

November 2019

Liebe Leserin, lieber Leser,

es ist bei Abfassung dieser Zeilen exakt 30 Jahre her, dass die Mauer zwischen zwei vollkommen gegensätzlichen Gesellschaftssystemen fiel. Zu verdanken war dies vielen mutigen Menschen in Polen, Ungarn, Tschechien und hunderten DDR-Bürgern, die auf die Straße gingen und friedlich für Freiheit, Selbstbestimmung und Selbstverantwortung kämpften. Der Verfasser dieser Zeilen erlebte diesen einmaligen historischen Vorgang in den USA und musste fasziniert mit ansehen, wie Amerikaner und Gäste aus allen Winkeln der Welt diesen einzigartigen Moment gebannt und – ja – euphorisiert miterlebten. Die ganze Welt war in den Bann gezogen; es seien daher an dieser Stelle ein paar persönliche Reminiszenzen gestattet. Die Herausforderungen waren nicht nur politischer, ökonomischer und gesellschaftlicher Art, sie betrafen auch das Recht, seine Gestaltungs- und Regulierungsfunktion. Für das, was es zu meistern galt, gab es keine Blaupause. Ich erinnere mich an die ersten Vorträge zum GmbH- und Aktienrecht im Januar 1990 vor VEB- und Kombinatdirektoren, an das »Gesetz über die Gründung privater Unternehmungen und Unternehmensbeteiligungen« vom 7. März 1990, das in drei kurzen Paragrafen die Umwandlung volkseigener Unternehmen in private Rechtsformen regelte und damit den 1972 Enteigneten die Möglichkeit bot, ihre Unternehmen zurückzuerhalten; ich erinnere mich an die bitteren Tränen eines Unternehmers, der zum dritten Mal in seinem Leben enteignet worden war – das erste Mal 1948 durch die sowjetische Militäradministration, das zweite Mal nach zwischenzeitlicher Rückgabe und konfiskatorischen Steuern in den 50er Jahren mit der letzten großen Enteignungswelle der Reste der mittelständischen Privatwirtschaft 1972 und nun ein drittes Mal, weil die Rückgabe auf Grund der drei erwähnten Paragrafen im Unternehmensgesetz fehlerhaft gewesen war und schließlich ein Investor aufgrund der geschaffenen Vorrangregelungen den Zugriff auf das Unternehmen erhielt – und ich erinnere mich an Betriebsdirektoren, die ihren Betrieb von der Treuhandanstalt kauften, um ihn vor einem Investor aus dem Westen und die Mitarbeiter vor (notwendigen) Entlassungen zu schützen; am Ende konnte das Unternehmen aber nicht überleben. Es ist heute wichtig, die damals gemachten Fehler sachlich zu analysieren; es ist jedoch zu billig, Einzelnen vorschnell dafür Schuld zuzuschreiben. Schuld lädt der auf sich, der in kritischen Situationen nicht handelt; wer aber handelt, macht Fehler. Das ist menschlich und daher verzeihlich, wenn es auf Grundlage der verfügbaren Informationen und in verantwortbarer Weise geschieht. Das gilt auch für jeden, der heute Verantwortung trägt – in Politik, in Gesellschaft oder in Unternehmen. Wir wollen unseren Beitrag dazu leisten, Fehler möglichst zu vermeiden; ganz wird das nie gelingen – so viel Demut muss sein.

Ihre Battke Grünberg Rechtsanwälte PartGmbH

N^o 3/2019

> MANDANTENINFORMATION

Schwerpunktthema	02
Gesellschaftsrecht	05
Arbeitsrecht	11
Geistiges Eigentum	18
Medizin- und Sozialrecht	19
Mietrecht/Verwaltungsrecht	20
Vergaberecht	21
Über uns	24
Veranstaltungen & Vorträge	26
Impressum	32

SCHWERPUNKTTHEMA

MANUELA POKERN &
DR. DANIEL SCHÖNEICH



DIE NEUEN RECHTLICHEN ANFORDERUNGEN AN DEN SCHUTZ VON KNOW-HOW UND GESCHÄFTSGEHEIMNISSEN

I. Einleitung

Die derzeitige Beratungspraxis zeigt, dass der effektive Schutz von Geschäftsgeheimnissen und Know-how vor allem in kleineren und mittleren Unternehmen oftmals keinen oder nur einen geringen Stellenwert hat. Das ist sehr gefährlich. Denn der Schutz der Geschäftsgeheimnisse und des Know-hows ist wirtschaftlich von höchster Bedeutung, wenn man bedenkt, wie schnell der Betriebsleiter oder andere Schlüsselmitarbeiter zur Konkurrenz wechseln können. Es droht dann, dass geheime Informationen, wie Kunden- und Adresslisten, Konstruktionszeichnungen, Rezepturen, Erfindungen und Entwicklungen an den Konkurrenten gelangen.

Mit Inkrafttreten des neuen Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (nachfolgend kurz GeschGehG) zum 26. April 2019 hat sich im Hinblick auf den wirksamen Schutz von Geschäftsgeheimnissen und des unternehmerischen Know-hows vieles geändert. Unternehmen müssen wissen, dass sie nunmehr zum Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse aktive Schutzmaßnahmen ergreifen müssen, anderenfalls sind sie nicht geschützt, wenn Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse unbefugt verwertet werden.

Wir geben nachfolgend einen Überblick über die praxisrelevantesten bzw. wichtigsten Neuerungen im Bereich des Know-how-Schutzes sowie Anregungen im Hinblick auf effektive Schutzmaßnahmen. Klar ist aber auch, dass gerade durch das neue Gesetz die Entwicklung eines individuellen Schutzkonzepts im Unternehmen unersetzbar ist.

II. Überblick über die wichtigsten Neuregelungen

Das neue GeschGehG geht auf die Know-how-Richtlinie EU 2016/943 vom 8. Juni 2016 zurück und bildet nunmehr erstmals ein einheitlich geregeltes Rechtswerk anstelle des bisherigen über verschiedene Gesetze (BGB, UWG) verteilten Geheimnisschutzes.

1. Neue Definition Geschäftsgeheimnis

Das GeschGehG schützt wie auch bisher Informationen im weitesten Sinne. Als Geschäftsgeheimnis kommen sowohl kaufmännisches Know-how, wie Kunden- und Lieferantenlisten oder Businesspläne, als auch technisches Know-how, wie Rezepturen, Verfahren oder Konstruktionspläne, in Betracht. Naturgemäß muss die Information auch geheim sein und der Berechtigte muss an der Geheimhaltung ein berechtigtes Interesse haben. Mit einem etwas engeren Anwendungsbereich als bisher ist auch beibehalten worden, dass das Geheimnis wegen seiner fehlenden Offenkundigkeit von wirtschaftlichem Wert für den Berechtigten sein muss. Dabei kommt es maßgeblich darauf an, ob die unbefugte Nutzung oder Offenbarung der geheimen Information die geschäftlichen oder finanziellen Interessen oder die Wettbewerbsfähigkeit des Berechtigten untergraben kann.

Eine wesentliche Neuerung in den bisherigen Geheimnisschutz bringt allerdings § 2 Nr. 1 lit. b) GeschGehG. Um überhaupt ein gesetzlich geschütztes Geheimnis zu haben, wird nach dieser Vorschrift vorausgesetzt, dass das Geheimnis Gegenstand von angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen ist. Seit April 2019 genügt es daher nicht mehr, dass der Berechtigte den inneren Willen zur Geheimhaltung hat, sondern

er muss angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen zum Schutz ergreifen. Ergreift er keine Maßnahmen, fällt die betreffende Information nicht nur aus dem Schutzbereich des GeschGehG heraus, sondern die Geschäftsleitung sieht sich gegebenenfalls auch einem Haftungsrisiko ausgesetzt.

2. Erlaubte Handlungen

Grundlegend neu ist auch, dass nunmehr das sogenannte Reverse-Engineering erlaubt ist. Danach darf ein Geschäftsgeheimnis durch Beobachten, Untersuchen, Rückbauen oder Testen eines Produkts oder Gegenstands, das öffentlich verfügbar ist oder in dessen rechtmäßigen Besitz man ist, erlangt werden. Die Zulässigkeit des Reverse-Engineering kann aber vertraglich ausgeschlossen werden. Hier muss in der Praxis eine Abstimmung erfolgen, ob dies sinnvoll und vor allem tatsächlich umsetzbar ist.

In dem Zusammenhang ist allerdings anzumerken, dass das Gesetz nicht ausdrücklich gestattet, dass durch Reverse-Engineering erlangte Geschäftsgeheimnisse auch genutzt und offenbart werden dürfen. Es bleibt stets zu prüfen, ob die Nutzung und Verwertung solcher Informationen etwa durch den Nachbau von Produkten nicht etwa gegen den wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutz verstößt und/oder Urheberrechte Dritter verletzt werden.

Kein unbefugtes Erlangen liegt ferner vor, wenn der Inhaber das Geheimnis durch eine eigenständige Entdeckung oder Schöpfung erlangt. Damit gewähren Geschäftsgeheimnisse nicht etwa wie im Patentrecht dem Inhaber ein ausschließliches Recht.

3. Handlungsverbote

Nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG sind die typischen Handlungen des unbefugten Erlangens eines Geschäftsgeheimnisses verboten, wie das unbefugte Zugänglichmachen, Aneignen oder Kopieren von Dokumenten, Gegenständen, elektronischen Daten etc., die das Geheimnis enthalten oder aus denen es sich ableiten lässt. Die Norm macht dabei keinen Unterschied danach, wer ein Geheimnis erlangt, ein Arbeitnehmer, Konkurrent oder ein sonstiger Dritter. Entscheidend ist die Befugnis, das betreffende Dokument in Besitz zu nehmen. Wer im Übrigen unbefugt ein Geheimnis erlangt hat, der darf es auch nicht nutzen oder offenlegen, § 4 Abs. 2 Nr. 1 GeschGehG.

Im Übrigen dürfen Geschäftsgeheimnisse auch nicht genutzt und offenbart werden, wenn man vertraglich zur Geheimhaltung verpflichtet ist, § 4 Abs. 2 Nr. 2 und 3 GeschGehG.

Schließlich ist auch Dritten das Erlangen, Nutzen, Offenbaren von Geschäftsgeheimnissen untersagt, wenn sie das Geheimnis von einer Person erlangen, die das Geheimnis selbst unbefugt erlangt, genutzt oder offenbart hat, § 4 Abs. 2 GeschGehG. Die Haftung greift allerdings nur ein, wenn der Dritte weiß oder wissen musste, dass es zuvor eine Verletzung von Geschäftsgeheimnissen gegeben hat.

4. Ausnahmetatbestände

Bedeutsam sind auch die im Gesetz geregelten Ausnahmetatbestände. Zum einen können sich beispielsweise investigative Journalisten bei der Offenlegung von geheimen Informationen auf die Meinungs- und Pressefreiheit berufen (§ 5 Nr. 1 GeschGehG), zum anderen werden Personen geschützt, die geheime Informationen zur Aufdeckung rechtswidriger Handlungen oder sonstigem Fehlverhalten offenlegen, sofern die Offenlegung geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen, sog. Whistleblower (§ 5 Nr. 2 GeschGehG). Für die Praxis von Unternehmen haben daher die Ausnahmetatbestände vor allem Bedeutung im Rahmen von Compliance-Management-Systemen und internen Untersuchungen.

5. Ansprüche des Verletzten

Die §§ 6-14 GeschGehG regeln schließlich umfangreich die Ansprüche des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses gegen den Rechtsverletzer. Betroffene haben gegen die Verletzer vor allem Ansprüche auf Unterlassung, Vernichtung der rechtsverletzenden Produkte sowie einen Schadensersatzanspruch. Hinsichtlich der Ansprüche des Verletzten sieht § 9 GeschGehG mit Ausnahme bei Schadensersatzansprüchen den Ausschluss der Ansprüche des Verletzten bei Unverhältnismäßigkeit vor, wenn bspw. die Erfüllung der Ansprüche im Hinblick auf den Wert des Geschäftsgeheimnisses, die getroffenen Geheimhaltungsmaßnahmen oder das Verhalten des Rechtsverletzers nicht mehr verhältnismäßig erscheint. Denkbar sind beispielsweise Fälle, in denen ein komplexes Produkt im Raum steht, das nur zu einem minimalen Teil auf einem Geschäftsgeheimnis beruht.

6. Geheimnisschutz im Prozess

Bei Gerichtsverfahren steht der Berechtigte häufig vor der Schwierigkeit, dass er nicht ohne Offenbarung seiner Geschäftsgeheimnisse seinen Anspruch schlüssig darlegen und beweisen kann. Zum Ausgleich seiner Interessen, sich im Prozess ordnungsgemäß verteidigen zu können, mit denen des Geheimnisträgers, sieht das neue GeschGehG u. a. folgende prozessuale Maßnahmen vor: Auf Parteiantrag kann das Gericht streitgegenständliche Informationen als vertraulich einstufen (§ 16 Abs. 1 GeschGehG). Hierdurch wird auch der Gegner bis über das Prozessende hinaus gebunden. Überdies können Dritte nur noch eingeschränkt die Verfahrensakte einsehen. Zudem kann die Öffentlichkeit oder die Anzahl der Personen zu der mündlichen Verhandlung ausgeschlossen bzw. beschränkt werden.

Spannend wird sein, wie Verletzungsfälle des Geheimnisschutzes zu beurteilen sind, die noch vor Inkrafttreten des GeschGehG stattgefunden haben, die daraus resultierenden Ansprüche des Verletzten sich aber nach der neuen Rechtslage richten, da sie nach dem Inkrafttreten des GeschGehG, d. h. nach dem 26. April 2019 geltend gemacht werden. Denn insoweit ist es schon aufgrund der weitreichenden Änderungen sehr verwunderlich, dass der Gesetzgeber keinerlei Übergangsfristen für die Anwendung des GeschGehG vorgesehen hat.

III. Geheimnisschutz in der Praxis

In der Praxis stellen sich die Unternehmen nun die Frage, was den Umständen nach angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen sind. Klar ist, dass dies jeweils eine Frage des Einzelfalls ist. Zu den »Umständen« des Einzelfalls gehören u. a. die Größe des Unternehmens, die Natur der Information und der Wert des Geschäftsgeheimnisses. Je sensibler eine Information ist, umso höher muss auch das Schutzniveau sein. Im Rahmen dieser für die Beurteilung der Angemessenheit maßgeblichen Kriterien haben Unternehmen aus der Vielzahl der vertraglichen und technischen Schutzmöglichkeiten für jedes Geheimnis separat eine angemessene Schutzmaßnahme zu bestimmen.

