen. Motive auf Seiten der Geschäftsführung mögen gewesen sein, dass die Anwaltskosten der Gegenseite selbst bei Unterliegen in erster Instanz nicht getragen werden müssen und dass die Arbeitsgerichte als etwas »sozialer eingestellt« gelten. Die Arbeitsgerichte sind indes nur zuständig für Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Nach Ansicht der ordentlichen Gerichte sind Fremdgeschäftsführer grundsätzlich keine Arbeitnehmer. Die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte war bisher nicht ganz einheitlich. Bewegung in die Frage der Arbeitnehmerstellung hatte zuletzt auch der Europäische Gerichtshof gebracht, der mit Entscheidung vom 9. Juli 2015 (Az.: C-229/14) Geschäftsführer als Arbeitnehmer im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie eingeordnet hatte.

Die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte ist im Arbeitsgerichtsgesetz geregelt, das nicht auf europäisches Recht zurückgeht. Dem Arbeitsgerichtsgesetz liegt daher nicht der europäische, sondern der bundesdeutsche Arbeitnehmerbegriff zugrunde. Nunmehr hat das Bundesarbeitsgericht mit Entscheidung vom 21. Januar 2019 (Az.: 9 AZB 23/18) deutlich

gemacht, dass Fremdgeschäftsführer grundsätzlich als arbeitgeberähnliche Personen und nicht als Arbeitnehmer anzusehen sind. Die Arbeitsgerichte sind daher grundsätzlich nicht für Streitigkeiten zwischen Fremdgeschäftsführern und den anstellenden GmbHs zuständig. Zwar unterliegt auch ein Fremdgeschäftsführer grundsätzlich Weisungen durch die Gesellschafter, dies reicht aber im Regelfall nicht aus, um als Arbeitnehmer zu gelten. Ein Arbeitnehmer unterliegt Weisungen seines Arbeitgebers hinsichtlich Zeit, Ort und Durchführung der Arbeitsleistung. Die Weisungen der Gesellschafter beziehen sich in der Regel auf unternehmerische Entscheidungen. Dies mag im Einzelfall anders sein, bedarf dann aber des konkreten Vortrags des Geschäftsführers.

### FAZIT

- ▶ Da das Arbeitsgerichtsgesetz nicht auf eine europäische Richtlinie zurückgeht, gilt für das Arbeitsgerichtsgesetz der deutsche Arbeitnehmerbegriff.
- ▶ Auch Fremdgeschäftsführer sind nach dem bundesdeutschen Recht regelmäßig keine Arbeitnehmer.
- ▶ Für Auseinandersetzungen zwischen Fremdgeschäftsführern und den anstellenden Gesellschaften sind grundsätzlich nicht die Arbeitsgerichte zuständig.

Karsten Matthieß

## WENDE IN DER RECHTSPRECHUNG: KEIN GESETZLICHER URLAUBSANSPRUCH BEI UNBEZAHLTEN SONDERURLAUB

Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 19. März 2019 (Az: 9 AZR 315/17) entschieden, dass im Sabbatical kein zusätzlicher gesetzlicher Urlaubsanspruch besteht. Für die Berechnung des gesetzlichen Mindesturlaubs bleiben Zeiten eines unbezahlten Sonderurlaubs unberücksichtigt.

In dem Fall hatte eine Mitarbeiterin auf ihren Wunsch über ein Jahr unbezahlten Sonderurlaub erhalten. Nach Beendigung des Sonderurlaubs verlangte die Mitarbeiterin vom Arbeitgeber, ihr für diese Zeit den gesetzlichen Mindesturlaub von 20 Arbeits-

tagen zu gewähren. Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hatte mit Urteil vom 20. Juni 2017 - Az: 11 Sa 2068/16 - den Arbeitgeber noch zur Gewährung von 20 Arbeitstagen Urlaub verurteilt. Der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts sah dies anders und hat damit seine bisherige Rechtsprechung (so noch im Urteil vom 6. Mai 2014 - Az.: 9 AZR 678/12) geändert:

Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien einen unbezahlten Urlaub, haben diese ihre Hauptleistungspflichten vorübergehend ausgesetzt. Dies führt dazu, dass einem Arbeitnehmer für ein Kalenderjahr,

in dem er sich durchgehend im unbezahlten Sonderurlaub befindet, mangels einer Arbeitspflicht kein Anspruch auf Erholungsurlaub zusteht. Nach § 3 Abs. 1 BUrlG beläuft sich der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nämlich bei einer gleichmäßigen Verteilung der Arbeit auf sechs Tage in der Woche auf 24 Werktage. Dies entspricht einem gesetzlichen Jahresurlaubsanspruch von 20 Tagen bei einer Fünftagewoche. Ist die Arbeitszeit eines Arbeitnehmers auf weniger oder mehr als sechs Arbeitstage in der Kalenderwoche verteilt, muss die Anzahl der Urlaubstage unter Berücksichtigung des für das Urlaubsjahr

maßgeblichen Arbeitsrhythmus berechnet werden, um für alle Arbeitnehmer eine gleichwertige Urlaubsdauer zu gewährleisten. Ist gar keine Arbeitszeit vereinbart, besteht kein Urlaubsanspruch.

#### FAZIT

- Befindet sich ein Arbeitnehmer im Urlaubsjahr im unbezahlten Sonderurlaub, ist dies bei der Berechnung der Urlaubsdauer zu berücksichtigen.
- Vereinbarungen von Sabbaticals werden mit dieser Rechtsprechung sehr viel leichter.

Dr. Andrea Benkendorff

## RECHTSPRECHUNGSÄNDERUNG DES BUNDESARBEITSGERICHTS ZUR SACHGRUNDLOSEN BEFRISTUNG BEI VORBESCHÄFTIGUNG UND DIE DATENSCHUTZRECHTLICHEN KONSEQUENZEN

Jahrelang legte das Bundesarbeitsgericht den § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG so aus, dass eine sachgrundlose Befristung zulässig sei, solange der Arbeitnehmer nicht innerhalb der letzten drei Jahre beim jeweiligen Arbeitgeber beschäftigt war. Die zeitliche Grenze von drei Jahren fand im Gesetz jedoch keine Stütze und das Bundesarbeitsgericht wurde für diese Rechtsprechung heftig kritisiert. Schließlich stellte das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 6. Juni 2018 (Az.: 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14) klar, dass die vom Bundesarbeitsgericht vorgenommene zeitliche Einschränkung verfassungswidrig war. Zugleich erkannte das Bundesverfassungsgericht, dass das Verbot der sachgrundlosen Befristung bei nochmaliger Einstellung beim selben Arbeitgeber unter Umständen unzumutbar sein kann, nämlich insbesondere dann, wenn die Vorbeschäftigung sehr lange zurückliegt, ganz anders geartet war oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist, etwa bei einer geringfügigen Nebentätigkeit während der Schulzeit.

