

Februar 2017

Liebe Leserin, lieber Leser,

wer schon einmal in einen Rechtsstreit vor Gericht verwickelt war und ihn schließlich gar verloren hat weiß, dass es manchmal schwer fällt, den Richterspruch zu akzeptieren. Schnell heißt es dann gern einmal: »Vor Gericht und auf hoher See ist man in Gottes Hand.« Man mag damit seinen persönlichen Frieden mit dem Urteil schließen. Als Beschreibung unserer Justiz ist er aber ungerecht, despektierlich und gefährlich. Natürlich ist nicht jede Entscheidung »richtig«. Sie ist Menschen überantwortet, die fehlbar sind. Die Gerichte aber sind in einem Rechtsstaat diejenigen Institutionen, die die Waffen durch das Wort ersetzen, um einen Konflikt zu einem abschließenden Ende ohne Gefahr für Leib und Leben zu bringen. Ein guter Richter ist sich dabei der Grenzen seiner persönlichen Erkenntnisfähigkeit auch bewusst. Er hört zu, er schätzt den argumentativen Diskurs und zeigt Demut und Respekt vor seiner Verantwortung. Dies ist wesentliche Grundlage dafür, dass die Entscheidung respektiert und hingenommen wird. Damit verträgt es sich nicht, wenn ein Richter – wie kürzlich geschehen – mit einem T-Shirt mit der Aufschrift »Wir geben Ihrer Zukunft ein Zuhause – JVA« auf Facebook posiert. Damit verträgt sich auch nicht, wenn Richter – wie ebenfalls geschehen – menschenverachtende Thesen verbreiten, die mit den grundlegenden Werten unserer Verfassung in Widerspruch stehen. Richter setzen damit ihr Ansehen und den Respekt vor ihren Entscheidungen aufs Spiel und damit das System unserer Streiterledigungskultur insgesamt. Sie legen die Axt an die Wurzel eines zentralen Instruments unseres Rechtsstaates mit staatlichem Gewaltmonopol und austarierter Machtbalance. Der Rechtssuchende kann so nicht mehr darauf vertrauen, dass der Richter die ihm gewährte Unabhängigkeit unbefangenen in bestem Sinne nutzt. Wenn derartige Respektlosigkeiten gar von einem Träger des höchsten Amtes eines der ältesten demokratisch verfassten Staaten kommen, ist das staatszersetzend. Er legitimiert damit alle, einen nicht genehmen Richterspruch als lächerlich abzutun und von höchster Stelle autorisiert für unverbindlich zu erklären. Wenn das höchste Verfassungsorgan Befähigung und Nutzen der eigenen Gerichte derart in Frage stellt, wie soll dann der Bürger auf der Straße diesen Gerichten noch vertrauen, ihnen Respekt entgegen bringen und ihre Entscheidungen akzeptieren? Warum sollte er seinen Konflikt überhaupt noch den Gerichten überantworten und nicht gleich zur Selbsthilfe greifen? Wir sollten sorgsam mit unserem Justizsystem umgehen, das nicht vollendet ist, uns bisher aber ein zivilisiertes, friedliches und würdiges Zusammenleben in einer konfliktbeladenen Welt erlaubt hat. Dieser Appell gilt für Richter und Justizangehörige ebenso wie Rechtssuchende und – erst Recht – andere Verfassungsorgane.

Ihre Battke Grünberg Rechtsanwälte

N^o 1/2017

> MANDANTENINFORMATION

Schwerpunktthema	02
Gesellschaftsrecht	08
Arbeitsrecht	14
Geistiges Eigentum (IP)	19
Medizin- und Sozialrecht	24
Vergaberecht	26
Veranstaltungen	28
Impressum	32

SCHWERPUNKTTHEMA VON DR. TINA LORENZ

Fachanwältin für Arbeitsrecht



DIE SACHGRUNDLOSE BEFRISTUNG VON ARBEITSVERTRÄGEN GEMÄß § 14 ABS. 2 TZBFG – EIN LEITFADEN

Die Befristung von Arbeitsverträgen ohne sachlichen Grund ist ein Dauerbrenner im Arbeitsrecht, denn sie stellt Arbeitgeber häufig vor nicht unerhebliche rechtliche und praktische Schwierigkeiten. Fehler münden hierbei oft in einer Entfristungsklage des Arbeitnehmers vor dem Arbeitsgericht, die für den Arbeitgeber in der Regel mit erheblichen Kosten und Zeitaufwand verbunden ist. Nachfolgende Ausführungen sollen daher helfen, eine sachgrundlose Befristung rechtsicher mit dem Arbeitnehmer zu vereinbaren, und auf die zahlreichen möglichen Fallstricke hinweisen.

1. Sachgrundlose Befristung – Überblick

Das Teilzeit- und Befristungsgesetz hält für die Befristung ohne Sachgrund drei unterschiedliche Möglichkeiten bereit. Am geläufigsten ist den Arbeitgebern die sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG, welche abgesehen vom Vorbeschäftigungsverbot keine weiteren Anforderungen an den befristet einzustellenden Arbeitnehmer bzw. an den einstellungswilligen Arbeitgeber stellt. Nicht vernachlässigen sollten Arbeitgeber jedoch auch die anderen beiden Möglichkeiten einer sachgrundlosen Befristung, die § 14 TzBfG in bestimmten Fällen bietet.