So liegen zwischen der Kennzeichnung vertraulicher Informationen und dem Verschluss einer Sache

ganz verschiedene Schutzmöglichkeiten. Eine wichtige Rolle beim Know-how-Schutz spielen beispielsweise vertragliche Geheimhaltungsverpflichtungen der eigenen Mitarbeiter. Grundsätzlich sind Arbeitnehmer gemäß der arbeitsvertraglichen Treuepflicht und damit per Gesetz zwar zur Verschwiegenheit verpflichtet. Allerdings wird es Mitarbeiter im Unternehmen geben, die Zugang zu besonders schützenswerten Informationen haben und daher separat auf ihre diesbezüglichen Verschwiegenheitspflichten zu verpflichten und zu belehren sind. Es gibt auch Konstellationen, in denen zur Verdeutlichung der Schutzbedürftigkeit von bestimmten Informationen auch Vertragsstrafen vereinbart werden. Schließlich muss sich jedes Unternehmen im Hinblick auf bestimmte Schlüsselmitarbeiter und Geschäftsgeheimnisse für den Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses überlegen, ob ggf. ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart werden soll. Ein solches nachvertragliches Wettbewerbsverbot kann nur befristet und gegen Entschädigungszahlungen vereinbart werden, kann aber im Einzelfall durchaus effektiv zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse beitragen.

Im Hinblick auf Vertragspartner des Unternehmens ist für einen effektiven Schutz der Geschäftsgeheimnisse unbedingt an sogenannte Non-Disclosure-Vereinbarungen zu denken. Frühere Vereinbarungen sind durch die Neuregelungen des GeschGehG häufig überholt.

In diesem Bereich spielen auch Vertragsstrafen eine wesentliche Rolle bei der Vertragsgestaltung. Überdies ist angesichts des nunmehr erlaubten Reverse-Engineering unbedingt eine Regelung in Verträge aufzunehmen, die das Reverse-Engineering ausdrücklich verbieten, sofern die Geschäftsbeziehung den Austausch von Produkten, Werkzeugen und Teilen von diesen zum Inhalt hat.

Schließlich ist im Hinblick auf technische Schutzmaßnahmen daran zu denken, dass nicht nur ein ausreichend sicherer Passwortschutz und effektive Anti-Viren-Systeme vorliegen müssen, sondern nach dem »Need to know«-Prinzip unter Umständen auch technisch sichergestellt wird, dass nur diejenigen Personen Zugang zu bestimmten Informationen erhalten, die diese Informationen für ihre Arbeit zwingend

benötigen. Gegebenenfalls sind auch technische Vorkehrungen zu treffen, die verhindern, dass bestimmte Informationen ausgedruckt, heruntergeladen und damit vervielfältigt werden können, und/ oder wie die Nutzung von Betriebsmitteln und privaten Endgeräten der eigenen Mitarbeiter geregelt wird.

FAZIT

► Vieles hat sich durch das GeschGehG geändert. Es liegt noch mehr in der Verantwortung der Geschäftsführung, den Schutz von Know-how und Geschäftsgeheimnissen zur Chefsache zu erklären und ein ausgewogenes Schutzkonzept zu erarbeiten. Die hier aufgezeigten Schutzmaßnahmen bieten eine Orientierung. Allerdings erweisen sich häufig ganz unterschiedliche Schutzmaßnahmen als wirksam, abhängig von den jeweiligen Besonderheiten der Branche

und des Unternehmens. Eine individuelle Betrachtung des jeweiligen Unternehmens und dessen Know-hows ist daher unerlässlich.

► Zur Erarbeitung eines solchen individuellen Schutzkonzepts ist rechtliche Beratung nicht nur sinnvoll, sondern zum Teil unabdingbar. Denn die gewählten vertraglichen Gestaltungsmittel zum Schutz des Know-hows sind nur wirksam, wenn sie im Streitfall vor einem Gericht auch Bestand haben. Um seine Mandanten bei diesem Prozess zu unterstützen, bietet Battke Grünberg einen sog. Law-in-House-Check an, in dessen Rahmen die Unternehmen vor Ort bei Fragen zum Thema Geheimnisschutz beraten werden und ihnen bei der Entwicklung von Schutzkonzepten geholfen werden kann.

Manuela Pokern und Dr. Daniel Schöneich

Gesellschaftsrecht

KEINE BESONDEREN WIRKSAMKEITSANFORDERUNGEN AN TEILGEWINNABFÜHRUNGSVERTRÄGE DER GMBH AUCH NACH DEREN UMWANDLUNG IN EINE AKTIENGESELLSCHAFT

Verpflichtet sich eine GmbH ihren gesamten Gewinn abzuführen, bedarf der Vertrag der Schriftform und eines beurkundeten, mit satzungsändernder Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der Stimmen gefassten Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung sowie der Eintragung im Handelsregister. Der Grund liegt darin, dass dadurch in das mitgliedschaftliche Gewinnbezugsrecht der Gesellschafter eingegriffen wird und dies einer Satzungsänderung gleichkommt. Deswegen sind die Vorschriften für die Änderung der Satzung der GmbH in diesem Fall anzuwenden.

Bisher nicht entschieden worden war, ob dies auch für Teilgewinnabführungsverträge gilt. Das hat der Bundesgerichtshof nun verneint, sofern nicht ein »überwiegender Anteil der Gewinne« abzuführen ist (Urteil vom 16. Juli 2019, Az.: II ZR 175/18). Im entschiedenen Fall ging es um 20% der Gewinne. Insofern handele es sich um einen schuldrechtlichen Vertrag zwischen der abführenden und der begünstigten Gesellschaft, der lediglich zu einer einfachen (gewinnmindernden) Verbindlichkeit führe. Der Anspruch auf den Gewinn bleibe den Gesellschaftern erhalten.

Ein solcher Vertrag bedürfe daher keiner besonderen Form, nicht einmal der Schriftform.

Ob das anders zu beurteilen ist, wenn »ein Großteil oder zumindest überwiegender Anteil der Gewinne« abzuführen ist, ließ der Bundesgerichtshof offen. Er musste sich daher auch nicht zu der spannenden Frage verhalten, wann von einem »überwiegenden Anteil« auszugehen ist, der die Formerfordernisse auslöst. Spätestens aber bei einem Anteil von mehr als 50% ist Vorsicht geboten und sollten die Formvorschriften beachtet werden, um nicht die – auch steuerlich nachteilige – Nichtigkeit des Teilgewinnabführungsvertrages zu riskieren.

Der Bundesgerichtshof hatte jedoch noch eine andere Frage zu entscheiden: Die abführende GmbH war formwechselnd in eine Aktiengesellschaft umgewandelt worden. Bei dieser verlangt das Gesetz für den Teilgewinnabführungsvertrag jedoch die Schriftform sowie einen Zustimmungsbeschluss der Hauptversammlung mit mindestens $\frac{3}{4}$ -Mehrheit und die Eintragung im Handelsregister – was ebenfalls nicht erfolgt war. Zu klären war daher, ob der formlose

Gesellschaftsrecht

Teilgewinnabführungsvertrag durch die Umwandlung unwirksam geworden war. Das verneinte der Bundesgerichtshof zutreffend. Verträge werden grundsätzlich durch eine Umwandlung nicht berührt, sie gelten für die verpflichtete Gesellschaft auch in der neuen Rechtsform weiter; sonst hätte diese es in der Hand, sich einseitig durch Umwandlung vertraglichen Verpflichtungen zu entziehen. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Vertrag mit der (neuen) Rechtsform der verpflichteten Gesellschaft unvereinbar ist. Allerdings ist der Teilgewinnabführungsvertrag nach der Umwandlung in das Handelsregister einzutragen. Da mit der Anmeldung zum Handelsregister der Vertrag vorzulegen ist, ist die schriftliche

Fassung für diesen Zweck ggf. nachzuholen. An der fortwährenden Wirksamkeit des Vertrages ändert das nichts; die Eintragung ist rein deklaratorischer Natur.

FAZIT

- ▶ Teilgewinnabführungsverträge der GmbH bedürfen, soweit sie nicht zumindest einen überwiegenden Anteil der Gewinne betreffen, keiner besonderen Form und keiner Eintragung im Handelsregister.
- ▶ Nach Umwandlung der abführungspflichtigen GmbH in eine Aktiengesellschaft bleibt der Teilgewinnabführungsvertrag wirksam, ist jedoch im Handelsregister einzutragen und für diesen Zweck in Schriftform zu fassen.

Dr. Ekkehard Nolting

KEINE LEGITIMATIONSWIRKUNG EINER GMBH-GESELLSCHAFTERLISTE BEI TREUPFLICHTVERSTOSS

Die beim Handelsregister eingereichte und hinterlegte Liste der GmbH-Gesellschafter genießt grundsätzlich Legitimationswirkung. Das bedeutet, dass gegenüber der Gesellschaft unwiderleglich (nur) derjenige als Gesellschafter gilt, der in die Liste eingetragen ist. Nur er darf und muss aber auch zur Gesellschafterversammlung eingeladen werden und kann die sonstigen Gesellschafterrechte ausüben.

Eine Ausnahme zu diesem Grundsatz hat der Bundesgerichtshof aber nun gemacht, und zwar zu Recht (Urteil vom 2. Juli 2019 – Az.: II ZR 406/17): Wird der Gesellschaft durch einstweilige Verfügung eines Gerichts untersagt, eine geänderte Gesellschafterliste bei Gericht einzureichen und geschieht dies dennoch, ist es der Gesellschaft nach Treu und Glauben versagt, sich auf diese Liste zu berufen. Der Geschäftsanteil eines Gesellschafters war eingezogen worden. Hiergegen hatte dieser sich gewehrt und zugleich der Gesellschaft untersagen lassen, eine neue Liste, die ihn nicht mehr als Gesellschafter führte, beim Handelsregister einzureichen. Dennoch reichte der Notar, der die Gesellschafterversammlung beurkundet hatte, eine geänderte Liste ein. Im Anschluss fasste die Gesellschafterversammlung weitere Beschlüsse, ohne den in der Liste gelöschten Gesellschafter, den Kläger, zu beteiligen.

Der Bundesgerichtshof erklärte die Beschlüsse wegen eines Ladungsmangels für nichtig, weil der Kläger nicht eingeladen worden war. Zwar gilt im Verhältnis zur Gesellschaft nach dem Gesetz nur derjenige als Gesellschafter und ist als solcher zu behandeln, der in der aktuell beim Handelsregister hinterlegten Liste eingetragen ist. Die Liste hat auch eine »negative Legitimationswirkung« zu Lasten des nicht mehr eingetragenen Gesellschafters, der seine Gesellschafterrechte nicht mehr ausüben könne. Eine Gesellschaft, der durch gerichtliche Verfügung untersagt sei, eine geänderte Liste einzureichen und entgegen dieser Verfügung dennoch eine solche geänderte Liste einreichen lässt bzw. diese nicht umgehend korrigiert, könne sich nach Treu und Glauben auf diese Liste nicht berufen.

Eine Besonderheit liegt darin, dass nicht die Gesellschaft die Liste einreicht; dazu ist nur der Notar, der an einer Veränderung – wie hier – mitwirkt oder, wenn die Veränderung ohne Mitwirkung eines Notars erfolgt, der Geschäftsführer befugt und verpflichtet. Dennoch bleibt die Gesellschaft verpflichtet, den Notar bzw. Geschäftsführer auf das gerichtliche Verbot hinzuweisen und die Einreichung zu verhindern oder ggf. die Liste wieder zu korrigieren. Tut sie das nicht, kann sie sich darauf nicht berufen.

Obwohl die Gesellschaft von Gesetzes wegen gar nicht befugt ist, eine Liste einzureichen, sondern nur der Notar oder der Geschäftsführer persönlich, kann der betroffene Gesellschafter nach Auffassung des Bundesgerichtshof gleichwohl der Gesellschaft die Einreichung durch einstweilige Verfügung untersagen lassen. Das gilt jedenfalls in dem hier vorliegenden Fall einer Einziehung. Den Einziehungsbeschluss muss der Gesellschafter durch Klage gegen die Gesellschaft angreifen. Die Klage ändert jedoch nichts daran, dass der Einziehungsbeschluss zunächst wirksam ist, bis das Gericht den Beschluss für nichtig erklärt. Nach Fassung des Einziehungsbeschlusses muss also der Geschäftsführer oder Notar die geänderte Liste bei Gericht einreichen. Damit verliert der Gesellschafter bis zur Entscheidung des Gerichts über die Nichtigkeit des Beschlusses seine Rechte; die verbleibenden Gesellschafter können solange vollendete Tatsachen schaffen, etwa die Gesellschaft umstrukturieren, ohne dass der betroffene Gesellschafter noch Einfluss nehmen könnte. Er muss daher die Möglichkeit haben, dies zu verhindern; das kann er mit dem Mittel der einstweiligen Verfügung gegen die Gesellschaft

erreichen, mit der dieser auferlegt wird, die Einreichung der Liste zu unterlassen und ihn einstweilen weiter als Gesellschafter zu behandeln.

FAZIT

- ▶ Eine GmbH kann sich gegenüber einem Gesellschafter, dessen Geschäftsanteil eingezogen worden ist und der infolge dessen aus der Gesellschafterliste gelöscht worden ist, nicht auf die negative Legitimationswirkung der Gesellschafterliste berufen, wenn ihr durch einstweilige Verfügung untersagt worden war, eine geänderte Liste zum Handelsregister einzureichen;
- ▶ die Gesellschaft hat ggf. zu verhindern, dass ein Dritter – insbesondere ein Notar – in Unkenntnis der einstweiligen Verfügung eine geänderte Liste einreicht oder für eine umgehende Korrektur der Liste zu sorgen;
- ▶ einem von einer Einziehung betroffenen Gesellschafter ist dringend zu raten, neben der Anfechtung des Einziehungsbeschlusses eine entsprechende einstweilige Verfügung bei Gericht zu erwirken.