Daraufhin hat das Bundesarbeitsgericht nun seinen früheren Kurs korrigiert. Mit Urteil vom 23. Januar 2019 (Az.: 7 AZR 733/16) entschied das Bundesarbeitsgericht, dass eine sachgrundlose Befristung des Arbeitsvertrages zumindest dann unzulässig ist, wenn zwischen den Vertragsparteien bereits acht Jahre zuvor ein Arbeitsverhältnis bestand, das eine vergleichbare Arbeitsaufgabe zum Gegenstand

hatte und welches ca. 1 ½ Jahre andauerte. Dass der Arbeitgeber sich auf die frühere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts verlassen hatte, ändere an der Unzulässigkeit der sachgrundlosen Befristung nichts.

Insbesondere durch Betriebsübergänge kann es zu einem Datenverlust kommen, sodass seitens des Arbeitgebers nicht mehr aufzuklären ist, ob der Bewerber bereits früher im Unternehmen beschäftigt war. Arbeitgeber sollten daher von ihrem Fragerecht Gebrauch machen und explizit nach einer etwaigen Vorbeschäftigung beim Rechtsvorgänger fragen. Wenn der Arbeitnehmer dabei bewusst eine Vorbeschäftigung verneint und hierdurch ein unbefristetes Arbeitsverhältnis herbeiführt, käme eine Anfechtung des Arbeitsvertrages in Betracht. Schwieriger wird es allerdings, wenn der Arbeitnehmer sich darauf berufen kann, nicht gewusst zu haben, dass es sich um denselben Arbeitgeber handelt, z.B. nach einer Umfirmierung oder einem Betriebsübergang. Für diesen Fall sollten Arbeitgeber von ihren ausgeschiedenen Arbeitnehmer zumindest deren Stammdaten (Name, Vorname und Geburtsdatum des Arbeitnehmers sowie dessen Funktion und Ein- und Austrittsdatum) sowie die Unterlagen über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufbewahren. Nur so kann eine Vorbeschäftigung zuverlässig geprüft werden und, falls eine Vorbeschäftigung bestand, nachgewiesen werden, dass diese sehr lange zurücklag, kurz andau-



erte und die Arbeitsaufgabe eine andere war. Im Hinblick auf die Rechtsprechungsänderung des Bundesarbeitsgerichts könnten Arbeitgeber für die Speicherung dieser personenbezogenen Daten auf ein berechtigtes Interesse und somit auf den Rechtfertigungsgrund des Art. 6 Abs. 1 lit. f der Datenschutzgrundverordnung verweisen. Die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der unbefristeten Speicherung ist allerdings noch nicht gerichtlich geklärt. Arbeitgeber sollten daher im Einzelfall sorgfältig das Risiko eines Datenschutzverstößes gegen das Risiko abwägen, später vermeintlich befristete Arbeitnehmer unbefristet beschäftigen zu müssen. Zur Minimierung des datenschutzrechtlichen Risikos können technische und organisatorische Maßnahmen wie die Beschränkung des Zugriffs oder die Verschlüsselung oder Pseudonymisierung der Daten etabliert werden.

#### FAZIT

► Arbeitgeber können sich nicht darauf berufen, bei Abschluss des befristeten Arbeitsvertrages aufgrund der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeits-

gerichts darauf vertraut zu haben, dass Vorbeschäftigungszeiten, die länger als drei Jahre zurücklagen, einer sachgrundlosen Befristung nicht entgegenstünden. Das Bundesarbeitsgericht billigt Arbeitgebern insofern keinen Vertrauensschutz zu!

► Arbeitgeber sollten den Bewerber vor der Einstellung ausdrücklich nach Vorbeschäftigungen, ggf. auch beim Rechtsvorgänger, fragen. Zu Nachweiszwecken empfiehlt sich hier ein schriftlicher Einstellungsfragebogen. Noch nicht abschließend geklärt ist allerdings, wie sich eine falsche Antwort des Arbeitnehmers rechtlich auswirken würde. Insbesondere wenn seit seiner Vorbeschäftigung ein Betriebsübergang oder auch nur eine Umfirmierung stattgefunden hat, ist dem Arbeitnehmer u.U. nicht bewusst, dass er die Vorbeschäftigung fälschlicherweise verneint hat. Wenn der Arbeitgeber sich insofern absichern möchte, müsste der Arbeitgeber die Stammdaten ausgeschiedener Mitarbeiter sowie die Unterlagen zur Vertragsbeendigung zeitlich unbefristet aufbewahren. Hierbei darf der Datenschutz jedoch nicht außer Acht gelassen werden.

Daniela Guhl

## BEI AUFHEBUNGSVERTRÄGEN MUSS »FAIR« VERHANDELT WERDEN

Das Bundesarbeitsgericht führte in seinem Urteil vom 7. Februar 2019 (Az.: 6 AZR 75/18) aus, dass Aufhebungsverträge wegen »unfairen« Verhandelns unwirksam sein können. Wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu Hause aufsucht, um einen Aufhebungsvertrag zu verhandeln, berechtigt das den Arbeitnehmer an sich nicht zur Anfechtung des Vertrages. Wenn allerdings eine Vertragspartei eine psychische Drucksituation schafft, die es für die andere Partei erheblich schwieriger macht, eine freie und überlegte Entscheidung zu treffen, dann verstößt das unter Umständen gegen das Gebot des fairen Verhandeln. Dieses Gebot sieht das Bundesarbeitsgericht als arbeitsvertragliche Nebenpflicht an, die somit Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen verpflichtet. Im konkreten Fall hatte der Arbeitgeber die arbeitsunfähig erkrankte Arbeitnehmerin in ihrer Privatwohnung besucht und dort mit ihr einen Aufhebungsvertrag geschlossen. Dabei bestand der Verdacht, dass der Arbeitgeber bewusst ausgenutzt habe, dass die Arbeitnehmerin krank-

heitsbedingt geschwächt war. Das Bundesarbeitsgericht verwies den Fall zur vollständigen Aufklärung des Sachverhaltes an das Landesarbeitsgericht zurück. Es wies darauf hin, dass im Falle einer Verletzung des Gebots des fairen Verhandeln der Arbeitgeber im Wege des Schadensersatzes verpflichtet wäre, die Arbeitnehmerin so zu stellen, wie sie ohne diese Pflichtverletzung stünde: Das Arbeitsverhältnis müsste dann fortgeführt werden.