Für echte Neugründungen eröffnet § 14 Abs. 2a TzBfG in den ersten 4 Jahren nach ihrer Gründung die Möglichkeit, befristete Arbeitsverträge bis zu einer Gesamtdauer von 4 Jahren ohne Sachgrund abzuschließen und innerhalb dieses Zeitrahmens beliebig oft zu verlängern. Dies bietet neu gegründeten Arbeitgebern eine meist unerwartet große Flexibilität.

Beispiel: Eine am 1. Dezember 2016 neu gegründete GmbH möchte ab dem Gründungszeitpunkt eine Bürokräft

befristet beschäftigen. Möglich ist der Abschluss eines ohne Sachgrund bis maximal 30. November 2020 befristeten Arbeitsvertrages mit dieser Bürokräft. Es ist aber zum Beispiel auch möglich, die Bürokräft zunächst nur für ein Jahr befristet zu beschäftigen und dann den befristeten Arbeitsvertrag beispielsweise insgesamt dreimal für jeweils ein weiteres Jahr bis zur Gesamtdauer von 4 Jahren zu verlängern.

§ 14 Abs. 3 TzBfG knüpft mit seinen Voraussetzungen hingegen nicht an den Arbeitgeber, sondern an das Lebensalter und die berufliche Vorgeschichte des befristet einzustellenden Arbeitnehmers an. Diese Norm eröffnet die Möglichkeit, ältere Arbeitnehmer, die bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 52. Lebensjahr vollendet haben, in bestimmten Fällen bis zu einer Gesamtdauer von fünf Jahren ohne Sachgrund befristet einzustellen.

Beispiel: Die GmbH wurde bereits im Jahr 2011 gegründet und kann deshalb die für die Zeit ab 1. Dezember 2016 gesuchte Bürokräft nicht nach § 14 Abs. 2a TzBfG befristen. Es hat sich aber der 53jährige, seit Juli 2016 arbeitslose Arbeitnehmer Jorge Sastre Schneider beworben, den die GmbH maximal bis zum 30. November 2021 ohne Sachgrund befristet als Bürokräft beschäftigen könnte.

Weil § 14 Abs. 3 TzBfG die zeitlich weitestgehende Befristungsmöglichkeit ohne Sachgrund bietet, ist Arbeitgebern bei der Prüfung einer sachgrundlosen Befristungsmöglichkeit folgende Reihenfolge zu raten:

1. Befristung nach § 14 Abs. 3 TzBfG (ältere Arbeitnehmer) bis zu 5 Jahren Gesamtdauer möglich?
2. Befristung nach § 14 Abs. 2a TzBfG (Neugründungen) bis zu 4 Jahren Gesamtdauer möglich?
3. Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG bis zu 2 Jahren

Gesamtdauer möglich?

Entsprechend dieser Reihenfolge, an welche sich auch die Arbeitgeber bei der Vertragsgestaltung halten sollten, werden nachfolgend die Voraussetzungen der jeweiligen Norm näher erläutert.

2. Sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 3 TzBfG – Ältere Arbeitnehmer

Nach § 14 Abs. 3 TzBfG ist eine Befristung bis zur Gesamtdauer von 5 Jahren ohne Sachgrund zulässig, wenn der Arbeitnehmer ...

- ▶ bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses (nicht notwendig ist die Vollendung des 52. Lebensjahres schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses) das 52. Lebensjahr vollendet hat und
- ▶ unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses
 - entweder mindestens 4 Monate beschäftigungslos im Sinne des § 138 Abs. 1 Nr. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch (SGB III) gewesen ist, oder
 - Transferkurzarbeitergeld bezogen hat, oder
 - an einer öffentlich geförderten Beschäftigungsmaßnahme nach dem Zweiten oder Dritten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II oder III) teilgenommen hat.

Nach § 14 Abs. 3 S. 2 TzBfG ist innerhalb dieser Gesamtdauer auch eine mehrfache Verlängerung des Arbeitsvertrages möglich.

Beispiel: Die GmbH stellt den 53jährigen, seit Juli 2016 beschäftigungslosen Arbeitnehmer Jorge Sastre Schneider ab 1. Dezember 2016 zunächst nach § 14 Abs. 3 TzBfG ohne Sachgrund befristet bis zum 30. November 2017 ein. Anfang November 2017 vereinbaren die GmbH und Herr Schneider eine Verlängerung des befristeten Arbeitsverhältnisses bis zum 30. November 2019. Anfang November 2019 vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien eine weitere befristete Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bis zum 30. November 2021.

Diese Regelung des § 14 Abs. 3 S. 2 TzBfG ist durch Art. 1 des Gesetzes zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Menschen in das TzBfG eingefügt worden. Sie soll dazu dienen, die Beschäftigungschancen älterer Arbeitssuchender zu verbessern und Anreize zu ihrer Einstellung zu schaffen.

Die Neufassung des Abs. 3 ist mit Wirkung zum 1. Mai 2007 in Kraft getreten. Der EuGH hatte die vorhergehende Fassung als altersdiskriminierend

verworfen, die ausschließlich voraussetzte, dass der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 58. (bzw. zum 31. Dezember 2006 das 52. Lebensjahr) vollendet hatte. Zur aktuellen Fassung hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) entschieden, dass die Regelung, jedenfalls soweit es um deren erstmalige Anwendung zwischen denselben Arbeitsvertragsparteien geht, sowohl mit dem Europarecht als auch mit dem nationalen Verfassungsrecht vereinbar ist.