Dr. Ekkehard Nolting

FEHLERHAFT ZUSAMMENGESETZTER AUFSICHTSRAT EINER MITBESTIMMTEN AG NACH UMWANDLUNG IN SE

Die gesetzlichen Regelungen des deutschen Mitbestimmungsrechts finden auf die Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea = SE) keine Anwendung. Sie ist daher auch dann mitbestimmungsfrei, wenn sie die Schwellenwerte von 500 (Drittelbeteiligungsgesetz) oder 2000 Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz) überschreitet. Anders ist dies nur dann, wenn zwischen den Leitungen der Gründungsgesellschaften der SE und dem besonderen Verhandlungsgremium eine Vereinbarung getroffen wurde, die eine Mitbestimmung in der SE vorsieht oder wenn die SE durch formwechselnde Umwandlung aus einer mitbestimmten Rechtsform entsteht. Im letztgenannten Fall bleibt die Form der Mitbestimmung erhalten, wie sie vor der Umwandlung bestanden hat.

Der Bundesgerichtshof hatte zu klären, was zu gelten hat, wenn die Ausgangsgesellschaft im Zeit-

punkt der Umwandlung zwar über einen Aufsichtsrat verfügte, dieser aber nicht entsprechend den einschlägigen Mitbestimmungsregelungen besetzt war (Beschluss vom 23. Juli 2019 – Az.: II ZB 20/18). Denkbar war, dass sich der Aufsichtsrat bei der SE so zusammensetzte, wie er tatsächlich zuvor bestand (»Ist-Zustand«) oder wie er korrekterweise hätte bestehen müssen (»Soll-Zustand«).

Das Aktienrecht – das über eine Verweisung insofern auch für die SE Anwendung findet – geht bei der Zusammensetzung des Aufsichtsrats vom sogenannten »Kontinuitätsprinzip« aus. Das bedeutet, dass die Zusammensetzung des Aufsichtsrats sich erst mit Abschluss des Statusverfahrens ändert. Das Statusverfahren ist ein förmliches Verfahren, in dem das Gericht im Streit- oder Zweifelsfall entscheidet, nach welchen Vorschriften der Aufsichtsrat zusammen-

zusetzen ist. Bis dahin bleibt es bei der bisherigen Zusammensetzung, auch wenn sie sich nachträglich als fehlerhaft herausstellen sollte. Damit blieb es auch nach der Umwandlung in die SE zunächst bei dem bisherigen Zustand.

Allerdings war bereits vor der Eintragung der formwechselnden Umwandlung ein solches Statusverfahren eingeleitet worden. In diesem Fall prägt das anhängige Verfahren den »Ist-Zustand« der Ausgangsgesellschaft mit. Maßgeblich ist daher nach Auffassung des Bundesgerichtshofs, wie der Aufsichtsrat vor der Umwandlung nach den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften zusammensetzen war. Unterlag also die Gesellschaft als Aktiengesellschaft deutschen Rechts den deutschen Mitbestimmungsregeln, so richtet sich die im Statusverfahren festzulegende Zusammensetzung des Aufsichtsrats der umgewandelten SE nach diesen Bestimmungen. Offen gelassen hat der Bundesgerichtshof hingegen die Frage, ob ebenso zu entscheiden wäre, wenn das Statusverfahren erst nach Eintragung der Umwandlung in die SE eingeleitet worden wäre. Das erscheint jedoch eher

zweifelhaft und wurde vom Landgericht Berlin in einem nicht rechtskräftigen Beschluss (Beschluss vom 1. April 2019, Az.: 102 O 120/17) verneint. Es sollte daher bei Streit über die richtige Zusammensetzung des Aufsichtsrates in jedem Fall vor der Eintragung der Umwandlung das Statusverfahren eingeleitet werden.

FAZIT

- ▶ Ist bei einer Umwandlung einer deutschen Aktiengesellschaft in eine Europäische Aktiengesellschaft (SE) wegen eines Streits über die richtige Zusammensetzung des Aufsichtsrates bereits vor Eintragung der Umwandlung ein Statusverfahren anhängig, richtet sich die Zusammensetzung nach den Bestimmungen, die auf die Aktiengesellschaft vor der Umwandlung anzuwenden waren.
- ▶ Ob dies auch gilt, wenn das Statusverfahren erst nach Eintragung der Umwandlung eingeleitet wird, ist sehr zweifelhaft; bei Streit sollte das Statusverfahren daher in jedem Fall rechtzeitig vor der Eintragung eingeleitet werden.

Dr. Ekkehard Nolting

INSOLVENZANFECHTUNG BEI ZAHLUNG AUF GESTUNDETE FORDERUNG AN EINEN DEM GESELLSCHAFTER DER INSOLVENZSCHULDNERIN GLEICHGESTELLTEN DRITTEN

Wird der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer GmbH gestellt, müssen die Gesellschafter, denen innerhalb eines Jahres vor diesem Antrag ein Gesellschafterdarlehn von der Gesellschaft zurückgezahlt worden ist, dieses wieder an die Gesellschaft zurückgewähren. Das gilt entsprechend für Forderungen eines Gesellschafters, die einem Darlehn wirtschaftlich entsprechen. Damit soll verhindert werden, dass die Masse kurz vor Antragstellung durch die Rückgewährung von Gesellschafterdarlehn geschmälert wird und die Gesellschafter sich zu Lasten der Insolvenzgläubiger noch in der Krise vollständig befriedigen lassen.

In dem vom Bundesgerichtshof im Urteil vom 11. Juli 2019 (Az.: IX ZR 210/18) entschiedenen Fall hatte die Gesellschaft in dem kritischen Zeitraum eine Vergütung für eine Dienstleistung entrichtet, die allerdings bereits seit über einem halben Jahr fällig

gewesen und von der Gläubigerin solange gestundet worden war. Empfänger der Zahlung war auch nicht der (alleinige) Gesellschafter der Insolvenzschuldnerin, sondern eine weitere Gesellschaft, an der ihr Gesellschafter ebenfalls allein beteiligt war, gewesen. Zu entscheiden war daher, ob die Bedienung der gestundeten Forderung aus einem Austauschgeschäft (Dienstvertrag) einer Darlehensgewährung wirtschaftlich gleichkam und ob die Gläubigerin, die der Insolvenzschuldnerin die Forderung gestundet hatte, als Nichtgesellschafterin den insolvenzrechtlichen Anfechtungsregeln für Gesellschafter unterfiel.

Der Bundesgerichtshof stellt zunächst klar, dass von der Rückerstattungspflicht auch Dritte – also Nichtgesellschafter – erfasst werden können, die der Gesellschaft ein Darlehn oder eine Leistung, die einem Darlehn wirtschaftlich gleichkommt, gewähren und dieses zurückerhalten. Das ist dann der Fall, wenn

der Dritte bei wirtschaftlicher Betrachtung infolge einer horizontalen oder vertikalen Verbindung einem Gesellschafter gleichsteht. Maßgeblich ist eine Beteiligung, wenn sie erlaubt, auf die Geschäftsführung der Gesellschaft einen bestimmenden Einfluss auszuüben. Bei der GmbH ist das der Fall, wenn der Gesellschafter der Geschäftsführung durch Gesellschafterbeschlüsse entsprechende Weisungen erteilen kann, was mangels abweichender Regelungen in der Satzung regelmäßig bei einer Beteiligung von mehr als 50% der Fall ist. Da der Alleingesellschafter der Insolvenzschuldnerin zugleich Alleingesellschafterin der in Anspruch genommenen Rückgewährschuldnerin war, lag zwischen beiden eine horizontale Verbindung vor.

Die Zahlung der Vergütung erachtete der Bundesgerichtshof als Darlehnsrückgewähr im Sinne der insolvenzrechtlichen Anfechtungsvorschriften. Die Gläubigerin der Vergütungsansprüche hatte diese über einen Zeitraum von mehr als einem halben Jahr gestundet. Diese Stundung bewirkte bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Darlehnsgewährung. Allerdings soll das nicht für jede Stundung einer Forderung aus einem Austauschgeschäft gelten. Es soll vielmehr

darauf ankommen, »ob eine rechtliche oder faktische Stundung den zeitlichen Bereich im Geschäftsleben gebräuchlicher Stundungsvereinbarungen eindeutig überschreitet«. Das soll nach Ansicht des Bundesgerichtshofs grundsätzlich dann der Fall sein, wenn die Stundung über einen Zeitraum von mehr als drei Monaten gewährt wird.

FAZIT

- In der Insolvenz einer GmbH sind anfechtbar auch Rückzahlungen auf gewährte Darlehn von Dritten, wenn diese horizontal oder vertikal über einen Gesellschafter der insolventen Gesellschaft miteinander verbunden sind.
- Bei wirtschaftlicher Betrachtung liegt eine Darlehnsgewährung auch vor, wenn der Gläubiger einer Forderung aus einem Austauschgeschäft der späteren Insolvenzschuldnerin rechtlich oder faktisch eine Stundung über einen Zeitraum von mehr als drei Monaten gewährt.
- Es sollte daher eine Stundung vor Ablauf der Drei-Monatsfrist gekündigt und die Zahlung unbedingt fällig gestellt und ggf. nachdrücklich verfolgt werden.

Dr. Ekkehard Nolting

MITBESTIMMUNGSGESETZ: AUCH LEIHARBEITNEHMER ZÄHLEN MIT

Das Mitbestimmungsgesetz sieht vor, dass ein paritätischer Aufsichtsrat in einer Kapitalgesellschaft zu bilden ist, wenn mehr als 2.000 in der Regel beschäftigte Arbeitnehmer dort tätig sind. Ein Aufsichtsrat ist dann paritätisch, wenn er zur Hälfte mit Arbeitnehmervertretern besetzt ist.

Mit dem Begriff »Arbeitnehmer« sind in erster Linie die Beschäftigten gemeint, die durch Arbeitsvertrag mit dem Unternehmen verbunden sind. Von dem Begriff sind sowohl Vollzeit- als auch Teilzeitkräfte ebenso wie geringfügig Beschäftigte erfasst. Der Umfang der geschuldeten Arbeitsleistung findet keine Berücksichtigung.

Leiharbeiter sind nach dieser Definition dagegen keine Arbeitnehmer des Entleihunternehmens, da sie kein Arbeitsverhältnis zueinander unterhalten. Allerdings sind aufgrund der gesetzlichen Anordnung des § 14 Abs. 2 S. 5, 6 Arbeitnehmer-

überlassungsgesetz (AÜG) auch Leiharbeiter im Entleihunternehmen zu berücksichtigen, wenn die Einsatzdauer sechs Monate übersteigt. Bisher war umstritten, ob die Einsatzdauer personenbezogen oder arbeitsplatzbezogen zu verstehen ist.

Der Bundesgerichtshof hat nun in seinem Beschluss vom 25. Juni 2019 entschieden, dass bei der Ermittlung des Schwellenwerts Leiharbeiter dann zählen, wenn das Unternehmen regelmäßig während eines Jahres über die Dauer von mehr als sechs Monaten Arbeitsplätze mit Leiharbeitnehmern besetzt (Az.: II ZB 21/18). Die Mindesteinsatzdauer ist also arbeitsplatzbezogen zu bestimmen. Es kommt darauf an, ob der konkrete Arbeitsplatz seit mindestens sechs Monaten mit Leiharbeitnehmern besetzt ist. Die individuelle Einsatzdauer des einzelnen Leiharbeitnehmers ist daher unerheblich. Der Senat begründet diese Entscheidung mit

dem Ziel des Gesetzgebers, Leiharbeitnehmer nicht zur dauerhaften Deckung des Personalbedarfs einzusetzen.

FAZIT

► Mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs stärkt er die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer

im Aufsichtsrat und entscheidet eine seit längerem umstrittene Auslegungsfrage.

► Die Entscheidung kann auch zur Folge haben, dass Unternehmen erstmals einen mitbestimmten Aufsichtsrat bilden müssen, da sie aufgrund der arbeitsplatzbezogenen Betrachtungsweise nun über den Schwellenwert gelangen.

Karla Graupner

EINRICHTUNG EINES AUFSICHTSRATS AUFGRUND ÖFFNUNGSKLAUSEL IN DER GMBH-SATZUNG

Soll in einer bestehenden GmbH ein fakultativer Aufsichtsrat eingerichtet werden, ist das eine Änderung der Organisationsverfassung und bedarf einer Satzungsänderung, die unter Beachtung der dafür bestehenden formalen Voraussetzungen – $\frac{3}{4}$ -Mehrheit, notarielle Beurkundung und Einreichung der geänderten Satzung zum Handelsregister – zu erfolgen hat. Anders ist es nach einer jüngst ergangenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 2. Juli 2019 – Az.: II ZR 406/17 – Tz. 57 ff), wenn die Satzung in einer sogenannten »Öffnungsklausel« bereits die Einrichtung eines Aufsichtsrats durch einfachen Beschluss der Gesellschafterversammlung vorsieht. Wenn die Ermächtigung der Gesellschafterversammlung »ausreichend bestimmt« sei und nicht gegen Gesetz oder Satzung verstoße, stelle die unter Ausnutzung dieser Ermächtigung beschlossene Einrichtung eines Aufsichtsrats keine Satzungsänderung mehr dar. Ausreichend bestimmt sei die Klausel jedenfalls, wenn sie die Einrichtung des Aufsichtsrats vorsehe, die Anzahl der Mitglieder vorgebe und die ihm zufallenden Kompetenzen regle. Die »nähere Ausgestaltung« könne den Gesellschaftern jedoch überlassen bleiben. Damit hat der Bundesgerichtshof diese in der Literatur umstrittene Frage nunmehr entschieden. Eine Unsicherheit bleibt freilich, wie die Klausel konkret zu fassen ist, damit sie vom Bundesgerichtshof als

»ausreichend bestimmt« anerkannt wird. Als Richtschnur wird man sagen können, dass in der Satzung die »Grundsatzentscheidung« über die Möglichkeit der Einrichtung des Aufsichtsrats getroffen und dessen wesentliche Aufgaben in »Grundzügen in der Satzung aufgeführt« sein müssen. Vor allem aber wird zu beachten sein, dass die Satzung auch bei ihren weiteren Bestimmungen bereits Vorkehrungen für den Fall der Einrichtung eines Aufsichtsrats trifft, damit es insbesondere nicht zu Kompetenzkonflikten zwischen ihm und der Gesellschafterversammlung kommt.