#### FAZIT

► Bei Verhandlungen über Aufhebungsverträge muss »fair« vorgegangen werden. Auch wenn das Verhältnis zwischen den Parteien angespannt ist, darf keine Partei die andere derart unter Druck setzen, dass diese in ihrer Entscheidungsfreiheit beschnitten wird.

► Grundsätzlich können Aufhebungsverträge auch weiterhin während der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers geschlossen werden, solange der Arbeitnehmer sich zu Verhandlungen in der Lage sieht.

Daniela Guhl

## GEÄNDERTE RECHTSPRECHUNG DES BUNDESARBEITSGERICHTS ZUR VERERBBARKEIT VON URLAUBSANSPRÜCHEN

Wir hatten in der letzten Ausgabe unseres Battke-Briefs über die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 6. November 2018 berichtet. Der Europäische Gerichtshof hatte entschieden, dass Erben auch dann einen Anspruch auf finanzielle Urlaubsabgeltung haben müssen, wenn der Erblasser im laufenden Arbeitsverhältnis verstirbt. Das Bundesarbeitsgericht sah das bislang noch anders und hatte damit argumentiert, dass nach § 7 Abs. 4 BUrlG ein Abgeltungsanspruch erst bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstehe. Im Anschluss an die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs gab das Bundesarbeitsgericht seine bisherige Rechtsprechung auf. Mit Urteil vom 22. Januar 2019 (Az.: 9 AZR

45/16) stellte das Bundesarbeitsgericht fest, dass, wenn das Arbeitsverhältnis durch den Tod endet, die Erben gemäß § 1922 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 7 Abs. 4 BUrlG die Abgeltung des vom Erblasser nicht genommenen Urlaubs fordern können.

### FAZIT

► Der Abgeltungsanspruch der Erben beschränkt sich nicht auf den gesetzlichen Mindesturlaub, sondern umfasst den gesamten Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers, inklusive tariflichem Mehrurlaub und Zusatzurlaub für schwebebehinderte Menschen nach § 125 Abs. 1 S. 1 SGB IX a.F. (nunmehr § 208 Abs. 1 S. 1 SGB IX).

Daniela Guhl

Geistiges Eigentum (IP)

## GESCHÄFTSGEHEIMNISGESETZ – NEUE ANFORDERUNGEN FÜR UNTERNEHMEN

Das neue Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) ist zum 26. April 2019 in Kraft getreten. Damit wurde die EU-Richtlinie 2016/943 umgesetzt. Bisher waren Geschäftsgeheimnisse im Wesentlichen über §§ 17 ff. UWG geschützt, die jedoch nur den strafbewehrten Schutz von Geschäfts- und Berufsgeheimnissen erfassten. Darüber hinaus wurde der Schutz von Geschäftsgeheimnissen über die zivilrechtlichen Regelungen der §§ 823, 826 BGB, gegebenenfalls in Verbindung mit § 1004 BGB analog gewährleistet.

Das Risiko im Schutz von Geschäftsgeheimnissen geht oftmals von den eigenen Mitarbeitern aus. Auch wenn diese aufgrund der arbeitsvertraglichen Nebenpflichten zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, sichern erst detaillierte und differenzierte Geheimhaltungsklauseln die konkreten Geheimhaltungsinteressen des Arbeitgebers. Denn Klauseln, wonach der Arbeitnehmer über sämtliche betrieblichen Angelegenheiten Stillschweigen zu bewahren hat, sind nach der Rechtsprechung unwirksam. Bei Klauseln, die zur Verschwiegenheit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses verpflichten, ist zudem zu beachten,

dass diese das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers übermäßig beschränken und sich damit faktisch wie ein Wettbewerbsverbot auswirken, das nur in den engen Grenzen der §§ 74 ff. HGB zulässig ist. Demgegenüber verlangt gerade das neue Gesetz, dass die Unternehmer konkrete Maßnahmen ergreifen, sodass lediglich pauschale und zu allgemein formulierte Geheimhaltungsvereinbarungen ebenfalls nicht ausreichen.

Zunächst sollten daher die Verträge mit den eigenen Arbeitnehmern, aber auch Verträge mit Kooperationspartnern, Lieferanten, Kunden und sonstigen Dritten überprüft werden, ob Geschäftsgeheimnisse angemessen vertraglich abgesichert sind. Schließlich sollten zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse Compliance-Maßnahmen, Arbeits- und Dienstanzweisungen angewandt oder angepasst werden. Um überhaupt einen Schutz für Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu erhalten, sind auch hier aktive Schutzmaßnahmen gefragt. Was eine angemessene Geheimhaltungsmaßnahme ist, lässt sich nur individuell anhand der wirtschaftlichen Bedeutung des Geschäftsgeheimnisses für das Unternehmen beur-

teilen. Es kommen insoweit organisatorische, vertragliche, aber auch technische Maßnahmen in Betracht, die zudem ausreichend dokumentiert werden sollten. Das Unternehmen ist nämlich im Falle eines Rechtsstreits hinsichtlich getroffener Geheimhaltungsmaßnahmen darlegungs- und beweispflichtig. Durch die IT-Sicherheit kann z.B. sichergestellt werden, dass nur befugte Personen Zugang zu vertraulichen Daten haben. Fast immer ist auch ein abgestuftes Zugriffsberechtigungskonzept erforderlich. Schließlich müssen unter anderem Mitarbeiter im Umgang mit Geschäftsgeheimnissen geschult und sensibilisiert werden.