Wenn ein Arbeitgeber also einen Arbeitnehmer, der die Voraussetzungen des § 14 Abs. 3 S. 1 TzBfG erfüllt, erstmals einstellt, kann er den Vertrag bis zur Gesamtdauer von 5 Jahren auch mehrfach verlängern. Zu warnen ist jedoch vor einem Missbrauch der Regelung dahingehend, dass die Befristung eines älteren Arbeitnehmers von ein und demselben Arbeitgeber wiederholt auf diese Vorschrift gestützt wird, sofern nur zwischen den mehrfachen Inanspruchnahmen jeweils eine Zeit der Beschäftigungslosigkeit von mindestens 4 Monaten liegt. Dies gilt umso mehr, wenn der Gesamtrahmen von 5 Jahren bereits ausgeschöpft ist. In diesen Fällen äußern das BAG sowie die juristische Fachliteratur massive Bedenken. Hier sollten Arbeitgeber Vorsicht walten lassen – es besteht die Gefahr der Unwirksamkeit einer solchen Befristung.

So besser nicht: Die GmbH stellt den 53jährigen, seit Juli 2016 beschäftigungslosen Arbeitnehmer Jorge Sastre Schneider ab 1. Dezember 2016 zunächst nach § 14 Abs. 3 TzBfG ohne Sachgrund befristet bis zum 30. November 2019 ein. Das Arbeitsverhältnis wird zunächst nicht verlängert. Jorge Sastre Schneider ist bis zum 31. März 2020 beschäftigungslos. Anschließend wird Jorge Sastre Schneider von demselben Arbeitgeber ab 1. April 2020 bis zum 31. Dezember 2021 gestützt auf § 14 Abs. 3 TzBfG erneut befristet beschäftigt. Dann ist Jorge Sastre Schneider wieder 4 Monate beschäftigungslos. Er wird von derselben GmbH ab 1. Mai 2021 nach § 14 Abs. 3 TzBfG erneut ohne Sachgrund befristet bis zum 30. April 2022 beschäftigt.

Zu einer erstmaligen nach § 14 Abs. 3 TzBfG sachgrundlos befristeten Beschäftigung älterer Arbeitnehmer kann den Arbeitgebern jedoch geraten werden, nicht nur wegen des mit einer Gesamtdauer von 5 Jahren großen Zeitrahmens für eine sachgrundlose Befristung und der damit verbundenen langfristigen

Flexibilität, sondern auch, um aus dem häufig großen Wissens- und Erfahrungsschatz gerade von älteren Arbeitnehmern schöpfen zu können.

3. Sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2a TzBfG – Neugründungen

Eine weitere sachgrundlose Befristungsmöglichkeit bietet § 14 Abs. 2a TzBfG neu gegründeten Unternehmen. Diese Vorschrift ist durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 mit Wirkung vom 1. Januar 2004 in das TzBfG aufgenommen worden. Echte Neugründungen können danach in den ersten 4 Jahren nach ihrer Gründung sachgrundlos befristete Arbeitsverträge bis zu einer Gesamtdauer von 4 Jahren abschließen und innerhalb dieses Zeitrahmens auch beliebig oft verlängern.

Voraussetzung ist, dass es sich um eine echte Neugründung handelt – unabhängig von dessen Rechtsform. Begünstigt sind neben Kapitalgesellschaften wie z. B. die GmbH, Personengesellschaften (GbR) bzw. Personenhandelsgesellschaften (z. B. KG, OHG) oder Vereine unter anderem auch natürliche Personen als Arbeitgeber – nicht jedoch Privathaushalte mangels Unternehmenseigenschaft. Hingegen handelt es sich nicht um eine von der Norm erfasste Neugründung, wenn ein schon bestehendes Unternehmen lediglich einen weiteren Betrieb eröffnet oder einen solchen erwirbt. Auch Neugründungen im Zusammenhang mit der rechtlichen Umstrukturierung von Unternehmen und Konzernen sind gemäß § 14 Abs. 2a S. 2 TzBfG ausdrücklich von der Privilegierung ausgenommen.

Für die neu gegründeten Arbeitgeber ist der sehr weitgehende Zeitrahmen der Privilegierung interessant: Während der befristete Arbeitsvertrag in den ersten 4 Jahren nach der Gründung abgeschlossen worden sein muss, muss die maximal vierjährige Gesamtlaufzeit des befristeten Arbeitsvertrages nicht unbedingt innerhalb der ersten 4 Jahre nach Gründung liegen. Junge Unternehmen profitieren von der durch § 14 Abs. 2a TzBfG gewährten Privilegierung deshalb unter Umständen noch im 8. Jahr nach ihrer Gründung.

Beispiel: Die bereits am 4. Januar 2013 neu gegründete GmbH möchte, nachdem sich der Betrieb gut entwickelt hat,

Ende 2016 einen Personalleiter (m/w) auf arbeitsvertraglicher Basis befristet beschäftigen. Im Bewerbungsverfahren setzt sich die 32jährige Maria Müller-Gonzalez durch. Diese unterzeichnet ihren für die Maximaldauer von 4 Jahren nach § 14 Abs. 2a TzBfG befristeten Arbeitsvertrag mit einer Laufzeit vom 3. Januar 2017 bis zum 2. Januar 2021 erst am 30. Dezember 2016 und nimmt ihre arbeitsvertraglich vereinbarte Tätigkeit ab 3. Januar 2017 auf.