FAZIT

► Enthält eine GmbH-Satzung eine ausreichend bestimmte Klausel, wonach durch Beschluss der Gesellschafterversammlung ein fakultativer Aufsichtsrat eingerichtet und ihm bestimmte Kompetenzen übertragen werden können, stellt die Ausübung dieser Ermächtigung keine Satzungsänderung dar; der Beschluss bedarf keiner qualifizierten, satzungsändernden Mehrheit und keiner notariellen Beurkundung.

► Die Satzung muss für den Fall der Ausnutzung der Öffnungsklausel aber neben der Öffnungsklausel Vorkehrungen treffen, die der Existenz eines weiteren Organs Rechnung tragen.

Dr. Ekkehard Nolting

BEENDIGUNG DER BETRIEBSPRÜFUNG – NICHT OHNE BESCHIED

Das Bundessozialgericht hat am 19. September 2019 deutlich gemacht, dass eine Betriebsprüfung durch den Rentenversicherer zwingend durch Bescheid beendet werden muss (Az.: B 12 R 25/18 R). Dies gilt

selbst dann, wenn die Betriebsprüfung keine Beanstandungen ergeben hat.

Der 12. Senat wies damit mehrere Revisionen zurück. Zu beurteilen war die Frage, ob die Geschäfts-

führer der klagenden Gesellschaften abhängig beschäftigt und damit versicherungspflichtig sind. Die Revisionsführer beriefen sich dabei als Familiengesellschaften zum einen auf die »Kopf und Seele-Rechtsprechung« sowie auf die durchgeführten Betriebsprüfungen.

Das Gericht kam zu dem Ergebnis, dass weder die damalige Rechtsprechung noch die Betriebsprüfungen einen Vertrauensschutz begründen können. Das familiäre Näheverhältnis zwischen Geschäftsführern und Mehrheitsgesellschaftern einer GmbH habe keinen Einfluss auf die Versicherungspflicht der Geschäftsführer. Vorangegangene anderslautende Entscheidungen des Bundessozialgerichts, die als die »Kopf und Seele-Rechtsprechung« zusammengefasst worden sind, betrafen stets konkrete Einzelfälle, die mit den hier vorliegenden Fällen nicht vergleichbar seien. Ferner können sich die Geschäftsführer auch nicht auf die zuvor stattgefundenen Betriebsprüfungen berufen, da diese ohne Bescheid beendet worden sind.

Der 12. Senat betont dabei das Erfordernis, dass nunmehr Betriebsprüfungen durch einen feststellenden Verwaltungsakt beendet werden müssen. Das Gericht stützt sich dabei auf die Beitragsverfahrensordnung, die seit einer Änderung zum 1. Januar 2017 ein solches Erfordernis vorsieht. In dem Bescheid müssen der Umfang und das Ergebnis der Prüfung sowie die

geprüften Personen zwingend angegeben sein. Erst der feststellende Bescheid würde dem Betroffenen Vertrauensschutz verleihen. Die Betriebsprüfung an sich begründe dagegen noch keinen Vertrauensstatbestand. Die in dem Bescheid enthaltenen Feststellungen sind dann auch bei zukünftigen Betriebsprüfungen zu beachten. Zudem seien die prüfenden Rentenversicherungsträger verpflichtet, die Betriebsprüfung auf die im Betrieb tätigen Ehegatten, Lebenspartner, Abkömmlinge des Arbeitgebers sowie geschäftsführende GmbH-Gesellschafter zu erstrecken, sofern ihr sozialversicherungsrechtlicher Status nicht bereits durch Verwaltungsakt festgestellt worden ist.

FAZIT

- ▶ Die Entscheidung, eine Betriebsprüfung zwingend durch Bescheid enden zu lassen, sorgt für Rechtsklarheit und ist zu begrüßen. Sie ist indes nicht neu, da sich die Pflicht bereits seit der Änderung der Beitragsverfahrensordnung aus dem Gesetz ergibt.
- ▶ Mit der Entscheidung wendet sich das Bundessozialgericht zudem noch weiter ab von der früher vertretenen »Kopf und Seele-Rechtsprechung«. Die sozialversicherungsrechtliche Zuordnung ist damit im Ergebnis auf die Frage reduziert, ob der Geschäftsführer einem Weisungsrecht unterliegt bzw. ob er ihm unliebsame Weisungen jederzeit verhindern kann.

Karla Graupner

Arbeitsrecht

NEUE URLAUBSRECHTSPRECHUNG: HINWEIS AUF RESTURLAUBANSPRÜCHE

Nach den neuen Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs zum Urlaubsrecht (über den Verfall von Resturlaub, über die Vererbbarkeit des Urlaubsanspruchs und über die Urlaubskürzung bei Elternzeit) hat nun das Landesarbeitsgericht Köln am 9. April 2019 (Az.: 4 Sa 242/18) entschieden, dass Urlaub nur verfallen kann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor konkret aufgefordert hat, den Urlaub zu nehmen und ihn klar und rechtzeitig darauf hingewiesen hat, dass der Urlaub anderenfalls mit Ablauf des Urlaubsjahres oder Übertragungszeitraums erlischt. Neu ist, dass diese Hinweispflicht des

Arbeitgebers nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts nicht auf den Urlaubsanspruch im jeweiligen Kalenderjahr beschränkt ist, sondern auch für Resturlaub aus den vorangegangenen Kalenderjahren gelten soll. § 7 BUrlG sei richtlinienkonform auszulegen: Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer konkret auffordern, den Urlaub zu nehmen und ihn klar und rechtzeitig darauf hinweisen, dass der Urlaub andernfalls mit Ablauf des Urlaubsjahres oder Übertragungszeitraums erlischt. Nur dann kann der Urlaub verfallen. Das Gericht begründet dies mit dem Zweck des Anspruchs auf Jahresurlaub, insbesondere dem

Arbeitsrecht

Gesundheitsschutz. Der Arbeitgeber profitiert von der andauernden Anwesenheit des Arbeitnehmers. Ließe man ein Erlöschen der Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub zu, würde man ein Verhalten billigen, das bei Bereicherung des Arbeitgebers der Gesundheit des Arbeitnehmers zuwiderläuft.

FAZIT

- ▶ Dem Arbeitgeber werden immer mehr Pflichten auferlegt, damit ein nicht genommener Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers erlöschen kann.
- ▶ Unternehmen müssen ein neues Hinweisprozedere entwickeln.

Dr. Andrea Benkendorff

KEINE BELEHRUNGSPFLICHT ÜBER VERFALL DES URLAUBSANSPRUCHS BEI LANGZEITKRANKEN

Bezugnehmend auf den voranstehenden Artikel meiner Kollegin Frau Dr. Benkendorff ist auch die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 24. Juli 2019 (Az.: 5 Sa 676/19) sehr interessant. Das Landesarbeitsgericht entschied im Rahmen dieses Urteils, dass eine Belehrungspflicht des Arbeitgebers dahingehend, dass Urlaubsansprüche bei Nichtinanspruchnahme bis zum 31. Dezember des Kalenderjahres oder bis zum 31. März des Folgejahres im Fall der Übertragung erlöschen, bei langfristig erkrankten Arbeitnehmern nicht bestehe. Eine solche Pflicht entstehe, bezogen auf die konkreten Ansprüche des Arbeitnehmers, erst wieder nach Genesung. Bei langzeiterkrankten Mitarbeitern erlischt der Urlaubsanspruch in jedem Fall mit Ablauf von 15 Monaten nach Ende des Kalenderjahres des Entstehens, unabhängig davon, ob eine Belehrung erfolgt sei oder nicht (vgl. BAG, Urteil vom 11. Juni 2013 – Az.: 9 AZR 855/11).

Das Landesarbeitsgericht argumentierte, dass ein langfristig erkrankter Mitarbeiter nicht mit einem arbeitsfähigen Mitarbeiter vergleichbar sei. Eine unterschiedliche Behandlung hinsichtlich der Urlaubserteilung sei deshalb gerechtfertigt. Das Landesarbeitsgericht weist zutreffend darauf hin, dass eine Belehrung als Obliegenheit des Arbeitgebers nur dann sinnvoll sei, wenn der Mitarbeiter hierauf reagieren und den Urlaub tatsächlich nehmen könne. Dies ist bei Langzeitkranken jedoch nicht der Fall. Arbeits-

unfähigkeit und Urlaub schließen einander aus.

Das Gericht weist ebenso zutreffend auf den Umstand hin, dass eine Belehrung über den drohenden Verfall bestehender Urlaubsansprüche bei Nichtinanspruchnahme bis zum Ende des Urlaubsjahres bzw. mit Ablauf des 31. März des Folgejahres im Fall eines langzeiterkrankten Mitarbeiters schlicht falsch wäre, da dann der Verfall, wie oben erwähnt, erst 15 Monate nach dem Ende des Urlaubsjahres eintritt. Im Zeitpunkt einer Genesung des Arbeitnehmers ist der Arbeitgeber deshalb überhaupt erst wieder in der Lage, aktive und sachdienliche Hinweise über den Verfall von Urlaubsansprüchen zu geben.

FAZIT

- ▶ Die Rechtsprechung des Landesarbeitsgerichts ist zu begrüßen, da sie ausschließt, dass die Belehrung über den Verfall von Urlaub als Obliegenheit des Arbeitgebers zum reinen Selbstzweck verkommt. Sie ergibt nur dann Sinn, wenn der Arbeitnehmer auch in der Lage ist, auf die Belehrung zu reagieren und seinen Urlaub tatsächlich in Anspruch zu nehmen.
- ▶ Ob diese landesarbeitsgerichtliche Rechtsprechung vom Bundesarbeitsgericht so bestätigt wird, bleibt abzuwarten. Den Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 19. Februar 2019 (Az.: 9 AZR 423/16) sowie des Landesarbeitsgerichts Köln vom 9. April 2019 (Az.: 4 Sa 242/18) steht sie aber nicht entgegen.

Jan-Mathias Pflöging

URLAUB FÜR DIE FREISTELLUNGSPHASE?

Arbeitnehmer und Arbeitgeber setzten ihr Vollzeit-arbeitsverhältnis ab dem 1. Dezember 2014 als Alters-teilzeitarbeitsverhältnis mit der Hälfte der bisherigen

Arbeitszeit im Blockmodell fort. Der Arbeitnehmer war bis zum 31. März 2016 im bisherigen Umfang zur Arbeitsleistung verpflichtet und anschließend bis

zum 31. Juli 2017 von der Arbeitsleistung freigestellt. Der Arbeitsvertrag der Parteien sah einen Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers von 30 Arbeitstagen jährlich vor. Der Arbeitnehmer war nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Ansicht, dass der Arbeitgeber ihm noch für die Freistellungsphase 52 Urlaubstage abgelten müsse. Er hatte nämlich in 2016 noch acht Urlaubstage erhalten. Das Bundesarbeitsgericht hat in seinem Urteil vom 24. September 2019 (Az.: 9 AZR 481/18) die Klage des Arbeitnehmers abgewiesen und ausgeführt:

Der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub belaufe sich bei einer gleichmäßigen Verteilung der Arbeit auf sechs Tage in der Woche auf 24 Werktage (§ 3 Abs. 1 BUrlG). Wenn die Arbeitszeit eines Arbeitnehmers auf weniger oder mehr als sechs Arbeitstage in der Kalenderwoche verteilt sei, müsse die Anzahl der Urlaubstage unter Berücksichtigung des für das Urlaubsjahr maßgeblichen Arbeitsrhythmus berechnet werden (24 Werktage × Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht / 312 Werktage; vgl. BAG, Urteil vom 19. März 2019 – Az.: 9 AZR 406/17).

Einem Arbeitnehmer, der sich in der Freistellungsphase eines Altersteilzeitverhältnisses befinde

und im gesamten Kalenderjahr von der Arbeitspflicht entbunden sei, stünde mangels Arbeitspflicht kein gesetzlicher Anspruch auf Erholungsurlaub zu. Die Freistellungsphase sei mit »Null« Arbeitstage in Ansatz zu bringen. Vollziehe sich der Wechsel von der Arbeits- in die Freistellungsphase im Verlauf des Kalenderjahres, müsse der Urlaubsanspruch nach Zeitabschnitten entsprechend der Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht berechnet werden. Diese Grundsätze gälten auch für den vertraglichen Mehrurlaub, wenn die Arbeitsvertragsparteien für die Berechnung des Urlaubsanspruches während des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses keine von § 3 Abs. 1 BUrlG abweichende Vereinbarung getroffen hätten.

FAZIT

- ▶ Das Bundesarbeitsgericht setzt seine Rechtsprechung aus dem Urteil vom 19. März 2019 (Az.: 9 ZR 315/17) fort. In diesem Urteil hat es entschieden, dass für die Berechnung des gesetzlichen Mindesturlaubs Zeiten eines unbezahlten Sonderurlaubes unberücksichtigt bleiben.
- ▶ Für die Freistellungsphase in einem Altersteilzeitarbeitsverhältnis gibt es auch keinen Urlaub.

Frank Martin Thomsen

SACHGRUNDLOSE BEFRISTUNG NACH LANGE ZURÜCKLIEGENDER VORBESCHÄFTIGUNG ZULÄSSIG

Gem. § 14 Abs. 2 Satz 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) ist eine sachgrundlose Befristung eines Arbeitsverhältnisses unwirksam, wenn der Arbeitnehmer bereits zuvor bei demselben Arbeitgeber angestellt war.