### FAZIT

► Nunmehr hat der deutsche Gesetzgeber den Schutz von Geschäftsgeheimnissen erstmals in einem

einheitlichen Regelwerk zusammengefasst, das zukünftig für einen besseren Schutz von vertraulichem Know-how und vertraulichen Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sorgen soll.

► Beim Schutz von Geheimnissen geht es allerdings nicht mehr nur darum, Wettbewerbsvorteile zu sichern. Vielmehr sind zukünftig die hohen gesetzlichen Anforderungen zu erfüllen, um weiterhin effektiv gegen Diebstahl von Know-how und Geschäftsgeheimnissen vorgehen zu können.

► Es gibt keine Übergangsfrist, sodass ein schnelles Handeln durch Umsetzung konkreter Maßnahmen erforderlich ist, etwa durch Überarbeitung von Geheimhaltungsvereinbarungen und Verträgen, Schulungen und Anpassungen von Betriebsabläufen.

Dr. Daniel Schöneich und Dr. Andrea Benkendorff

## URheberRECHTSVERLETZUNG BEI VERNICHTUNG VON GEBÄUDEN, KUNSTWERKEN, BILDERN UND CO?

Der Bundesgerichtshof musste im Februar dieses Jahres darüber entscheiden, ob die Vernichtung eines urheberrechtlich geschützten Werkes eine Verletzung der Rechte des Urhebers im Sinne des § 14 UrhG darstellt. Die Parteien stritten über den Fortbestand des sogenannten »Mannheimer Lochs«. Dieses stellt eine Kunstinstallation in der Kunsthalle Mannheim dar. Die Arbeit ist eine multimediale Installation unter Einsatz eines speziellen Projektors und ist urheberrechtlich geschützt. Da in der Kunsthalle jedoch Sanierungs- und Umbaumaßnahmen stattgefunden haben, wurde die Installation entfernt bzw. zerstört. Die Urheberin sah hier ihre Rechte verletzt und verlangte von den Museumsbetreibern die Wiederherstellung ihres Kunstwerks, hilfsweise Schadenersatz.

Der Bundesgerichtshof entschied nun, dass die Vernichtung eines urheberrechtlich geschützten Werks, wie Bilder, Kunstwerke, Fotos, Schriftwerke oder Gebäude etc., eine »andere Beeinträchtigung« im Sinne des § 14 UrhG darstellen kann. Nach § 14 UrhG hat der Urheber das Recht, eine Beeinträchtigung seines Werkes zu verbieten, die geeignet ist, seine berech-

tigten Interessen zu gefährden. Es ist damit denkbar, dass auch eine Störung bzw. Vernichtung des Werks eine Urheberrechtsverletzung darstelle.

Allerdings sei dieser Anspruch nicht schrankenlos, sondern unterliege einer umfassenden Abwägung der jeweiligen betroffenen Interessen, also der Interessen des Eigentümers auf der einen Seite und der Interessen des Urhebers auf der anderen Seite. Auf der Seite des Eigentümers sei sein Eigentumsrecht zu berücksichtigen, was dem Eigentümer erlaubt, mit der Sache nach Belieben zu verfahren. Für den Urheber sei hingegen berücksichtigungsfähig, ob es sich bei dem vernichteten Werk um ein Unikat handelt, oder ob Vervielfältigungsstücke bestehen. Ferner sei nach Auffassung des Bundesgerichtshofs zu beachten, welche Gestaltungshöhe das Werk hat, oder ob dieses lediglich zu Gebrauchszwecken dient. Diese Abwägung muss nach Auffassung der Bundesrichter nun das vorinstanzliche Gericht durchführen. Der Bundesgerichtshof klärt damit im Grundsatz aber die seit Jahren offene Frage, ob die Vernichtung auch eine Urheberrechtsverletzung sein kann und verweist auf eine durchzuführende Interessenabwägung.

**FAZIT**

- ▶ Auch bei der Vernichtung von urheberrechtlich geschützten Werken, wie Bildern, Kunstwerken oder Gebäuden etc., müssen Eigentümer stets berücksichtigen, ob die Interessen des Urhebers verletzt werden, da ansonsten hohe Schadensersatzforderungen drohen.
- ▶ Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist vor

allem wichtig für die Frage, inwieweit Gebäude (teilweise) abgerissen werden können, die Urheberrechtsschutz genießen bzw. inwieweit eine Innensanierung erfolgen darf.

- ▶ Es empfiehlt sich, Regelungen mit dem Urheber zu treffen, wonach die Vernichtung des Werkes zustimmungsfrei erfolgen kann.

Dr. Daniel Schöneich

**DATENSCHUTZVERSTOSS WEGEN BETRIEBLICHEN GPS-ORTUNGSSYSTEMS**

Das Verwaltungsgericht Lüneburg hatte mit Urteil vom 19. März 2019 (Az: 4 A 12/19) entschieden, dass das von einem Gebäudereinigungsunternehmen betriebene GPS-System gegen Vorschriften des Beschäftigtendatenschutzes verstößt.

Die Klägerin in diesem Verfahren betreibt eine Gebäudereinigung. Die bei ihr angestellten Objektbetreuer und Reinigungskräfte nutzen Firmenfahrzeuge, die mit einem GPS-System ausgestattet sind. Das GPS-System erfasst ständig die gefahrene Strecke mit Start- und Zielpunkt einschließlich der gefahrenen Zeit. Das Ortungssystem erfasst dabei die Kennzeichen der betroffenen Fahrzeuge, welche der jeweiligen betrieblichen Nutzung zugeordnet sind und kann nicht individuell ein- und ausgeschaltet werden.

Nach einem Hinweis durch eine ehemalige Mitarbeiterin der Klägerin leitete die zuständige Aufsichtsbehörde 2016 gegen die Klägerin ein Kontrollverfahren ein und forderte die Klägerin mit Bescheid im März 2017 auf, die Datenverarbeitung durch das Ortungssystem so zu gestalten, dass eine personenbezogene Ortung während der ordnungsgemäßen betrieblichen Nutzung des Fahrzeugs nicht erfolgt. Diesen Bescheid griff die Klägerin an. Sie hält den Einsatz des Ortungssystems für erforderlich, um beispielsweise Touren zu planen, Mitarbeiter und Fahrzeuge zu koordinieren, Nachweise gegenüber Auftraggebern zu erbringen und Diebstahlsschutz zu gewährleisten.