Nicht möglich ist es jedoch, einen nach § 14 Abs. 2a TzBfG befristeten Arbeitsvertrag zu einem Zeitpunkt zu verlängern, der nicht mehr innerhalb der ersten 4 Jahren nach der Gründung liegt.

Beispiel: Die bereits am 4. Januar 2013 neu gegründete GmbH befristet den mit Frau Maria Müller-Gonzalez für die Zeit ab 3. Januar 2017 geschlossenen Arbeitsvertrag zunächst nur für 3 Jahre bis zum Ablauf des 2. Januar 2020. Obwohl der 4-Jahres-Gesamtrahmen noch nicht ausgeschöpft ist, können die Arbeitsvertragsparteien eine am 2. Januar 2020 vereinbarte Verlängerung des befristeten Arbeitsvertrages um ein weiteres Jahr nicht mehr auf § 14 Abs. 2a TzBfG stützen, da der Verlängerungszeitpunkt nicht mehr in den ersten 4 Jahren nach Vereinsgründung liegt.

Ebenso ist zu beachten, dass nach § 14 Abs. 2a S. 4 TzBfG das Vorbeschäftigungsverbot des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG – dazu sogleich näher – auch für eine nach § 14 Abs. 2a TzBfG geschlossene Befristung gilt.

So besser nicht: Die am 4. Januar 2013 neu gegründete GmbH hat den damals erst 50jährigen Arbeitnehmer Jorge Sastre Schneider ab 1. März 2013 gestützt auf § 14 Abs. 2a TzBfG zunächst befristet bis zum 30. Juni 2016 als Bürokraft eingestellt. Jorge Sastre Schneider befand sich anschließend bis zum 31. August 2016 in Elternzeit. Eine weitere auf § 14 Abs. 2a TzBfG gestützte kalendermäßige Befristung eines Arbeitsverhältnisses zwischen diesen Arbeitsvertragsparteien ab 1. September 2016 wäre wegen des auch hier geltenden Vorbeschäftigungsverbotens unwirksam.

4. Sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG

Liegen weder die Voraussetzungen einer Befristung nach § 14 Abs. 3 TzBfG (ältere Arbeitnehmer) noch nach § 14 Abs. 2a TzBfG (Neugründungen) vor, so sollten Arbeitgeber anschließend prüfen, ob die Voraussetzungen des »Normalfalls« einer kalendermäßigen

Befristung ohne Sachgrund nach § 14 Abs. 2 TzBfG gegeben sind. Liegen diese Voraussetzungen rechtsicher vor, ist anzuraten, eine sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG einer Befristung mit Sachgrund nach § 14 Abs. 1 TzBfG vorzuziehen. Für den Abschluss eines nach § 14 Abs. 2 TzBfG sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages ist – neben den generellen formalen Anforderungen an eine Befristung – nämlich nur Voraussetzung, dass nicht mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat (§ 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG). Liegt keine entsprechende schädliche Vorbeschäftigung vor, so kann ein Arbeitsvertrag ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von 2 Jahren kalendermäßig befristet werden; bis zu dieser Gesamtdauer von 2 Jahren ist auch die höchstens dreimalige Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig (§ 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG).

Das sogenannte Vorbeschäftigungsverbot des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG bezieht sich nur auf Tätigkeiten, die der betreffende Mitarbeiter als Arbeitnehmer im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeführt hat. Ein Berufsausbildungsverhältnis ist kein Arbeitsverhältnis im Sinne des Vorbeschäftigungsverbots für eine sachgrundlose Befristung. Gleiches gilt beispielsweise für Praktika mit Ausbildungscharakter, berufsvorbereitende Praktika, für ehemals als Leiharbeiter im Unternehmen tätige Mitarbeiter sowie für Tätigkeiten als freie Mitarbeiter bzw. Tätigkeiten im Rahmen eines sonstigen Dienst- oder Werkvertrages, so es sich nicht in Wahrheit um eine abhängige Beschäftigung handelte. Auch ein früheres Beamtenverhältnis hindert eine sachgrundlose Befristung nicht, da es kein Arbeitsverhältnis darstellt.

Das Vorbeschäftigungsverbot des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG gilt nach dem Gesetzeswortlaut zeitlich unbeschränkt. Das bedeutet an sich, dass ein Arbeitgeber einen Mitarbeiter, den er irgendwann einmal als Arbeitnehmer beschäftigt hat, auch nach Jahren bzw. Jahrzehnten nicht mehr nach § 14 Abs. 2 (oder Abs. 2a) TzBfG sachgrundlos befristet beschäftigen dürfte.

Beispiel: Die am 4. Januar 2013 gegründete GmbH hat in den Winterferien des Jahres 2013 die damalige Schülerin Kezban Çiçek im Rahmen eines Minijobs für 2 Wochen als Aushilfskraft im Büro eingestellt. Ginge man vom Gesetzes-

wortlaut aus, könnte die GmbH dieselbe (nur mittlerweile verheiratete) Frau Kezban Çiçek-Blum im Jahre 2016 nicht auf arbeitsvertraglicher Basis als Nachfolgerin der ausscheidenden Personalleiterin Frau Maria Müller-Gonzalez nach § 14 Abs. 2 TzBfG sachgrundlos befristet beschäftigen.

Nach der aktuellen Rechtsprechung des 7. Senats des Bundesarbeitsgerichts ist dieser Ausschlussgrund für die sachgrundlose Befristung jedoch einschränkend auszulegen. Nach dieser Rechtsprechung steht ein früheres Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber einem erneuten sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnis dann nicht entgegen, wenn das Ende des vorangegangenen Arbeitsverhältnisses mehr als 3 Jahre zurückliegt.