Das Bundesarbeitsgericht hat am 21. August 2019 (Az.: 7 AZR 452/17) in einem Fall entschieden, in dem der Arbeitnehmer bei demselben Arbeitnehmer vor 22 Jahren schon einmal beschäftigt war. Trotz dieses Vorbeschäftigungsverhältnisses wurde das neue Arbeitsverhältnis sachgrundlos befristet und die Gesamtdauer von 2 Jahren gem. § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG dabei nicht überschritten. Somit hatte sich das Bundesarbeitsgericht mit der Frage zu befassen, ob das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Befristung endete oder wegen der Vorbeschäftigung die sachgrundlose Befristung unwirksam war (und damit der Arbeitsvertrag

als unbefristet geschlossen gilt, § 16 TzBfG). Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, dass trotz eines Vorbeschäftigungsverhältnisses nach einer Unterbrechung von mehr als drei Jahren eine sachgrundlose Befristung erneut möglich ist (vgl. BAG, 6. April 2011 – Az.: 7 AZR 716/09), hat das Bundesverfassungsgericht am 6. Juni 2018 – Az.: 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 für verfassungswidrig erklärt. Eine derartige Beschränkung der Regelung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG überschreite die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung. Allerdings – so das Bundesverfassungsgericht – sind die Gerichte gehalten, den Anwendungsbereich des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG zu beschränken, wenn eine Gefahr der Kettenbefristung durch Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Beschäftigten nicht besteht, z.B. weil die Vorbeschäftigung sehr lange zurückliegt. Dies hat das Bundesarbeitsgericht

aufgegriffen und in verfassungskonformer Auslegung des §14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG entschieden, dass bei einer 22 Jahre zurückliegenden Vorbeschäftigung das Verbot der sachgrundlosen Befristung unzumutbar wäre. Mangels besonderer Umstände, die dennoch zur Anwendung des Verbots nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG hätten führen können, war das Arbeitsverhältnis daher mit dem Ablauf der Befristung beendet. In einem Sachverhalt, in dem ein befristetes Arbeitsverhältnis 15 Jahre nach Beendigung der Vorbeschäftigung abgeschlossen wurde, entschied das Bundesarbeitsgericht am 17. April 2019 (Az.: 7 AZR 323/17)

anders. Es urteilte, dass die Befristung unwirksam sei.

FAZIT

- ▶ Liegt im Einzelfall ein Vorbeschäftigungsverhältnis sehr weit zurück, kann ein neues Arbeitsverhältnis sachgrundlos befristet werden.
- ▶ Ein Zeitraum, nach dem erneut sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnisse mit demselben Arbeitnehmer geschlossen werden können, ist nach wie vor nicht definiert. 15 Jahre hielt das Bundesarbeitsgericht für nicht ausreichend lang, 22 Jahre hingegen schon.

Karsten Matthieß

BEZEICHNUNG ALS »OSSI«: MOBBING?

Der stellvertretende Ressortleiter eines Zeitungsverlags fühlte sich von seinen Vorgesetzten wegen seiner ostdeutschen Herkunft stigmatisiert und gedemütigt. Er klagte auf Entschädigung, Schadensersatz und Schmerzensgeld. Das Arbeitsgericht Berlin hat die Klage am 15. August 2019 (Az.: 44 Ca 8580/18) abgewiesen.

Die Ansprache auf die ostdeutsche Herkunft stellt – so das Arbeitsgericht – keine Herabwürdigung wegen der ethnischen Herkunft oder der Weltanschauung dar und ist damit auch keine Benachteiligung i.S.d. § 1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Will der Kläger außerdem seinen Arbeitgeber

ersatzpflichtig machen, müsse er diesen rechtzeitig auf das Verhalten seiner Vorgesetzten und die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens hinweisen.

FAZIT

- ▶ Mehrere Jahrzehnte nach der Wiedervereinigung sollten Begriffe wie »Ossi«, »Wessi« oder gar »Wossi« doch endlich keine Rolle mehr spielen.
- ▶ Die Bezeichnung als »Ossi« ist keine Herabwürdigung, sondern kann doch auch als Auszeichnung empfunden werden!

Dr. Andrea Benkendorff/Kristian Glowe

VERSETZUNG ALS PROBATES MITTEL ZUR TRENNUNG VON ZWEI STREITHÄHNEN

Das Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern hatte sich jüngst mit einem Sachverhalt zu beschäftigen, der den meisten Arbeitgebern in Grundzügen bekannt sein dürfte: Ein eskalierender Konflikt zwischen zwei Mitarbeitern machte es dem Arbeitgeber, der als diakonischer Dienstgeber mehrere Einrichtungen mit Küchen betrieb, unmöglich, betreffende Mitarbeiter weiterhin im selben Team arbeiten zu lassen. Der Arbeitgeber traf deshalb die Entscheidung, einen der Mitarbeiter in die Küche einer anderen Einrichtung zu versetzen, was für diesen bedeutete, dass sich die Dauer seines (einfachen) Arbeitsweges mit dem Pkw von 20 auf 50 Minuten erhöhte. Nach dem sich aus dem Arbeitsvertrag ergebenden Direktions-

recht stand dem Arbeitgeber diese Möglichkeit offen.

Das Landesarbeitsgericht billigte dieses Vorgehen. Im Rahmen des Urteils vom 30. Juli 2019 (Az.: 5 Sa 233/18) stellte es klar, dass eine Versetzung an den bekannten und bewährten Grundsätzen zu messen ist, und zwar der Reichweite des Direktionsrechtes sowie einer Abwägung der wechselseitigen Interessen von Arbeitgeber und Mitarbeiter. Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse daran, bestehende Konflikte zu lösen bzw. sich anbahnende Konflikte zu vermeiden, um einen möglichst reibungslosen Arbeitsablauf und den Betriebsfrieden sicherzustellen. Er muss auch nicht die Ursachen und Verantwortlichkeiten für die entstandene Konfliktlage aufklären. Dieses Interesse

überwiegt aus Sicht des Landesarbeitsgerichts das Interesse des Mitarbeiters an einem kürzeren Arbeitsweg. 50 Minuten seien insofern ein noch üblicher Zeitaufwand für einen Arbeitsweg. Zudem ist im Rahmen der Versetzung irrelevant, dass der betroffene Mitarbeiter schon seit vielen Jahren am ursprünglichen Arbeitsort eingesetzt wurde. Eine Einarbeitung am neuen Arbeitsort erfolgt in der Regel recht schnell, so dass diesbezüglich die Interessen des Mitarbeiters nicht dauerhaft berührt sind.

Für die diakonischen Dienstgeber ist im Rahmen dieses Urteils noch folgender Leitsatz interessant: Die Verletzung der in § 7 Abs. 2 der Arbeitsvertragsrichtlinien der Diakonie in Deutschland (AVR-DD) geregel-

ten Pflicht des Dienstgebers, den Mitarbeiter vor einer Versetzung zu hören, führt nicht zur Unwirksamkeit der Versetzung. Letztlich trägt der Dienstgeber das Risiko, wenn er die ihm mangels Anhörung nicht bekannten Interessen des Mitarbeiters nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat.

FAZIT

- Der Arbeitgeber kann sein Direktionsrecht zur Konfliktschärfung zwischen zwei Mitarbeitern nutzen.
- Eine Unterlassung der Anhörung nach § 7 Abs. 1. S. 2 der AVR-DD macht eine Versetzung nicht schon aus formaler Hinsicht unwirksam.

Jan-Mathias Pflieger

EINSTELLUNG UND ZUSTIMMUNGSVERWEIGERUNG – § 99 BETRVG

Gemäß § 99 Abs. 1 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat insbesondere vor jeder Einstellung zu unterrichten und dessen Zustimmung zu der geplanten Maßnahme einzuholen. Der Betriebsrat kann die Zustimmung zu dieser nur aus einem der in § 99 Abs. 2 Nr. 1 bis 6 BetrVG angegebene Gründe verweigern. Ein solcher Verweigerungsgrund ist auch, wenn eine nach § 93 BetrVG erforderliche Ausschreibung von Arbeitsplätzen im Betrieb unterblieben ist. Zwei Beschlüsse aus jüngster Zeit sind insoweit erwähnenswert:

1. Das Bundesarbeitsgericht musste sich in seinem Beschluss vom 12. Juni 2019 (Az.: 1 ABR 5/18) mit dem Begriff der Einstellung im Sinne des § 99 BetrVG befassen. Dabei hat es festgestellt, dass die für eine Einstellung im Sinne dieser Vorschrift notwendige Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb nicht erfordere, dass der betroffene Arbeitnehmer seine Arbeiten auf dem Betriebsgelände oder innerhalb der Betriebsräume verrichte. Maßgebend sei vielmehr, ob der Arbeitgeber mit Hilfe des Arbeitnehmers den arbeitstechnischen Zweck des Betriebes durch weisungsgebundene Tätigkeit verwirkliche. Deswegen liege auch eine Einstellung im Sinne von § 99 Abs. 1 BetrVG vor, wenn ein Arbeitnehmer, der seinen Dienstsitz in einem bestimmten Betrieb des Unternehmens habe und dort regelmäßig tätig sei, zum Vorgesetzten von unternehmensangehörigen

Arbeitnehmern ernannt werde, die in einem anderen Betrieb arbeiteten, und er durch die Wahrnehmung dieser Führungsaufgaben (auch) den arbeitstechnischen Zweck dieses anderen Betriebes verwirkliche.

Das Mitbestimmungsrecht nach § 93 BetrVG stünde in diesem Falle allerdings nur dem Betriebsrat des Betriebes, in welchem der Arbeitsplatz des betriebsübergreifend tätigen Vorgesetzten in örtlich/räumlicher Hinsicht angesiedelt sein soll und nicht auch dem Betriebsrat des Betriebes zu, in dem die ihm unterstellten Arbeitnehmer tätig seien. Danach kann eine Einstellung auch in einem Betrieb erfolgen, in dem der Arbeitnehmer keinen Arbeitsplatz hat.

2. Das Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern musste in seinem Beschluss vom 3. Mai 2019 eine Entscheidung der Vorinstanz »geraderücken«. Dem Beschluss des Landesarbeitsgerichtes lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Der Betriebsrat hatte mit dem Arbeitgeber in einer Betriebsvereinbarung verabredet, dass neu zu besetzende Stellen, sofern im Unternehmen entsprechende fachqualifizierte Arbeitnehmer beschäftigt seien, generell intern ausgeschrieben seien. Ausnahmen seien durch den Betriebsrat zu bestätigen.

Der Arbeitgeber schrieb eine Stelle intern und extern aus, auf die sich neben zahlreichen externen Bewerbern auch ein Mitarbeiter bewarb, der die

für die Stelle geforderten Voraussetzungen erfüllte. Der Arbeitgeber beantragte bei dem Betriebsrat die Zustimmung zu der Einstellung eines externen Bewerbers. Der Betriebsrat verweigerte diese unter Hinweis auf die beschriebene Regelung in der Betriebsvereinbarung.

Das Arbeitsgericht Stralsund urteilte tatsächlich in dem Zustimmungseretzungsverfahren, das der Arbeitgeber angestrengt hatte, dass aus der Verpflichtung, Stellen intern auszuschreiben, folge, dass die Stellen bei Vorhandensein fachlich geeigneter betriebsinterner Bewerber auch mit diesen zu besetzen seien. Anders könne die Betriebsvereinbarung nach ihrem Wortlaut nicht verstanden werden. Das Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern hat auf die Beschwerde des Arbeitgebers den Beschluss des Arbeitsgerichtes Stralsund aufgehoben und die Zustimmung des Betriebsrates zu der Einstellung des Bewerbers ersetzt. Es hat klargestellt, dass mit der Verpflichtung zur internen Ausschreibung lediglich der Regelung in § 99 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG Rechnung getragen werde. Eine betriebliche Ausschreibung bedeute aber für sich allein weder eine Festlegung auf den Kreis der Bewerber aus dem Betrieb, noch verpflichte sie den Arbeitgeber, diesen Bewerbern bei der Besetzung des

Arbeitsplatzes einen Vorrang einzuräumen. Vielmehr liege es grundsätzlich im Ermessen des Arbeitgebers, die Stelle einem - auch externen - Arbeitnehmer seiner Wahl zu übertragen. Arbeitgeber und Betriebsrat hätten vorliegend gerade keine Auswahlrichtlinie über die Bevorzugung von internen Bewerbern vereinbart.

FAZIT

- ▶ Eine Einstellung im Sinne von § 99 Abs. 1 BetrVG liegt auch vor, wenn ein Arbeitnehmer, der seinen Dienst in einem bestimmten Betrieb des Unternehmens hat und dort regelmäßig tätig ist, zum Vorgesetzten von unternehmensangehörigen Arbeitnehmern eines anderen Betriebes bestellt und durch die Wahrnehmung dieser Führungsaufgaben (auch) der arbeits-technische Zweck dieses anderen Betriebes verwirklicht wird.
- ▶ Der Arbeitgeber muss in einem solchen Fall den einen Betriebsrat zu einer Versetzung und den anderen Betriebsrat zu einer Einstellung beteiligen.
- ▶ Eine mit dem Betriebsrat vereinbarte generelle innerbetriebliche Stellenausschreibung allein verpflichtet den Arbeitgeber nicht, den internen Bewerbern bei der Besetzung des Arbeitsplatzes einen Vorrang einzuräumen.

Frank Martin Thomsen

EINSICHTSRECHT DES BETRIEBSRATS IN NICHT ANONYMISIERTE LOHN- UND GEHALTSLISTEN

Gemäß § 80 Abs. 1 Satz 2 HS. 2 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) hat der Betriebsrat das Recht, in Bruttolohn- und Gehaltslisten aller Arbeitnehmer Einsicht zu nehmen. Das Recht ist vom Betriebsausschuss wahrzunehmen, bei kleineren Betriebsräten ohne Betriebsausschuss ist die Einsicht dem Betriebsratsvorsitzenden, dessen Stellvertreter oder einem anderen beauftragten Betriebsratsmitglied zu gewähren. Bis zur Geltung der Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) war unstrittig, dass Einsicht in nicht anonymisierte Listen zu gewähren ist. Aufgrund des Vorrangs der DS-GVO wird jedoch diskutiert, ob unter ihrer Geltung die Einsicht nur in anonymisierte Listen zu gewähren ist, wenn die Interessen der Arbeitnehmer dies im Einzelfall insbesondere im Hinblick auf den Zweck der Einsichtnahme gebieten.

Das Bundesarbeitsgericht hat nun am 7. Mai 2019 (Az.: 1 ABR 53/17) entschieden, dass der Betriebsrat auch unter Geltung der DS-GVO und des neuen Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) ein Recht auf Einsicht in nicht anonymisierte Bruttolohn- und Gehaltslisten habe. Die dadurch stattfindende Verarbeitung personenbezogener Daten sei gerechtfertigt, weil zur Verwirklichung des Anspruchs des Betriebsrats in Bruttolohn- und Gehaltslisten - wie im BetrVG vorgesehen - notwendig. Einer Interessenabwägung im Einzelfall bedürfe es nicht. Den Interessen der Arbeitnehmer sei hinreichend Rechnung getragen. Eingesehen werden dürfen nur Brutto- und nicht Nettobeträge. Damit werden dem Betriebsrat persönliche Verhältnisse wie Steuerklasse oder etwaige Lohnpfändungen nicht bekannt. Auch dürfe nicht der gesamte Betriebsrat,

sondern nur der Betriebsausschuss bzw. der Betriebsratsvorsitzende, dessen Stellvertreter oder ein anderes beauftragtes Betriebsratsmitglied Einsicht nehmen. Zuletzt sei das Recht auf eine Einsichtnahme beschränkt. Zum Verständnis: Die Daten dürfen von den einsichtnehmenden Betriebsratsmitgliedern nicht abgeschrieben werden und die Listen sind dem Betriebsrat nicht zu überlassen.