Das Verwaltungsgericht bestätigte den von der Aufsichtsbehörde angenommenen datenschutzrecht-

lichen Verstoß und wies die Klage zurück. Die im Rahmen der Ortung stattfindende Datenverarbeitung sei für die Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses nicht erforderlich und verstoße damit gegen Datenschutzrecht (§ 26 BDSG i.V.m. Art. 88 Abs. 1 DSGVO). Für die Zwecke des präventiven Diebstahlschutzes würde eine anlassbezogene Erhebung im Falle eines Diebstahls vollkommen ausreichen. Auch sei die vorgenommene Datenerhebung für die Zwecke der Planung und Koordinierung von Touren und des Mitarbeiter- und Fahrzeugeinsatzes ungeeignet, da man für eine solche Planung keine Informationen über aktuelle und vergangene Standorte benötige. Auch könnten mittels der über das Ortungssystem erhobenen Daten kein Nachweis für geleistete Tätigkeiten am/im Objekt eines Kunden gegenüber Auftraggebern geführt werden. Die Klägerin konnte schließlich auch keine wirksame Einwilligungserklärung ihrer Beschäftigten vorlegen, welche die Datenverarbeitung hätte rechtfertigen können. Die vorgelegten Einwilligungen enthielten bspw. schon nicht die erforderlichen umfassenden Informationen über den mit der Datenverarbeitung verfolgten Zweck.

**FAZIT**

- ▶ Bei der Entscheidung über die Erforderlichkeit von Datenverarbeitungsvorgängen im Beschäftigungsverhältnis hat eine umfassende, einzelfallbezogene Interessenabwägung stattzufinden.

Manuela Leinung

## MODERNISIERUNG DES MARKENGESETZES – EIN ÜBERBLICK ÜBER DIE NEUEN REGELUNGEN

Am 14. Januar 2019 ist in Anpassung an europäisches Markenrecht das Markenrechtsmodernisierungsgesetz in Kraft getreten, welches zu umfassenden Änderungen und Neuerungen im nationalen Markenrecht geführt hat. Folgende Neuerungen im Markenrecht sind besonders spannend:

Fortan können auch Bewegungs- und Hologrammmarken oder Multimediamarken (Kombination aus Bild und Ton) im Register des Deutschen Patent- und Markenamts (DPMA) registriert werden. Die Eintragung ist nicht mehr länger an eine grafische Darstellbarkeit der Zeichen gekoppelt. Es genügt, dass das Zeichen eindeutig und klar bestimmt werden kann, wofür technisch gängige Dateiformate wie Audio- oder Bilddateien geeignet sind.

Im deutschen Markenrecht gibt es jetzt auch wie im europäischen Markenrecht die Markenkategorie der Gewährleistungsmarke (§§ 106a ff. MarkenG nF). Diese Markenkategorie eignet sich für Gütesiegel und Prüfzeichen neutraler Zertifizierungsunternehmen. Mit ihr werden im Unterschied zu Individualmarken, welche die betriebliche Herkunft der Waren und Dienstleistungen kennzeichnen, bestimmte Beschaffenheitsmerkmale des gekennzeichneten Produkts garantiert.

Interessant für Markeninhaber ist auch, dass künftig nicht nur Lizenzen im Markenregister eingetragen werden können, sondern auch die Eintragung

einer Lizenzbereitschaft möglich ist. Überdies werden die Rechte der Inhaber einer ausschließlichen Lizenz gestärkt. Diese sind nunmehr ausdrücklich dazu berechtigt, eine Markenrechtsverletzung durch Dritte selbst durch Klage zu verfolgen, wenn der Markeninhaber nach förmlicher Aufforderung nicht selbst klagt. Bisher bedurfte der Lizenznehmer dafür der vorherigen ausdrücklichen Zustimmung des Markeninhabers.

Auch das Verfahrensrecht hat eine Vielzahl an Neuerungen erfahren. So wurde beispielsweise ein amtliches Verfalls- und Nichtigkeitsverfahren eingeführt. Dies ermöglicht die Löschung von fremden Marken wegen Bestehen älterer Rechte oder wegen Nichtbenutzung nunmehr auch vor dem Deutschen Patent- und Markenamt durchzusetzen. Hierfür war bislang nur eine Klage vor den ordentlichen Gerichten möglich. Dadurch sollen Kosten und Dauer der Lösungsverfahren verkürzt werden. Die Bestimmungen treten allerdings erst zum 1. Mai 2020 in Kraft.

### FAZIT

➤ Es bleibt zu beobachten, ob sich neue Markenformen etablieren, wie die Gewährleistungsmarke sich entwickelt und das Deutschen Patent- und Markenamt seinen neuen Prüfkompetenzen nachkommt.

Manuela Leinung

Medizin- und Sozialrecht

## DER PRIVATE BRIEFEINWURF AUF DEM ARBEITSWEG UND DIE WEGEUNFALLVERSICHERUNG

Medizin- und  
Sozialrecht

Wer sich auf dem Heimweg von der Arbeitsstelle bei dem Versuch, einen privaten Brief einzuwerfen, verletzt, erleidet grundsätzlich keinen Arbeitsunfall. Das hat das Bundessozialgericht am 7. Mai 2019 (Az.: B 2 U 31/17 R) entschieden.

Die klagende Arbeitnehmerin war auf dem Arbeitsheimweg mit dem Auto angehalten, um einen privaten Brief in den Briefkasten zu werfen. Beim Aus-

steigen stürzte die Klägerin und das Auto rollte ihr über den Fuß.

Weil der Brief rein privat war, lehnte die beklagte Berufsgenossenschaft den Unfallversicherungsschutz ab. Das Bundessozialgericht hat hervorgehoben, dass die Klägerin auf dem Heimweg von der Arbeitsstelle grundsätzlich unter dem Versicherungsschutz der gesetzlichen Unfallversicherung gestanden habe.

Auch das Zurücklegen des mit der versicherten Tätigkeit zusammenhängenden unmittelbaren Weges nach und von dem Ort der Tätigkeit sei mitversichert. Die Klägerin habe jedoch, indem sie den Pkw verlassen habe, um einen Brief einzuwerfen, diesen unmittelbaren Weg nach außen erkennbar unterbrochen. Der Briefeinwurf habe damit als rein private Handlung nicht mehr unter dem Schutz der Wegeunfallversicherung gestanden.