Beispiel: Die am 4. Januar 2013 gegründete GmbH hat in den Winterferien des Jahres 2013 die damalige Schülerin Kezban Çiçek im Rahmen eines Minijobs für 2 Wochen als Aushilfskraft im Büro eingestellt. Nach der aktuellen BAG-Rechtsprechung wäre es möglich, dieselbe (nur mittlerweile verheiratete) Frau Kezban Çiçek-Blum im Jahre 2016 auf arbeitsvertraglicher Basis als Nachfolgerin der ausscheidenden Personalleiterin Frau Maria Müller-Gonzalez nach § 14 Abs. 2 TzBfG sachgrundlos befristet zu beschäftigen.

So besser nicht: Auch nach der aktuellen BAG-Rechtsprechung wäre es der GmbH hingegen nicht möglich, die Schülerin Kezban Çiçek in den Sommerferien des Jahres 2015 erneut als Aushilfskraft im Büro mit einem nach § 14 Abs. 2 TzBfG sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag zu beschäftigen, da mit ihr im Jahr 2013 bereits ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Diese Rechtsprechung stellte eine erhebliche Änderung im Vergleich zur vorherigen Rechtsprechung und auch herrschenden Meinung in der juristischen Literatur dar, nach der es wie geschildert jedes vorangegangene Arbeitsverhältnis, und sei der Unterbrechungszeitraum auch noch so lang, ausschliesse, eine sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG mit demselben Arbeitgeber wirksam zu vereinbaren. Das Bundesarbeitsgericht begründet seine Rechtsprechungsänderung mit einer verfassungsorientierten Interpretation unter Berücksichtigung des Normzwecks des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG. Zweck der Vorschrift sei, einen Missbrauch sachgrundloser Befristungen durch den Abschluss von sogenannten »Befristungsketten« zu verhindern. Hierfür sei aber

kein zeitlich unbeschränktes Vorbeschäftigungsverbot notwendig, dieses sei deshalb unverhältnismäßig. Vielmehr sei es (orientiert an der zivilrechtlichen Verjährungsfrist des § 195 BGB) ausreichend zur Vermeidung von Befristungsketten, wenn das Ende des vorangegangenen Arbeitsverhältnisses mehr als 3 Jahre zurückliege.

Diese rechtspolitische Intention des 7. Senats des Bundesarbeitsgerichts, zeitliche Grenzen für das Vorbeschäftigungsverbot zu ziehen, ist sicherlich zu begrüßen. Trotzdem hat diese Rechtsprechung umfangreich Kritik in der juristischen Fachliteratur erfahren. Auch einzelne Arbeitsgerichte folgen aus diesem Grund der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht. Beispielsweise geht das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg immer noch von einem zeitlich uneingeschränkten Vorbeschäftigungsverbot aus. Auch das Arbeitsgericht Braunschweig ist der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht gefolgt und hat die Frage gemäß Artikel 100 Abs.1 GG dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt. Derzeit ist außerdem eine Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht zu dieser Rechtsfrage anhängig. Auch wenn die Landesarbeitsgerichte derzeit in der Mehrzahl der Rechtsprechung des 7. Senats des Bundesarbeitsgerichts folgen und das Vorbeschäftigungsverbot auf 3 Jahre begrenzen, muss die Praxis deshalb bis zu einer abschließenden Klärung durch den Gesetzgeber oder durch das Bundesverfassungsgericht ungeachtet der Rechtsprechung des 7. Senats des BAG vor allem bei erstinstanzlichen Entscheidungen damit rechnen, dass ein Arbeitsgericht von einem zeitlich unbegrenzten Vorbeschäftigungsverbot ausgehen könnte, und sollte sich auf eine entsprechende Situation einstellen.

Es empfiehlt sich deshalb für die Praxis, weiterhin entweder nur dann einen Arbeitnehmer sachgrundlos befristet einzustellen, wenn dieser noch nie beim selben Arbeitgeber in einem Arbeitsverhältnis gestanden hat, oder eine mögliche Unwirksamkeit der vereinbarten sachgrundlosen Befristung bei einem vor mehr als 3 Jahren schon einmal beim selben Arbeitgeber tätigen Arbeitnehmer von vornherein einzukalkulieren. Für den Fall, dass der betreffende Arbeitnehmer dann fristgemäß gegen die vereinbarte

Befristung klagt, das betreffende Arbeitsgericht sich gegen den 7. Senat des BAG stellt und die Befristung tatsächlich für unwirksam erachten sollte, sollte man vorausschauend einen »Plan B« in der Schublade haben.

Dies kann beispielsweise die Möglichkeit einer Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz sein, falls sich wegen der Unwirksamkeit der Befristung aufgrund eines zeitlich unbegrenzten Vorbeschäftigungsverbots doch ein Dauerarbeitsverhältnis ergeben sollte. Möglich ist auch, dass der Arbeitgeber die Zahlung einer Abfindung an den Arbeitnehmer für den Streitfall zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Vergleichswege von vornherein einkalkuliert. Empfehlenswert ist es auf jeden Fall, von vornherein für den Streitfall die Kosten eines Rechtsstreits mindestens bis zum Abschluss der 2. Instanz vor dem Landesarbeitsgericht einzukalkulieren, wenn der Arbeitgeber von einer unbefristeten Beschäftigung oder Nichteinstellung des betreffenden Arbeitnehmers nicht absehen möchte.