FAZIT

- ▶ Auch unter Geltung der DS-GVO und des neuen BDSG ist dem Betriebsrat Einsicht in nicht anonymisierte Bruttolohn- und Gehaltslisten zu gewähren.
- ▶ Nach wie vor gilt aber: Nur die Einsichtnahme ist zu gestatten. Der Betriebsrat ist nicht berechtigt, die Gehaltsdaten abzuschreiben. Die Listen sind dem Betriebsrat auch nicht zu überlassen.

Karsten Matthieß

DAS AUS FÜR HONORARKRÄFTE IM KRANKENHAUS UND IN STATIONÄREN PFLEEGEEINRICHTUNGEN?

Das Bundessozialgericht hat in zwei Entscheidungen klargestellt, dass Honorarkräfte im Krankenhaus und in stationären Pflegeeinrichtungen als Beschäftigte anzusehen sind und damit der Sozialversicherungspflicht unterliegen. So entschied das Bundessozialgericht im Fall einer Honorarärztin, die als Anästhesistin wiederholt im Tages- und Bereitschaftsdienst im OP eines Krankenhauses tätig war (Urteil vom 4. Juni 2019 – Az.: B 12 R 11/18 R) sowie in weiteren 17 Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV bzw. Betriebsprüfungsverfahren nach § 28p SGB IV zu Altenpflegefachkräften, die im Bereich der stationären Pflege in zur Versorgung durch die Pflegekassen zugelassenen Pflegeheimen eingesetzt waren (BSG vom 7. Juni 2019 – Az.: B 12 R 6/18 R u. a.). Oft werden die Honorarärzte und -pflegekräfte über Agenturen vermittelt und arbeiten für einen Stundensatz, der üblicherweise deutlich über dem Arbeitsentgelt eines vergleichbar eingesetzten Angestellten liegt.

Ärzte, so das Bundessozialgericht, die als Honorarärzte in einem Krankenhaus tätig sind, sind keine Selbstständigen, sondern Beschäftigte des Krankenhauses im Sinne der Sozialversicherungspflicht gemäß § 7 Abs. 1 SGB IV. Für die Einstufung einer Tätigkeit als abhängige Beschäftigung sind die Weisungsgebundenheit und die Eingliederung in die Arbeitsorganisation maßgeblich. In der hierarchischen Organisation eines Krankenhauses hat ein Honorararzt in der Regel keine unternehmerische Entscheidungsfreiheit und nutzt die personellen und sachlichen Ressourcen des Krankenhauses. Die Tätigkeit eines Honorararztes erfolgt daher innerhalb der

Organisationsstruktur des Krankenhauses. Der Fachkräftemangel im Gesundheitswesen kann aus Sicht des Gerichts kein Argument sein: Die Instrumente der Versicherungs- und Beitragspflicht sind kein politisches Mittel, um die Attraktivität eines Berufs durch eine von Sozialversicherungsbeiträgen »entlastete« und deshalb bessere Entlohnung zu erhöhen.

Auch Pflegefachkräfte auf Honorarbasis werden in der Organisationsstruktur der stationären oder ambulanten Pflege eingesetzt. Der Versorgungsauftrag einer stationären Pflegeeinrichtung, die Regelungen über die Erbringung stationärer Pflegeleistungen nach dem SGB XI und das Heimrecht des jeweiligen Landes führen im Regelfall zur Annahme einer Eingliederung der Pflegefachkräfte in die Organisations- und Weisungsstruktur der Pflegeeinrichtung. Bloße Freiräume bei der Aufgabenerledigung, ein Auswahlrecht der zu pflegenden Personen oder die Reihenfolge der einzelnen Pflegemaßnahmen reichen für die Annahme einer unternehmerischen Entscheidungsfreiheit nicht aus. Dies gilt erst recht, wenn die Honorarkraft ihre Arbeitskraft vollständig eingegliedert in einen fremden Betriebsablauf einsetzt und wie die angestellten Mitarbeiter auch unternehmerisch nicht tätig ist.

FAZIT

- ▶ Die Bewertung als sozialversicherungsrechtliches Beschäftigtenverhältnis wird große Anforderungen der Sozialversicherungen nach sich ziehen und in Zukunft ohne Risiko nicht mehr durchführbar sein.

- ▶ Honorärärzte und -pflegekräfte werden in der Regel sozialversicherungspflichtig beschäftigt sein, wenn nicht ausnahmsweise besondere Umstände des Einsatzes eine Bewertung als Selbständigkeit rechtfertigen. Nicht nur in der vertraglichen Gestaltung, sondern auch in der praktischen Umsetzung ist darauf zu achten, dass die eingeräumten Freiräume für unternehmerische Tätigkeit auch tatsächlich genutzt werden.
- ▶ In einer ähnlichen Ausgangslage bei der sozialver-

sicherungsrechtlichen Beurteilung von auf Honorarbasis eingestellten Notärzten hat der Gesetzgeber § 23c Abs. 2 SGB IV neu aufgenommen. Danach sind die Einnahmen aus Tätigkeiten als Notarzt im Rettungsdienst unter bestimmten Voraussetzungen nicht beitragspflichtig. Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber die Rechtslage auch im Hinblick auf die auf Honorarbasis tätigen Ärzte und Pflegekräfte gesondert regeln wird.

Dr. Andrea Benkendorff/Daniela Guhl

Geistiges Eigentum (IP)

AUFSCHALTUNG SEPARATER WLAN-HOTSPOTS AUF KUNDEN-ROUTER ZULÄSSIG

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 25. April 2019 (Az.: I ZR 23/18) entschieden, dass ein Telekommunikationsdienstleister auf den an seine Kunden zur kostenlosen Nutzung ausgereichten WLAN-Routern ein separates, zweites WLAN-Signal aktivieren darf, welches durch Dritte kostenlos genutzt werden kann.

Die Klägerin stellt ihren Kunden im Rahmen eines Vertrags über einen Internetzugang kostenfrei einen WLAN-Router zur Verfügung. Zu Beginn des Jahres 2016 änderte die Klägerin die Konfiguration der an ihre Kunden ausgegebenen WLAN-Router zur Erstellung eines flächendeckenden WLAN-Netztes dahingehend, dass auch Dritte auf diese Router zugreifen und sich mit dem Internet verbinden können. Dies erfolgte durch die Aktivierung eines separaten WLAN-Signals, welches getrennt vom privaten WLAN-Netz des jeweiligen Kunden Dritten einen Zugang zum Internet eröffnet. Nach Angaben der Klägerin arbeite dieses WLAN-Signal absolut getrennt von dem privat genutzten WLAN-Netz, sodass die Sicherheit, die Privatsphäre und die garantierte Bandbreite jederzeit gewährleistet blieben. Mit einem Informationsschreiben wies die Beklagte die Kunden daraufhin, sie könnten der Einrichtung und dem Betrieb des WLAN-Hotspots widersprechen. Die Beklagte, die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen, beanstandete, dass die unaufgeforderte Aktivierung eines zweiten WLAN-Signals eine unzumutbare Belästigung und eine aggressive Geschäftspraktik darstelle.

Der Bundesgerichtshof gab dem Telekommunikationsunternehmen Recht. Es läge keine unzumutbare Belästigung der Verbraucher vor (§ 7 Abs. 1 S. 1 UWG). Die Aktivierung des zweiten WLAN-Signals sei nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts Köln ein ausschließlich technischer Vorgang, der für die Kunden nicht wahrnehmbar sei, d. h. keinerlei Auswirkungen, Beeinträchtigungen oder sonstigen Nachteile für den Kunden mit sich bringen würde. Entsprechend beeinträchtige der Betrieb des WLAN-Hotspots den ungestörten Gebrauch des Routers durch den Kunden nicht. Eine Belästigung des Kunden sei daher nicht anzunehmen. Selbst wenn man aber eine Belästigung annehmen würde, so sei diese jedenfalls nicht unzumutbar, so der Bundesgerichtshof. Gegen die Unzumutbarkeit einer Belästigung spreche bereits das jederzeitige Widerspruchsrecht der Kunden.

Die Aktivierung des zweiten WLAN-Signals stellt nach Auffassung des Bundesgerichtshofs auch keine aggressive Geschäftspraktik dar. Die für das Vorliegen einer aggressiven Geschäftspraktik erforderliche Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Kunden sei im vorliegenden Fall nicht gegeben.

FAZIT

- ▶ Die Ausweitung eines flächendeckenden WLAN-Netztes wird von der Rechtsprechung gefördert.

Manuela Pokern

NEUES SYSTEM FÜR DIE QUALITÄTSPRÜFUNG IN PFLEGEEINRICHTUNGEN

Zum 1. November 2019 sind die neuen Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes für die Qualitätsprüfung in Pflegeeinrichtungen nach § 114 SGB XI für die vollstationäre Pflege in Kraft getreten. Damit werden die bisherigen Pflegenoten abgelöst, die in der Kritik standen. Ziel der Richtlinien ist es, die Prüfung der Qualität der Pflege und Versorgung in vollstationären Pflegeeinrichtungen zu verbessern und zu sichern.

Die Pflegeheime sind verpflichtet, ab Oktober 2019 halbjährlich intern Qualitätsdaten zur Versorgung ihrer Bewohnerinnen und Bewohner – sogenannte Qualitätsindikatoren – zu erheben und diese an eine Datenauswertungsstelle zu übermitteln. Erfasst werden soll zum Beispiel, wie mobil und selbstständig Bewohnerinnen und Bewohner sind, wie viele Bewohner wie oft an Dekubitus oder an den Folgen von Stürzen leiden, ob ein unbeabsichtigter

Gewichtsverlust eingetreten ist. Der Medizinische Dienst der Krankenversicherung wird die vollstationären Einrichtungen ab November 2019 nach dem neuen Verfahren prüfen. Erste Prüfergebnisse werden für Anfang 2020 erwartet.

Die Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes für die Qualitätsprüfung in Pflegeeinrichtungen nach § 114 SGB XI für die vollstationäre Pflege können auf der Seite des Medizinischen Dienstes des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen (www.mds-ev.de) eingesehen und heruntergeladen werden.

FAZIT

- ▶ Pflegeeinrichtungen müssen sich auf das neue System einstellen und sollten ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter entsprechend schulen.

Sebastian Stücker, M.mel.

KEINE PAUSCHALE FESTSETZUNG EINES GEWINNZUSCHLAGS FÜR PFLEGEEINRICHTUNGEN

Schiedsstellen dürfen für Pflegeeinrichtungen keinen pauschalen Gewinnzuschlag in Höhe von 4% festsetzen. Das hat das Bundessozialgericht mit Urteil vom 26. September 2019 (Az.: B 3 P1/18 R) entschieden und dabei – wie die Vorinstanz – einen Schiedsspruch bestätigt, der die Festsetzung von Vergütungen und Entgelten einer Pflegeeinrichtung zum Gegenstand hatte.

Die Schiedsstelle habe, so das Bundessozialgericht, auch im Interesse der im Verfahren nicht beteiligten Heimbewohner, zu prüfen, ob alle gesetzlichen Vorgaben des SGB XI beachtet wurden. Hierzu gehöre auch der Grundsatz der Beitragsstabilität. Die pauschale Festsetzung eines Gewinnzuschlags, der sich an den Verzugszinsen für Sozialleistungsberechtigte in Höhe von 4% orientiert, sei sachlich nicht gerechtfertigt. Die Schiedsstelle müsse die

beantragten Pflegesätze einschließlich einkalkulierter Gewinnzuschläge mit den Kostensätzen anderer Einrichtungen vergleichen, um die Leistungsgerechtigkeit der Vergütung bewerten zu können. Ein Sachverständigengutachten müsse die Schiedsstelle allerdings – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – nicht regelmäßig einholen.

FAZIT

- ▶ Noch liegen die schriftlichen Entscheidungsgründe des Bundessozialgerichts nicht vor; Pflegeeinrichtungen werden sich mit dem Gewinnzuschlag jedoch genauer auseinandersetzen müssen.
- ▶ Einer pauschalen Festsetzung in Höhe der Verzugszinsen für Sozialhilfeberechtigte hat das Bundessozialgericht eine Absage erteilt.

Sebastian Stücker, M.mel.

ANKÜNDIGUNG VON ERHALTUNGSMASSNAHMEN

Mietrecht

Gemäß § 555 a Abs. 2 BGB sind dem Mieter Erhaltungsmaßnahmen rechtzeitig anzukündigen, es sei denn, sie sind nur mit einer unerheblichen Einwirkung auf die Mietsache verbunden oder ihre Durchführung ist zwingend erforderlich.

Das Landgericht Berlin-Neukölln hat mit Beschluss vom 18. Februar 2019 (Az.: 65 S 5/19) darauf hingewiesen, dass diese Ankündigungspflicht auch dann besteht, wenn die Erhaltungsmaßnahmen auf Mängel zurückgehen, die der Mieter angezeigt hat. Der Vermieter hatte dem Mieter nicht rechtzeitig die Instandsetzungsarbeiten angekündigt, insbesondere keinen konkreten Termin für den Beginn der Arbeiten genannt. Der Mieter hat die Annahme der Mangelbeseitigungsmaßnahmen daher verweigert.

Das Landgericht Berlin-Neukölln hat dem Mieter Recht gegeben. § 555 a Abs. 2 BGB findet keine Ein-

schränkung für den Fall der Beseitigung vom Mieter angezeigter Mängel. Eine solche Auffassung widerspreche dem Sinn und Zweck der Ankündigungs- oder Mitteilungspflicht. Die Ausführung von Arbeiten im privaten Rückzugsbereich des Mieters löst ein besonderes Informationsbedürfnis aus, sodass ein Verzicht einer solchen Ankündigung dem Informationsinteresse des Erklärungsempfängers widersprechen würde.