Eine – grundsätzlich unschädliche – geringfügige Unterbrechung des Weges lag nach Ansicht des Bundessozialgerichtes nicht vor. Eine solche komme in Betracht, wenn die Unterbrechung bei natürlicher Betrachtungsweise zeitlich und räumlich noch als Teil des Weges in seiner Gesamtheit anzusehen sei. Das sei der Fall, wenn die Unterbrechung zu keiner erheblichen Zäsur in der Fortbewegung in Richtung auf das

ursprünglich geplante Ziel führe, weil sie ohne nennenswerte zeitliche Verzögerung im Vorbeigehen oder ganz nebenher erledigt werden könne. Hier sei die Unterbrechung jedoch nicht mehr geringfügig gewesen, da die verunfallte Klägerin ihren Pkw anhalten, aus ihm aussteigen und zum Briefkasten gehen müssen.

#### FAZIT

- ▶ Wer aufgrund einer rein privaten Handlung seinen Arbeitsweg verlässt, verliert den Schutz der Unfallversicherung.
- ▶ Wenn die Unterbrechung ohne nennenswerte zeitliche Verzögerung im Vorbeigehen oder ganz nebenher erledigt werden kann, kann eine unschädliche geringfügige Unterbrechung vorliegen.

Sebastian Stücker, M.mel.

## KONZEPTBEWERBUNG EINES MEDIZINISCHEN VERSORGUNGSZENTRUMS

Konzeptbewerbungen eines Medizinischen Versorgungszentrums um einen Vertragsarztsitz ohne Benennung eines für die Umsetzung geeigneten Arztes können bei der Auswahlentscheidung noch nicht berücksichtigt werden. Hierfür fehlen bisher konkretisierende Regelungen, die zunächst vom Gesetz- und Verordnungsgeber erlassen werden müssen. Dies hat das Bundessozialgericht am 15. Mai 2019 (Az.: B 6 KA 5/18 R) entschieden.

Die Vorschrift zu Konzeptbewerbungen wurde im Jahr 2015 eingefügt und durch das am 11. Mai 2019 in Kraft getretene Terminservice- und Versorgungsgesetz geringfügig geändert. Der Gesetzgeber wollte den Medizinischen Versorgungszentren mit der Konzeptbewerbung ermöglichen, sich um einen Vertragsarztsitz zu bewerben, ohne dafür schon einen bestimmten Arzt angestellt zu haben.

Nach Auffassung des Bundessozialgerichtes würde ein Medizinisches Versorgungszentrum mit dem Zuschlag für ein bloßes Versorgungskonzept allerdings eine »arztlose Anstellungsgenehmigung« erhalten, die bisher weder im Gesetz noch in der

Zulassungsverordnung für Vertragsärzte vorgesehen ist. Solange nähere Bestimmungen fehlten – die auch den unterlegenen Mitbewerbern die Geltendmachung ihrer Rechte im weiteren Verfahren ermöglichen und zudem regeln müssten, was gilt, wenn das Versorgungskonzept nicht oder nicht mehr umgesetzt wird – könnten Konzeptbewerbungen ohne Benennung eines Arztes in einem Auswahlverfahren nicht berücksichtigt werden. Die Gerichte selbst könnten diese Bestimmungen nicht treffen.

#### FAZIT

- ▶ Konzeptbewerbungen eines Medizinischen Versorgungszentrums um einen Vertragsarztsitz sind derzeit noch nicht berücksichtigungsfähig.
- ▶ Es ist zunächst Aufgabe des Gesetzgebers beziehungsweise des Verordnungsgebers der Zulassungsverordnung, nähere Bestimmungen zu den Konzeptbewerbungen – insbesondere zum Verfahren und zum Rechtsschutz – zu treffen.

Sebastian Stücker, M.mel.

## E-VERGABE – NEUE UND UNGEAHNT PROBLEME

Vergaberecht

Seit dem 18. Oktober 2018 gilt die Verpflichtung zur Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel für sämtliche europaweite Ausschreibungen. Zwar ist es nicht – wie zum Teil befürchtet – zum vollständigen Kollaps der Ausschreibungsverfahren gekommen, jedoch sind den ersten einschlägigen Entscheidungen zur e-Vergabe Fallstricke zu entnehmen, mit denen man im Vorfeld nicht gerechnet hat. So zum Beispiel bei der Versendung des Informationsschreibens nach § 134 GWB.

Bekannt und bewährt ist seit geraumer Zeit die Notwendigkeit, dass der öffentliche Auftraggeber die Bieter, die den Zuschlag nicht erhalten sollen, hierüber mindestens zehn Kalendertage vor Vertragsschluss informiert. Bei Nutzung einer e-Vergabe-Plattform war und ist es gängige Praxis, dass zahlreiche Auftraggeber die Vorinformation ebenfalls über die Kommunikationskanäle der Plattform zur Verfügung stellen. Nach Auffassung der Vergabekammer Südbayern ist eine solche Vorgehensweise jedoch vergaberechtlich nicht zulässig. In ihrem Beschluss vom 29. März 2019 hat die Vergabekammer Südbayern ausgeführt, dass die Vorinformation nach § 134 Abs. 1 S. 1 GWB nicht wirksam erteilt wird, wenn diese lediglich in einem internen Bieterbereich auf einer Vergabeplattform eingestellt wird, wo die Bieter die Information abrufen können. Dies gilt selbst dann, wenn die Bieter eine entsprechende Hinweis-E-Mail erhalten, dass eine

neue Nachricht auf der Vergabeplattform eingestellt wurde.

Die Entscheidung der Vergabekammer Südbayern vom 29. März 2019 ist noch nicht rechtskräftig, da Beschwerde beim Oberlandesgericht München eingelegt wurde. Ob der Vergabesenat des Oberlandesgerichts München die Auffassung der Vergabekammer Südbayern korrigieren wird, bleibt demnach abzuwarten.

Dem öffentlichen Auftraggeber ist mithin bis zu einer klärenden Entscheidung des Oberlandesgerichts München zu empfehlen, eine Vorinformation nach § 134 GWB nicht ausschließlich über die Vergabeplattform zur Verfügung zu stellen, sondern diese separat – unter Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel – an die jeweiligen Bieter zu versenden. Entgegen einer zum Teil verbreiteten Auffassung ist nämlich die Nutzung einer Vergabeplattform keine zwingende Voraussetzung für die Durchführung eines e-Vergabeverfahrens.