Außerdem ist der Praxis anzuraten, den Arbeitnehmer vor der Einstellung nach vorangegangenen Beschäftigungen beim gleichen Arbeitgeber zu fragen. Beantwortet der Arbeitnehmer die Frage wahrheitswidrig, kann dies unter Umständen eine Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 BGB rechtfertigen. Hierdurch lässt sich ggf. ein Dauerarbeitsverhältnis beseitigen. Es empfiehlt sich also die Aufnahme einer entsprechenden Frage in den Einstellungsfragebogen, den der Arbeitnehmer unterzeichnen sollte.

5. Verlängerung

Innerhalb des jeweiligen zeitlichen Gesamtrahmens der jeweiligen sachgrundlosen Befristung (§14 Abs.3 TzBfG: 5 Jahre, § 14 Abs. 2a TzBfG: 4 Jahre, §14 Abs. 2TzBfG: 2 Jahre) ist eine mehrmalige Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages möglich, der in seiner ursprünglichen Fassung nicht die gesetzlich zulässige Maximaldauer ausgeschöpft hat. Während der Gesetzeswortlaut von § 14 Abs. 2a und Abs. 3 TzBfG die Anzahl der innerhalb des zeitlichen Gesamtrahmens möglichen Verlängerungen nicht einschränkt, begrenzt § 14 Abs. 2 S. 1 2. Halbsatz TzBfG die mögliche Anzahl der Verlängerungen auf höchstens 3.

Die Verlängerung ist jedoch an einige wichtige Voraussetzungen geknüpft, die sehr viele Fehlerquellen beinhalten und die der Arbeitgeber daher unbedingt kennen sollte:

Die Verlängerung muss sich zunächst nahtlos an das vorangegangene Beschäftigungsverhältnis anschließen. Der Abschluss der Verlängerungsvereinbarung muss deshalb in aller Regel noch während der ursprünglichen Vertragslaufzeit erfolgen. Ansonsten handelt es sich nicht um eine Verlängerung des bisherigen befristeten Arbeitsverhältnisses, sondern um den Abschluss eines neuen befristeten Arbeitsvertrages. Dessen Befristung kann wegen des Vorbeschäftigungsverbot (s.o.) in der Regel nicht mehr sachgrundlos erfolgen. Es ist jedem Arbeitgeber unbedingt zu raten, sich hieran für eine rechtssichere Verlängerung strikt zu halten, und nicht auf eine der wenigen Ausnahmen zu vertrauen, die die Arbeitsgerichte in Einzelfällen von diesem Grundsatz machen.

Außerdem darf sich die Verlängerung ausschließlich auf die Dauer des Arbeitsvertrags beziehen. Die übrigen Arbeitsbedingungen müssen grundsätzlich unverändert bleiben. Auch hiervon bestehen nur sehr eng begrenzte Ausnahmen, von denen den Arbeitgebern aus Gründen der Rechtssicherheit dringend abzuraten ist. Unbedingt abzuraten ist Arbeitgebern deshalb von der Verwendung eines aktualisierten ausführlichen Arbeitsvertragsmusters zur Verlängerung. Die schriftlich abzuschließende Verlängerungsvereinbarung sollte sich inhaltlich auf das Hinausschieben des ursprünglich vereinbarten Beendigungszeitpunktes beschränken.

So besser nicht: Die GmbH hat den Arbeitnehmer Jorge Sastre Schneider ab 1. Juli 2015 gestützt auf § 14 Abs. 2 TzBfG zunächst befristet bis zum 30. Juni 2016 als Bürokraft eingestellt. Für die Verlängerung seines Arbeitsverhältnisses benutzt der Verein die im Jahre 2016 neu erstellten Arbeitsvertragsmuster, die im Vergleich zu seinem bisherigen Arbeitsvertrag zahlreiche geänderte und aktualisierte Klauseln enthalten.

Hingegen lässt das Bundesarbeitsgericht während der vereinbarten Befristungslaufzeit – in ausreichendem zeitlichen Abstand zu einer Verlängerungsvereinbarung – eine Änderung der übrigen Arbeitsbedingungen zu, solange nur die Vertrags-

dauer beibehalten wird. Das BAG zwingt damit die Parteien des sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages, welche diesen verlängern, dabei aber einzelne Arbeitsbedingungen abändern wollen, zum Inkraftsetzen der Änderungen noch während der Restlaufzeit des alten Vertrags. Erst in genügendem zeitlichem Abstand dazu sollte die Verlängerungsvereinbarung abgeschlossen werden.

Beispiel: Die GmbH hat den Arbeitnehmer Jorge Sastre Schneider ab 1. Juli 2015 gestützt auf § 14 Abs. 2 TzBfG zunächst befristet bis zum 30. Juni 2016 als Bürokraft mit einer Arbeitszeit von 20 Stunden pro Woche eingestellt. Am 25. Januar 2016 vereinbart die GmbH eine Erhöhung der Arbeitszeit auf 30 Stunden pro Woche ab 1. Februar 2016 mit Herrn Sastre Schneider. Am 30. Juni 2016 wird die Verlängerung seines Arbeitsverhältnisses bis 31. Dezember 2016 mit ihm vereinbart.

Auch wenn diese Voraussetzungen für eine Verlängerung im Einzelnen sehr formal anmuten, ist Arbeitgebern angesichts des gravierenden Unwirksamkeitsrisikos von einem Abweichen dringend abzuraten.