FAZIT

- ▶ Erhaltungsmaßnahmen, auch wenn sie auf durch den Mieter angezeigte Mängel zurückzuführen sind, sind gemäß § 555 a Abs. 2 BGB anzukündigen.
- ▶ Auch wenn § 555 a Abs. 2 BGB keine besondere Form dieser Ankündigung vorschreibt, ist eine schriftliche Ankündigung aus Nachweiszwecken zu empfehlen.

Juliane Pethke

Verwaltungsrecht

KEINE PIZZA, WENN ES DEM NACHBARN NICHT GEFÄLLT

Verwaltungsrecht

Der Italiener nebenan gilt bei den Freunden der gepflegten Gastlichkeit durchaus zu den wohnwerterhöhenden Merkmalen. Die Einschätzung ändert sich jedoch, wenn durch den Betrieb eines Holzofens in der Pizzeria die Terrassen und Möbel in der Nachbarschaft aufgrund des Austrittes von Rußflocken umfangreich und nachhaltig verschmutzt werden. Angesichts dieses Sachverhaltes sah sich eine Gemeinde gehalten, den Betreiber einer Pizzeria den weiteren Betrieb des Pizaofens mit Holzfeuerung zu untersagen. Gegen die sofort vollziehbare behördliche Untersagung suchte der Pizzabäcker verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz im Eilverfahren. Letztlich ohne Erfolg. Mit Beschluss vom 24. Juli 2019 hat der Verwaltungsgerichtshof Mannheim die Untersagungsverfügung als rechtmäßig bestätigt (vgl. VGH Mannheim, Beschluss vom 24. Juli 2019 – Az.: 10 S 71/19).

Dabei ist der Betreiber der Pizzeria prinzipiell der behördlichen Anordnung nachgekommen und hat eine Filteranlage zur Reduzierung der Staub- und Rußemissionen eingebaut. Diese hat jedoch nicht den

gewünschten Erfolg gehabt. Dem Einwand des Pizzabäckers, er sei mit der Installation der Filteranlage der behördlichen Anordnung nachgekommen, ist der Verwaltungsgerichtshof Mannheim mit dem Hinweis entgegengetreten, dass die behördliche Anordnung keinen bestimmten Typ von Filteranlagen vorgesehen habe, sondern es dem Gastwirt überlassen habe, auf welche Art und Weise er die erforderliche Reduktion der Rußpartikel erreicht. Die Untersagungsverfügung hat mithin nicht eine bloße Leistung in Form der Installation einer Filteranlage verlangt, sondern einen konkreten Erfolg, nämlich die tatsächliche Reduktion der Rußpartikel.

Das Argument des Betreibers der Pizzeria, die Installation eines Ersatzofens mit Elektro- oder Gasbetrieb sei für ihn nicht wirtschaftlich, da der Pachtvertrag bereits in der zweiten Jahreshälfte 2020 enden werde, vermochte ihm ebenfalls nicht zum Erfolg verhelfen. Das Gericht wies darauf hin, dass die unzulässige Immissionsbelastungen bereits seit dem Sommer 2016, zu dieser Zeit hatte der Betreiber die Pizzeria

übernommen, bestand. Dass der Gastwirt durch Einlegung diverser Rechtsbehelfe und Gesprächen mit der Behörde über drei Jahre die Anordnung der Einstellung des Betriebs des Pizzaofens vermeiden konnte, rechtfertigt es nicht, dies auch für das verbleibende Jahr der Pachtzeit hinzunehmen.

Das letzte kulinarische Argument des Gastwirtes, er müsse seine für Holzofenpizza bekannte Pizzeria schließen, wenn er den holzbetriebenen Pizzaofen nicht mehr betreiben dürfe, vermochte das Gericht nicht zu überzeugen. So sei es gerichts-bekannt, dass im Stadtgebiet zahlreiche andere Pizzerien wirtschaftlich erfolgreich agieren würden, deren Pizzen nicht im Holzofen gebacken worden seien. Abschließend wies das Gericht darauf hin, es sei Aufgabe des Gastwirtes, durch geeignete Maßnahmen einen potenziellen Wegfall der Holzofenpizza zu kompensieren. Hier dachte das Gericht an qualitative

Verbesserungen, wie beispielsweise die Aufwertung des Gastraumes oder die Verwendung hochwertiger Zutaten, oder schlug eine Reduzierung der Preise für Pizzen vor. Jedenfalls im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahren »bleibt der Ofen aus«.

FAZIT

- ▶ Der Betreiber einer immissionsrechtlich relevanten Anlage ist dafür verantwortlich, dass Dritte nicht unzumutbar beeinträchtigt werden.
- ▶ Einer behördlichen Anordnung wird regelmäßig nicht dadurch nachgekommen, dass man etwas unternimmt, sondern man muss dabei auch das Ziel der Anordnung erreichen.
- ▶ Fragen der Zumutbarkeit oder der Wirtschaftlichkeit können nur in begrenztem Umfang einer Untersagungsverfügung entgegengehalten werden.

Dr. Ludger Meuten

Vergaberecht

BIETER-AGB KEIN ZWINGENDER AUSSCHLUSSGRUND MEHR

Mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 18. Juni 2019 (BGH, Urteil vom 18. Juni 2019 – Az.: X ZR86/17) wird sich voraussichtlich die Vergabepraxis bei der Beurteilung von Angeboten, in denen der Bieter seine eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen zugrunde legt, ändern müssen. Nach der bisherigen Rechtsprechung war die Erklärung des Bieters, dass sein Angebot unter Einbeziehung seiner eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolge, als Änderung der Vergabeunterlagen zu qualifizieren. Dies hat grundsätzlich gemäß § 16 EU Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 S. 2 VOB/A bei europaweitem Ausschreibungsverfahren und gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 S VOB/A bei Vergabe unterhalb der Schwellenwerte den zwingenden Ausschluss des Angebotes zur Folge gehabt.

Dem vom Bundesgerichtshof nun entschiedenen Sachverhalt lag die Konstellation zugrunde, dass ein Bieter vom Vergabeverfahren wegen Änderung der Vergabeunterlagen ausgeschlossen wurde. Die hiergegen erhobene Rüge blieb ohne Erfolg. Ein Nachprü-

fungsverfahren hat der Bieter nicht eingeleitet. Als der Zuschlag einem anderen Unternehmen erteilt wurde, hat der Bieter den Auftraggeber nunmehr auf Schadensersatz wegen entgangenen Gewinns in Höhe von EUR 185.393,90 in Anspruch genommen. Nachdem die Klage erst vor dem Landgericht und dann vor dem Oberlandesgericht Stuttgart ohne Erfolg geblieben ist, hat der Bundesgerichtshof nunmehr die Entscheidungen aufgehoben und zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

In den Vergabeunterlagen des Auftraggebers war vorgesehen, dass die Schlusszahlung innerhalb von 30 Kalendertagen nach Abnahme und Stellung einer prüfbaren Schlussrechnung erfolgt. Hingegen hat der Bieter in einem von ihm erstellten Kurztext des Leistungsverzeichnisses unterhalb des Endpreises den Zusatz aufgeführt »... zahlbar bei Rechnungserhalt ohne Abzug«. Hierin hat der öffentliche Auftraggeber eine Änderung der Vergabeunterlagen gesehen und das Angebot ausgeschlossen. Zu Unrecht, wie der Bundesgerichtshof nunmehr festgestellt hat. Nach Auffas-

Vergaberecht

sung des Bundesgerichtshofes haben die Vorinstanzen nicht hinreichend berücksichtigt, dass die Vergabeunterlagen des öffentlichen Auftraggebers ebenfalls die Regelung enthielt, dass Liefer-, Vertrags- und Zahlungsbedingungen des Auftragnehmers nicht Vertragsbestandteil werden. Angesichts dieser eindeutigen Regelung in den Vergabeunterlagen oblag es dem öffentlichen Auftraggeber, zu prüfen, wie die Erklärung des Bieters »zahlbar bei Rechnungserhalt ohne Abzug« auszulegen ist. Bei dieser Auslegung sei - so der Bundesgerichtshof - die Wertungen der Neuregelungen der VOB/A seit dem Jahr 2009 zu berücksichtigen. Mit den Überarbeitungen der VOB/A sei das Ziel verfolgt worden, den Ausschluss von Angeboten aus vielfach nur formalen Gründen zu verhindern. Erklärtes Ziel sei es gewesen, im Interesse des Erhalts eines möglichst umfassenden Wettbewerbes, die Anzahl der am Wettbewerb teilnehmenden Angebote nicht unnötig wegen an sich vermeidbarer, nicht gravierender formaler Mängel zu reduzieren. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung läge nach Auffassung des Bundesgerichtshofes die Annahmefern, ein Bieter wolle durch Verwendung seiner eigenen Klauseln oder Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Vergabeunterlagen und die vom Auftraggeber vorgegebenen Bestimmungen ersetzen oder ändern. Fügt daher ein Bieter seinem Angebot die Erklärung bei, es sollen seine eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten, die jedoch von dem Vergabeunterlagen abweichen, deute dies prinzipiell auf ein Missverständnis des Bieters hin. Dieser verkenne, dass der öffentliche Auftraggeber von seinen eigenen Vergabeunterlagen nicht abweichen könne. Wäre dem Bieter dieses bei Abgabe seines Angebotes bewusst gewesen, hätte er von der Formulierung eigener Regelungen Abstand genommen. Die Abwehrklausel in den Vergabeunterlagen, dass die Vertragsbedingungen des Bieters keine Berücksichtigung finden, ermöglichen und verpflichten den Auftraggeber daher, diese Angebote in der Wertung zu belassen.

Aber auch wenn der öffentliche Auftraggeber keine »Abwehrklausel« in die Vergabeunterlagen aufgenommen hat, kann ein Ausschluss eines Bieters, der eigene Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet,

jedenfalls nicht ohne Durchführung eines Aufklärungsgespräches erfolgen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn in den Vergabeunterlagen die vom Auftraggeber vorformulierte Erklärung enthalten ist, dass der Auftragnehmer neben den Angebotsinhalten keine eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Bestandteil des Angebotes mache.

Die Schlusspunkte setzt der Bundesgerichtshof sodann mit den Ausführungen, dass selbst bei Fehlen einer »Abwehrklausel« und der vorformulierten Erklärung, dass die Auftragnehmer keine eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen heranziehen dürfen, in jedem Fall nach den allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen eine Aufklärung erforderlich war, um das Angebot auf den maßgeblichen Inhalt der Vergabeunterlagen zurückführen zu können. Insoweit sei nach Ansicht des Bundesgerichtshofes zu berücksichtigen, dass bei gedanklichen Wegfall der vom Auftragnehmer gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen kein manipulativer Eingriff in die Vergabeunterlagen im eigentlichen Sinne vorliege. Denn nach Hinwegdenken solcher Abweichungen liege ein vollständiges vergabekonformes Angebot vor.

Letztlich ist der Auftraggeber mit seinem Einwand gescheitert, ein Schadensersatzanspruch sei ausgeschlossen, weil der Bieter gegen seinen Ausschluss vom Vergabeverfahren kein Nachprüfungsverfahren eingeleitet habe. Hier weist der Bundesgerichtshof darauf hin, dass eine entsprechende gesetzliche Regelung, die Schadensersatzansprüche von der vorherigen Einlegung von Rechtsmitteln abhängig mache, nicht existiere.

Auch könne dem Schadensersatzanspruch nicht der Einwand des Mitverschuldens des Bieters wegen der Nichteinlegung von Rechtsmitteln entgegengehalten werden. Denn ein Mitverschulden des ausgeschlossenen Auftragnehmers, der gegen seinen Ausschluss nicht vorgeht, sondern »nur« Schadensersatz verlangt, setzt voraus, dass der öffentliche Auftraggeber darlegt, er hätte sich im Falle einer Rüge eines Besseren besonnen und der Beanstandung abgeholfen. Dies wird dem öffentlichen Auftraggeber, der im Schadensersatzprozess den Ausschluss des Bieters als vergaberechtskonform verteidigt, nicht möglich sein.

FAZIT

- ▶ Die Einbeziehung von eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch den Bieter hat nicht mehr zwingend den Ausschluss des Angebotes zur Folge.
- ▶ Der Auftraggeber ist vielmehr gehalten aufzuklären, ob diese Einbeziehung nicht versehentlich aufgrund

eines Missverständnisses erfolge und daher »hinweggedacht« werden könne.

- ▶ Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch einen Bieter setzt grundsätzlich nicht voraus, dass dieser im Vergabeverfahren einen Vergaberechtsverstoß gerügt oder ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet hat.

Dr. Ludger Meuten

ZWINGENDER AUSSCHLUSS EINES TEILNAHMEANTRAGES

Die SektVO sieht anders als § 57 VgV den Ausschluss von Teilnahmeanträgen nicht vor. Die Vergabekammer Westfalen hat in ihrem Beschluss vom 19. Juli 2019 (Az.: VK 2 - 13/19) noch einmal bestätigt, dass ein solcher Ausschluss aus den allgemeinen Vergabeprinzipien folge. Werden die vom Auftraggeber festgelegten Regularien der Ausschreibung nicht gleichermaßen von allen Bietern beachtet, lassen sich vergleichbare Angebote nicht erzielen und die praktische Wirksamkeit des Gleichbehandlungsgebotes und der Chancengleichheit der Bieter ist gefährdet.

In ihrem Beschluss hatte sich die Vergabekammer mit einem Sachverhalt beschäftigt, in dem die Auftraggeberin nach erfolgter Nachforderung von Unterlagen einen Bieter nach dem Teilnahmewettbewerb vom Verfahren ausgeschlossen hatte. Der Aus-

schluss wurde damit begründet, dass nicht sämtliche geforderte Erklärungen und Nachweise zu dem Teilnahmeantrag eingereicht wurden. Insbesondere die Nachreichung von Unterlagen zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sei nur unzureichend erfolgt. So konnte der Bieter nicht nachweisen, dass die Fortführung des Unternehmens gesichert sei, was bei der Auftraggeberin Zweifel an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters weckte.

FAZIT

- ▶ Auch ohne ausdrückliche Regelung in der SektVO sind Teilnahmeanträge auszuschließen, die nicht den vom Auftraggeber aufgestellten zulässigen Anforderungen entsprechen.