### FAZIT

- ▶ Informationsschreiben nach § 134 GWB sind separat an die Bieter elektronisch zu versenden.
- ▶ Elektronische Kommunikation kann auch außerhalb einer Vergabeplattform erfolgen.

Dr. Ludger Meuten

Über uns

## BATCKE GRÜNBERG IST DEUTSCHLANDS »BESTER ARBEITGEBER REGION«

Über uns

Die Dresdner Kanzlei Battke Grünberg PartGmbH ist als »Bester Arbeitgeber Region« ausgezeichnet worden. Damit würdigt die azur-Redaktion des JUVE-Verlags deutsche Rechtsanwaltskanzleien, die sich besonders für die Förderung junger Juristen engagieren. Dr. Andrea Benkendorff, Partnerin einer der größten Kanzleien in Mitteldeutschland, nahm den Preis bei der Festveranstaltung entgegen: »Innovative Ideen und Nachwuchsförderung stehen schon lange in unserem Fokus. Die Auszeichnung bestätigt uns

in diesem Weg, denn sie zeigt, dass wir uns als regionale Kanzlei mit innovativen Ideen auch gegen die ganz Großen unserer Branche behaupten können.«

Besonders hervorgehoben wird in der Begründung des JUVE-Verlags neben der Dynamik, Innovationsbereitschaft und dem Engagement in der Ausbildung die weit fortgeschrittene Digitalisierung der Kanzlei. Auch das Arbeitsumfeld mit großzügigem open-space-Konzept und großem Aufenthaltsbereich für Pausen, Arbeitsgruppengespräche und interne

Fortbildungsveranstaltungen mit modernster Technik, das transparente Karriereprogramm und das ausgeklügelte Bonussystem für die angestellten Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte bestätigten die Jury in ihrer Entscheidung für Battke Grünberg.

Die Laudatorin der European Law Students Association (ELSA) hob in ihrer Würdigung besonders die außergewöhnlich positiven Voten der jungen Anwältinnen und Anwälte hervor, die in der anonymisiert durchgeführten Umfrage das jugendlich frische und offene Arbeitsklima lobten. Dr. Andrea Benkendorff versteht das als Ansporn, noch innovativer und attraktiver zu werden; denn, so sagt sie: »Die Konkurrenz um die Besten wird in den nächsten Jahren noch sehr viel härter, wenn die geburtenstarken Jahrgänge aus Justiz und Verwaltung ausscheiden.



© JUVE Verlag/ Andreas Anhalt

Und wir wollen nur die Besten – das schulden wir unseren Mandanten und unserem Anspruch, ihnen rechtliche Beratung auf höchstem Niveau zu bieten.«

## BATTKE GRÜNBERG »RECHT SPORTLICH« UND MIT TEAMGEIST



© Andrea Nolting

Die Laufabteilung von Battke Grünberg war auch dieses Jahr wieder »Recht stark« und vor allem »Recht schnell« bei der REWE-Team-Challenge vertreten. 16 Läuferinnen und Läufer aus dem Team von Battke Grünberg haben sich auf die 5 km lange Strecke von der Dresdner Innenstadt ins Dynamo-Stadion gemacht und erreichten »Recht erfolgreich« das Ziel und später den verdienten Ausklang im Biergarten am Großen Garten zur »after-challenge-Party«.

### Veranstaltungen

## I. FRÜHSTÜCKE

### Gesellschaftsrechtsfrühstück 2019

Das Gesellschaftsrechtsfrühstück der Battke Grünberg Rechtsanwälte PartGmbH findet am

- ▶ 27. September 2019
- ▶ 9:00 Uhr bis 12:00 Uhr
- ▶ im Hotel Taschenbergpalais Kempinski Dresden statt.

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



## II. WORKSHOPS

Wir bieten Ihnen in unseren Kanzleiräumlichkeiten in Dresden (oder nach individueller Vereinbarung auch in Ihren Räumlichkeiten vor Ort) individuelle Workshops an, die aktuelle rechtliche Probleme aufgreifen und den Teilnehmern in einem kleinen Kreis von 6 bis 8 Personen die Möglichkeit bieten, Lösungen zu diskutieren und in Erfahrungsaustausch zu kommen. Anders als bei üblichen Seminarveranstaltungen kann die konkrete Situation der teilnehmenden Unternehmen Berücksichtigung finden. Gemeinsam gehen wir die Beantwortung offener Fragen an. Dabei stehen vor allem der Erfahrungsaustausch und die Erörterung praxistauglicher rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten im Vordergrund. Für alle Workshops gilt:

Teilnehmerzahl: mindestens 6, maximal 8 Personen

Ort: Kanzleiräume Battke Grünberg, Kleine Brüdergasse 3-5, Dresden  
(oder nach individueller Vereinbarung)

Dauer: 4 Stunden zuzüglich 15 min. Pause, 9:00 Uhr bis 13:15 Uhr

Kosten: EUR 350,00 netto pro Person  
(gegebenenfalls zuzüglich Fahrtkosten bei abweichendem Ort)

Wir behalten uns vor, Workshops abzusagen, sollte die Mindestteilnehmerzahl nicht erreicht sein.

Folgende Workshops bieten wir derzeit an:

### Thema »Heimvertragsrecht – Was in den Leitungsebenen stationärer Einrichtungen bekannt sein muss.«

Datum: 6. November 2019

Referent: Herr Rechtsanwalt Sebastian Stücker, M.mel., Fachanwalt für Sozialrecht, Fachanwalt für Medizinrecht

Der Workshop behandelt folgende Schwerpunkte:

- Gesetzliche Regelung von Verträgen über Wohnraum mit Pflege- oder Betreuungsleistungen (Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz - WVBVG)
- Aktuelle Entscheidungen zum WVBVG
- Mögliche Regelungen in Heimverträgen
- Austausch über praktische Erfahrungen mit Regelungen im Heimvertrag

Zielgruppe: Leiter\*innen und leitende Mitarbeiter\*innen  
stationärer Pflege- und Behindertenhilfeeinrichtungen

Anmeldungen sind per E-Mail unter [info@battke-gruenberg.de](mailto:info@battke-gruenberg.de) möglich.