6. Schriftform der Befristung

Gemäß § 14 Abs. 4 TzBfG setzt eine wirksame Befristung in formeller Hinsicht stets voraus, dass sie schriftlich abgeschlossen wurde.

Die Schriftform ist in § 126 BGB näher geregelt und setzt gemäß § 126 Abs. 1 BGB grundsätzlich eine Originalurkunde mit einer eigenhändigen Namensunterschrift der beiden Arbeitsvertragsparteien voraus. Ein bloßes Handzeichen (d.h. eine sogenannte Paraphe) wahrt die Schriftform gemäß § 126 Abs. 1 BGB nur im Falle notarieller Beglaubigungen und ist daher in der Regel unzureichend. Die Unterzeichnung durch Arbeitnehmer und Arbeitgeber muss wegen § 126 Abs. 2 S. 1 BGB grundsätzlich auf einer Vertragsurkunde erfolgen. Werden jedoch über den Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden gefertigt, so genügt es nach § 126 Abs. 2 S. 2 BGB, wenn jede Partei nur die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet.

Wegen § 126 Abs. 3 BGB kann die Schriftform durch die elektronische Form ersetzt werden. Hierfür müssen beide Arbeitsvertragsparteien gemäß § 126a BGB jeweils einer gleichlautenden Vereinbarung

ihren Namen hinzufügen und das jeweilige elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen. Nicht ausreichend ist ein Telefax oder eine einfache E-Mail. Die Textform nach § 126b BGB genügt dem Schriftformerfordernis ebenfalls nicht.

Gemäß § 126 Abs. 4 BGB wird die schriftliche Form durch die notarielle Beurkundung ersetzt. Diese kann gemäß § 127 BGB bei einem gerichtlichen Vergleich durch die Aufnahme der Erklärungen in ein den Vorschriften der Zivilprozessordnung entsprechendes Protokoll ersetzt werden – ein entsprechend gerichtlich protokollierter Vergleich wahrt mithin die für die Befristung erforderliche Form. Gleiches gilt für den nach § 278 Abs. 6 ZPO geschlossenen Prozessvergleich.

Häufig sind Bedingungs- oder Befristungsregelungen in Tarifvertragstexten enthalten. Sind die Parteien normativ nach §§ 3 bis 5 TVG an

den jeweiligen Tarifvertrag gebunden, also entweder durch Mitgliedschaft in den tarifschließenden Verbänden oder per Allgemeinverbindlichkeitserklärung, gilt für sie die tarifliche Befristung, ohne dass diese nochmals explizit im Arbeitsvertrag schriftlich niedergelegt werden müsste. Nimmt ein Arbeitsvertrag bei nicht normativer Tarifgebundenheit der Vertragsparteien einen Tarifvertrag als Ganzes und nicht nur einzelne, den Arbeitnehmer belastende Bedingungen in Bezug und wahrt dies die Schriftform, so genügt dies für die Wirksamkeit einer im Tarifwerk enthaltenen Befristung bzw. auflösenden Bedingung ebenfalls, ohne dass diese Befristungsregelung bzw. auflösende Bedingung im Arbeitsvertragstext selbst wiederholt werden müsste. Auch automatische Verlängerungen von Befristungen, die in einem Tarifwerk enthalten sind, bedürfen dann keiner erneuten schriftlichen Vereinbarung.

VERLÄNGERUNG DER FRIST ZUR ANPASSUNG DER GESELLSCHAFTSVERTRÄGE KOMMUNALER GESELLSCHAFTEN

Gesellschaftsrecht

In unserer Ausgabe des Battke-Briefs N°2/2016 hatten wir es bereits angedeutet: Die Übergangsfrist zur Anpassung der Gesellschaftsverträge kommunaler Gesellschaften gemäß § 130a Abs. 2 SächsGemO ist auf den 31. Dezember 2017 verlängert worden. Bis zu diesem Termin müssen die Gesellschaftsverträge kommunaler Gesellschaften an die für Unternehmen und Beteiligungen der Gemeinde geltenden Bestimmungen der §§ 94a bis 109 SächsGemO angepasst werden. Der Sächsische Landtag hat damit in seiner Plenarsitzung vom 13. Dezember 2016 dem entsprechenden Gesetzesentwurf des Innenausschusses entsprochen und das dritte Gesetz zur Änderung der Sächsischen Gemeindeordnung beschlossen und verabschiedet. Diese Änderung der SächsGemO ist mit Wirkung zum 31. Dezember 2016 in Kraft getreten.

Damit steht auch weiterhin fest, dass an einer Anpassung der Gesellschaftsverträge kommunaler Gesellschaften kein Weg vorbei führt. Allerdings verbleibt den Gesellschaftern der betroffenen Gesellschaften hierfür nun genügend Zeit, um die gebotene Anpassung des jeweiligen Gesellschaftsvertrages nach den Vorgaben der §§ 94a bis 109 SächsGemO vorzubereiten und umzusetzen.

FAZIT

► Die Gesellschaftsverträge der kommunalen Gesellschaften sollten bis spätestens zum 31. Dezember 2017 angepasst werden, da mit einer weiteren Verlängerung der maßgebenden Frist nicht zu rechnen ist.