Juliane Pethke

BATTKE GRÜNBERG STEIGT WEITER AUF

In der neuesten Ausgabe des Fachmagazins JUVE ist Battke Grünberg für die Region Sachsen unmittelbar hinter die hier vertretenen überregionalen Großkanzleien an die vierte Stelle aufgedrückt und nimmt damit als rein regionale Kanzlei einen Spitzenplatz ein. Sie wird für die weit über Sachsen hinaus bekannte positive Personalentwicklung gelobt. Dafür ist Battke Grünberg in der Vergangenheit bereits wiederholt ausgezeichnet worden und war auch dieses Jahr wieder nominiert gewesen. Besonders wird die starke Arbeitsrechtspraxis hervorgehoben, die bei mehreren Unternehmenstransaktionen unter Federführung der gesellschaftsrechtlichen

Abteilung im zurückliegenden Jahr eine wichtige Rolle gespielt hat. Im kirchlichen Arbeitsrecht wird sie mittlerweile bundesweit angefragt. JUVE hält auch die starke Vernetzung in der Region für einen wichtigen Aspekt, der die Kanzlei für Mandanten attraktiv macht.

Die Partner freuen sich über das großartige positive Echo über die Grenzen Sachsens hinaus und danken ihren Mandanten für das entgegengebrachte jahrelange Vertrauen und das positive Feedback und ihren Mitarbeitern für ihren exzellenten Einsatz für die Mandanten und die stete Verbesserung des Dienstleistungsangebots der Partnerschaft.

BATTKE GRÜNBERG FÖRdert AUSNAHMETALENT DER PALUCCA-HOCHSCHULE

Gemeinsam mit dem Bundesministerium für Bildung und Forschung fördert Battke Grünberg seit diesem Jahr ein Ausnahmetalent der weltberühmten Palucca-Hochschule. Beim sog. Deutschlandstipendium (www.deutschlandstipendium.de), einer Initiative des Bundes, mit der leistungsfähiger Nachwuchs gefördert werden soll, erhalten Studierende eine monatliche Zuwendung. Das Fördergeld teilen sich der Bund sowie Battke Grünberg als privater Förderer.

In diesem Jahr fiel die Wahl der Jury auf Jasmin Arndt. Die 16-jährige Schülerin beginnt mit dem kommenden Semester ihr Bachelor-Studium an der Palucca-Hochschule in Dresden (www.palucca.eu). Das Ausnahmetalent war in der Vergangenheit bereits mehrfach bei verschiedenen Soloauftritten zu sehen, wie z.B. in der Rolle als Zuckerfee in Tschaikowskis Nussknacker oder aktuell in Simon Kubans »viscous circle«. Obwohl dies normalerweise nur Erwachsenen vorbehalten ist, durfte sie zudem im Rahmen der weltberühmten »Assemblée Internationale« in Toronto auftreten. Die Jury bescheinigt Jasmin Arndt

ein hohes soziales Engagement auch außerhalb des Studiums. In der Schule gehört sie zu den drei besten Schülerinnen Sachsens und wurde dafür kürzlich im Plenarsaal des Landtags geehrt.

Die Verleihung des Deutschlandstipendiums erfolgte am 4. Juli 2019 während der Soirée in der ausverkauften Semperoper. In dieser stellen die Schüler eines jeden Studienjahres in verschiedenen Choreografien ihr außerordentliches Können unter Beweis. Herr Rechtsanwalt Dr. Schöneich, Partner der Kanzlei Battke Grünberg, lobte in der Laudatio zu Jasmin Arndt ihren »sprudelnden Esprit«, mit dem Jasmin Arndt ihre herausragenden Leistungen erbracht habe. Ihre gute Laune sei ansteckend und es sei beeindruckend, mit welcher Hingabe Jasmin Arndt ihre Ziele verfolge.

Battke Grünberg unterstreicht mit dem Engagement für das Stipendium die Zusammenarbeit mit verschiedenen Bühnen im Bühnenrecht. Wir sind stolz, mit Jasmin Arndt ein so bemerkenswertes Talent fördern zu dürfen.

BATTKE GRÜNBERG NIMMT MIT RECHTSANWALT GLOWE BERATUNG IM DEUTSCH-POLNISCHEN RECHTSVERKEHR AUF



Battke Grünberg freut sich, Herrn Rechtsanwalt Kristian Glowe in seinem Team willkommen zu heißen. Herr Kristian Glowe wurde 1989 in Lübeck geboren und verbrachte dort seine Schulzeit. Nach dem Abitur studierte er Rechtswissenschaften an der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder) und schloss das Studium 2016 mit dem ersten Staats-

examen ab. Bereits im Studium spezialisierte sich Herr Glowe im Schwerpunktbereich Arbeitsrecht und arbeitete studienbegleitend am arbeitsrechtlichen Lehrstuhl von Frau Prof. Eva Kocher sowie im gewerkschaftlichen Rechtsschutz. Die Grenznahe zu Polen nutzte Herr Glowe, um seine Kenntnisse der polnischen Sprache zu vertiefen. Sein Rechtsreferendariat mit arbeitsrechtlichem Schwerpunkt absolvierte Herr Glowe am Landgericht Dresden und war in dieser Zeit bereits im Arbeitsrechtsteam von Battke Grünberg als wissenschaftlicher Mitarbeiter und Referendar tätig. Seit dem Erwerb des zweiten Staatsexamens im November 2018 verstärkt Herr Glowe das Team von Battke Grünberg im Bereich des Arbeitsrechts. Herr Glowe spricht verhandlungssicher polnisch und wird für polnischsprachige Mandanten und Mandate mit Bezug zu Polen eingesetzt. Herr Glowe ist daher auch Mitglied unseres Teams »Internationale Beziehungen«.

BATTKE GRÜNBERG GRATULIERT ZUR HOCHZEIT



Battke Grünberg gratuliert Frau Rechtsanwältin Manuela Pokern zur Hochzeit im August diesen Jahres. Mit dem neuen Familienstand kam auch der neue Familienname für Frau Leinung, die seit März 2013 bei Battke Grünberg arbeitet. Frau Leinung wird Sie daher künftig mit ihrem neuen Familiennamen »Frau Pokern« begrüßen, aber wie gewohnt im Team Geistiges Eigentum und IT- und Medienrecht tätig sein.

I. FRÜHSTÜCKE

15. Vergaberechtsfrühstück

Das Vergaberechtsfrühstück der Battke Grünberg Rechtsanwälte PartGmbH findet

- ▶ am 6. Dezember 2019 , 8:30 Uhr bis 12:00 Uhr
- ▶ im Hotel Taschenbergpalais Kempinski Dresden statt.

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.battke-gruenberg.de.

Arbeitsrechtsfrühstück 2020

Das Arbeitsrechtsfrühstück der Battke Grünberg Rechtsanwälte PartGmbH findet im neuen Jahr

- ▶ am 3. April 2020 , 8:30 Uhr bis 12:00 Uhr
- ▶ im Hotel Taschenbergpalais Kempinski Dresden statt.

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie demnächst unter 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:

Battke - Workshop

»Aktuelles Urlaubsrecht«

Datum: 13. Dezember 2019

Referent: Herr Rechtsanwalt Kristian Glowe

Der Workshop beinhaltet folgende Schwerpunkte:

- ▶ Urlaub ist Urlaub? Gesetzlicher (Mindest-)Urlaub und (tarif-)vertraglicher Zusatzurlaub
- ▶ Berechnung des Urlaubsanspruches bei unterjährigem Arbeitgeberwechsel
- ▶ Entstehung von Urlaub: Wann und Wieviel?
- ▶ Handhabung des Urlaubs bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses: Gewähren oder Abgelten?
- ▶ Rechte und Pflichten des Arbeitgebers bei Gewährung des Urlaubs

Zielgruppe: alle Arbeitgeber*innen

Anmeldungen sind per E-Mail unter info@battke-gruenberg.de möglich.

Frühstück
Vergaberecht

Frühstück
Arbeitsrecht

Workshop
Arbeitsrecht

Battke - Workshop**»Möglichkeiten zur Reduzierung des Insolvenzanfechtungsrisikos«**

Datum: 15. Januar 2020

Referent/in: Herr Rechtsanwalt Dirk Grünberg/Frau Rechtsanwältin Karla Graupner

Der Workshop beinhaltet folgende Schwerpunkte:

- ▶ Überblick über das Insolvenzrecht
- ▶ Sinn und Zweck der Insolvenzanfechtung sowie Darstellung der einzelnen Insolvenzanfechtungsgründe
- ▶ Richtiger Umgang mit dem Insolvenzverwalter
- ▶ Wege zur Begrenzung des Anfechtungsrisikos
- ▶ Besprechung Ihrer Fälle aus der Praxis
- ▶ Diskussion des Anpassungsbedarfes in Prozessgestaltung und IT-Unterstützung

Zielgruppe: Mitarbeiter*innen aus dem Bereich des Vertriebs, des Forderungsmanagements, Debitoren, Controller und IT

Anmeldungen sind per E-Mail unter info@battke-gruenberg.de möglich.

Workshop
Insolvenzrecht

Battke-Workshop:**»Was Unternehmen über das neue Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen wissen sollten«**

Datum: 29. Januar 2020

Referenten: Herr Rechtsanwalt Dr. Daniel Schöneich / Frau Rechtsanwältin Manuela Pokern

Der Workshop beinhaltet folgende Schwerpunkte:

- ▶ Überblick über das neue Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen
- ▶ Darstellung der Risiken für Geschäftsgeheimnisse und Know-how
- ▶ Anregung für die Ausgestaltung möglicher rechtlicher, organisatorischer und technischer Geheimhaltungsmaßnahmen

Zielgruppe: Geschäftsführer*innen, Mitarbeiter*innen aus den Bereichen IT, Controlling

Anmeldungen sind per E-Mail unter info@battke-gruenberg.de möglich.

Workshop
Geistiges Eigentum

Battke-Workshop:**»Fotografieren erlaubt? Mitarbeiter beim Firmenfest im Fokus«**

Datum: 17. März 2020

Referenten: Herr Rechtsanwalt Dr. Daniel Schöneich / Frau Rechtsanwältin Manuela Pokern

Der Workshop beinhaltet folgende Schwerpunkte:

- ▶ Rechtliche Grundlagen für die Anfertigung und Verwendung von Fotoaufnahmen (v. a. Überblick DSGVO und Kunsturhebergesetz)
- ▶ Überblick und Voraussetzungen der üblichen Erlaubnistatbestände (Einwilligung, berechtigte Interessen, sog. Medienprivileg)
- ▶ Anregungen für die Gestaltung rechtssicherer, praxistauglicher Einwilligungserklärungen und die effiziente Abfrage solcher Erklärungen

Zielgruppe: Geschäftsführer*innen, Leiter*innen und Mitarbeiter*innen der PR-Abteilung und/oder der Personalabteilung

Anmeldungen sind per E-Mail unter info@battke-gruenberg.de möglich.

Workshop
Datenschutz

III. ARBEITSRECHT

Veranstaltungen
Arbeitsrecht

Thema: Arbeitsrecht aktuell 2020

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Ort: Chemnitz

Datum: 9. Januar 2020

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

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

Thema: Arbeitsrecht aktuell 2020

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Ort: Bautzen

Datum: 15. Januar 2020

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

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

Thema: Arbeitsrecht aktuell 2020

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Ort: Leipzig

Datum: 22. Januar 2020

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

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

Thema: Arbeitsrecht aktuell 2020

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Ort: Dresden

Datum: 29. Januar 2020

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

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

Thema: Aktuelles Urlaubsrecht

Veranstalter: Krankenhausgesellschaft Sachsen e. V.

Ort: Leipzig

Datum: 4. Februar 2020

Referentin: Frau Rechtsanwältin Daniela Guhl

Anmeldungen sind unter www.kgs-online.de möglich.

Thema: Arbeitsrecht - Praxisrelevante Themen

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH - Trainee-Programm

Ort: Dresden

Datum: 6. Februar 2020

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

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

IV. GESELLSCHAFTSRECHT

Thema: Grundlagenwissen für Aufsichtsräte

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

Ort: Thalheim

Datum: 12. Dezember 2019

Referent: Herr Rechtsanwalt Jörg-Dieter Battke

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

Veranstaltungen
Gesellschaftsrecht

Thema: Grundlagewissen für Aufsichtsräte

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

Ort: Hartha

Datum: 10. Januar 2020

Referent: Herr Rechtsanwalt Jörg-Dieter Battke

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

Thema: Grundlagewissen für Aufsichtsräte

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

Ort: Kamenz

Datum: 24. Januar 2020

Referent: Herr Rechtsanwalt Jörg-Dieter Battke

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

V. VERGABERECHT

Thema: Das aktuelle Vergaberecht nach der Reform in seiner Struktur und praxisgerechter Anwendung

Veranstalter: eVergabe.de GmbH

Ort: Dresden

Datum: 21. Januar 2020, 24. März 2020, 21. April 2020

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

Anmeldungen sind unter 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: 7. April 2020

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

Anmeldungen sind unter www.evergabe.de möglich.

Thema: VOB/A - die Vergabe von Bauleistungen für Einsteiger und Fortgeschrittene - ein Update

Veranstalter: eVergabe.de GmbH

Ort: Dresden

Datum: 12. März 2020, 2. April 2020

Referenten: Frau Rechtsanwältin Juliane Pethke und Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

Anmeldungen sind unter www.evergabe.de möglich.

VI. GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ UND WETTBEWERBSRECHT

Veranstaltungen
Geistiges Eigentum

Thema: Mein Chef ist ein Vollidiot – Wieviel müssen sich Arbeitgeber gefallen lassen?

Veranstalter: Deutscher PARITÄTISCHER Wohlfahrtsverband Landesverband Sachsen e. V.

Ort: Dresden

Datum: 28. November 2019

Referentin: Frau Rechtsanwältin Manuela Pokern

Anmeldungen sind unter www.parisax.de möglich.

Thema: Was einmal in der Zeitung steht ... –

der rechtssichere und professionelle Umgang mit der Presse und den Medien

Veranstalter: Krankenhausgesellschaft Sachsen e. V.

Ort: Leipzig

Datum: 25. Februar 2020

Referentin: Frau Rechtsanwältin Manuela Pokern

Anmeldungen sind unter www.kgs-online.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

W: www.battke-gruenberg.de