Workshop  
Medizin- und  
Sozialrecht

### Thema: Dienstplangestaltung und Ausfallzeitenmanagement

Datum: 17. September 2019

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff, Fachanwältin für Arbeitsrecht

Die Gestaltung von Dienstplänen im Spannungsfeld zwischen Arbeitszeitgesetz, größtmöglicher Flexibilität und möglichst geringen Personalkosten stellt soziale Einrichtungen vor große Herausforderungen. Der Workshop möchte insbesondere mit folgenden Inhalten dabei unterstützen:

- Arbeitszeitrechtliche Grundlagen für die Dienstplanung (v. a. Überblick Arbeitszeitgesetz)
- Möglichkeiten für einen flexiblen Einsatz der Mitarbeiter (z. B. Arbeitszeitverlängerung, Arbeit auf Abruf/KAPOFAZ, Arbeitszeitkonten)
- Anregungen für die Gestaltung eines strukturierten Ausfallzeitenmanagements bei kurzfristigen Krankheitsausfällen

Zielgruppe: Arbeitgeber\*innen, die soziale Einrichtungen (z. B. Altenpflege- und Behindertenhilfeeinrichtungen, Kindertagesstätten, stationäre Jugendhilfe) betreiben

Anmeldungen sind per E-Mail unter [info@battke-gruenberg.de](mailto:info@battke-gruenberg.de) möglich.

Workshop  
Arbeitsrecht

Workshop  
Vergaberecht**Thema: Was im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens von Bauleistungen zu beachten ist**

Datum: 21. November 2019

Referenten: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten, Fachanwalt für Vergaberecht,  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Frau Rechtsanwältin Juliane Pethke

Im Rahmen der Vorbereitung eines Ausschreibungsverfahrens von Bauleistungen, insbesondere der Fertigung der Vergabe- und Vertragsunterlagen, hat der Auftraggeber zahlreiche Regelungen des privaten und des öffentlichen Baurechts zu beachten. Der Workshop soll sowohl einen Überblick darüber geben, mit welchen Schwierigkeiten der Auftraggeber hier zu rechnen hat, als auch Hilfestellungen und Lösungsvorschläge geben, wie diese Schwierigkeiten zu bewältigen sind.

Der Workshop behandelt folgende Schwerpunkte:

- Gesetzliche Regelungen des öffentlichen und privaten Baurechts
- Aktuelle Entscheidungen zur VOB/A und B
- Anregung für die Gestaltung von Bedingungen in den Vergabe- und Vertragsunterlagen

Der konkrete Inhalt des Workshops kann unter Berücksichtigung der aktuellen Frage- und Problemstellungen der Teilnehmer ausgestaltet werden.

Zielgruppe: Auftraggeber\*innen, die Bauleistungen ausschreiben

Anmeldungen sind per E-Mail unter [info@battke-gruenberg.de](mailto:info@battke-gruenberg.de) möglich.

### III. SEMINARE/VORTRÄGE

#### 1. ARBEITSRECHT

Veranstaltungen  
Arbeitsrecht**Thema: Gesundheitsmanagement - Rechtlicher Rahmen und erfolgreiche Umsetzung auf dem Weg zu einem gesunden Unternehmen**

Veranstalter: Deutscher PARITÄTISCHER Wohlfahrtsverband Landesverband Sachsen e. V.

Ort: Dresden

Datum: 4. September 2019

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

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

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Ort: Leipzig

Datum: 12. November 2019

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

Anmeldungen sind unter [www.rkw-sachsen.de](http://www.rkw-sachsen.de) möglich.**Thema: Arbeitswelt 4.0 – Die neuen Herausforderungen der modernen Arbeitswelt**

Veranstalter: Deutscher PARITÄTISCHER Wohlfahrtsverband Sachsen e. V.

Ort: Dresden

Datum: 28. August 2019

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

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

**Thema: Mitarbeitervertretungsgesetz - Rechte und Pflichten der Mitarbeitervertretung**

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

Ort: Dresden

Datum: 6. September 2019

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

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

**Thema: Arbeitsrecht aktuell**

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

Ort: Dresden

Datum: 9. Oktober 2019

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

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

**Thema: Grundlagen der AVR**

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

Ort: Dresden

Datum: 13. und 14. November 2019

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

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

**Thema: »Mein Chef ist ein Vollidiot!« – Wieviel müssen sich Arbeitgeber gefallen lassen?**

Veranstalter: Deutscher PARITÄTISCHER Wohlfahrtsverband Sachsen e. V.

Ort: Dresden

Datum: 28. November 2019

Referentinnen: Frau Rechtsanwältin Daniela Guhl und Frau Rechtsanwältin Manuela Leinung

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

## 2. GESELLSCHAFTSRECHT

**Thema: Gesellschaftsrecht Intensivkurs - Personengesellschaftsrecht**

Veranstalter: Deutsche AnwaltAkademie

Datum: 19. und 20. August 2019, Dresden

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ekkehard Nolting

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

Veranstaltungen  
Gesellschaftsrecht

## 3. VERGABERECHT

**Thema: Vergaberecht 2019 - Das aktuelle Vergaberecht nach der Reform in seiner Struktur und praxisgerechte Anwendung**

Veranstalter: eVergabe.de GmbH

Ort: Dresden

Datum: 27. August 2019, 19. September 2019, 22. Oktober 2019

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

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

Veranstaltungen  
Vergaberecht

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

Veranstalter: eVergabe.de GmbH

Ort: Dresden

Datum: 27. August 2019, 19. September 2019, 22. Oktober 2019

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

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

#### 4. GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ UND WETTBEWERBSRECHT

Veranstaltungen  
Gewerblicher  
Rechtsschutz

Thema: Rechtliche Anforderungen an die Gestaltung von Webauftritten

Veranstalter: Deutscher PARITÄTISCHER Wohlfahrtsverband Sachsen e. V.

Ort: Dresden

Datum: 29. Oktober 2019

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Daniel Schöneich

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



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

Verantwortlich: Dr. Ekkehard Nolting

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

#### **BATTKE GRÜNBERG**

Rechtsanwälte PartGmbH

Kleine Brüdergasse 3-5

01067 Dresden

T: + 49 351 563 90 0

F: + 49 351 563 90 99

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

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