Jörg-Dieter Battke/Ass. iur. Anja Schneider

KEINE ANALOGE ANWENDBARKEIT VON § 121 ABS. 2 S. 2 AKTG BEI EINER GMBH

Die Einberufung der Gesellschafterversammlung einer GmbH erfolgt durch deren Geschäftsführer. Dies setzt voraus, dass dieser ordnungsgemäß bestellt und in das Handelsregister eingetragen ist. Ein wirksam abberufener, jedoch noch im Handelsregister eingetragener Geschäftsführer kann demgegenüber eine Gesellschafterversammlung nicht mehr wirksam einberufen. Zur Begründung führte der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 8. November 2016 - II ZR 304/15 – aus, dass die Voraussetzungen für eine wirksame Einberufung nicht gegeben seien. Insoweit könne auch § 121 Abs. 2 Satz 2 AktG nicht analog angewendet werden.

Ist der Geschäftsführer einer GmbH nicht mehr wirksam bestellt und beruft dennoch eine Gesellschafterversammlung ein, leidet die Gesellschafterversammlung unter einem Einberufungsmangel analog § 241 Nr. 1 AktG. Beschlüsse einer unter einem Einberufungsmangel leidenden Gesellschafterversammlung sind nichtig. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs sei es auch nicht ausreichend, dass der Geschäftsführer noch im Handelsregister eingetragen sei, da eine analoge Anwendung des § 121 Abs. 2 Satz 2 AktG nicht in Betracht komme. § 121 Abs. 2 Satz 2 AktG regelt, dass die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft auch durch Personen einberufen werden kann, die im Handelsregister als Vorstand eingetragen sind. Diese Vorschrift könne nicht auf die GmbH übertragen werden, da es an einer für eine Analogie erforderlichen vergleichbaren Interessenlage fehlen

würde. In einer Aktiengesellschaft sind die Aktionäre, anders als die Gesellschafter einer GmbH, nicht an der Bestellung und Abberufung der Vorstände beteiligt. Bestellung und Abberufung des Vorstandes erfolgen vielmehr unmittelbar durch den Aufsichtsrat. Die Aktionäre haben daher ein Interesse daran, anhand der Handelsregistereintragung die Berechtigung zur Einberufung der Hauptversammlung überprüfen zu können. Bei der GmbH erfolgen Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer demgegenüber direkt durch die Gesellschafter. Zudem erfolgt die Bekanntmachung einer Gesellschafterversammlung bei der GmbH weniger anonym als die der Hauptversammlung bei einer Aktiengesellschaft. Die Interessen der relativ anonym positionierten Aktionäre seien daher nicht mit denen der Gesellschafter einer GmbH vergleichbar. Eine entsprechende Anwendung des § 121 Abs. 2 Satz 2 AktG sei daher bei der GmbH nicht erforderlich. Dem stünde auch nicht entgegen, dass § 241 Nr. 1 AktG entsprechend angewendet würde, da die Möglichkeit der analogen Anwendung grundsätzlich für jede Norm separat geprüft werden müsste.

FAZIT

► Eine Gesellschafterversammlung kann durch einen wirksam abberufenen Geschäftsführer nicht einberufen werden, auch wenn er noch (fälschlicherweise) im Handelsregister eingetragen sein sollte.

Jörg-Dieter Battke/Ass. iur. Anja Schneider

KEINE EINTRAGUNG DER GBR ODER IHRER GESELLSCHAFTER BEIM FORMWECHSEL VON GMBH IN GBR

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) ist nicht auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet und deshalb auch nicht in das Handelsregister einzutragen. Dies hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 18. Oktober 2016 (Az.: II ZR 314/15) auch für die Gesellschafter einer GbR bestätigt. In dem Verfahren nahm die Klägerin die ehemaligen Gesellschafter einer GmbH, welche in eine GbR umgewandelt worden war, in Anspruch. Die Gesellschafter waren im Zeitpunkt

der Eintragung der Umwandlung und Löschung der GmbH aus dieser ausgeschieden. Die Klägerin war jedoch der Auffassung, die Gesellschafter würden als Rechtsnachfolger der GmbH haften, da diese im Zeitpunkt der Klageerhebung noch als Gesellschafter im Handelsregister eingetragen gewesen seien.

Der Bundesgerichtshof bestätigte jedoch die Vorinstanzen darin, dass auch bei der Umwandlung einer GmbH in eine GbR weder die GbR noch deren

Gesellschafter in das Handelsregister einzutragen seien. Nichts anderes ergebe sich aus § 235 Abs. 1 UmwG. Danach sei bei einer Umwandlung lediglich die Anmeldung und Eintragung der sich umwandelnden Rechtsform erforderlich. Da bereits die GbR nicht der Eintragung unterliege, müsse gleiches für ihre Gesellschafter gelten. Die Klägerin durfte auch nicht darauf vertrauen, dass die noch eingetragenen Gesellschafter der GbR geworden seien. Da die Eintragung der GbR und deren Gesellschafter keine eintragungspflichtige Tatsache ist, seien die Gläubiger der formwechselnden Gesellschaft gerade nicht durch den Publizitätsgrundsatz des § 15 Abs. 3 HGB geschützt. § 15 Abs. 3 HGB findet auf nicht ein-

tragungspflichtige Tatsachen keine Anwendung.

Der Bundesgerichtshof räumt den Gläubigern jedoch einen Anspruch aus allgemeinen Rechtscheingrundsätzen ein, wenn die Gesellschafter einer GbR den zurechenbaren Rechtsschein der Zugehörigkeit zur GbR gesetzt hätten und die Gläubiger auf diesen vertrauen durften.

FAZIT

- ▶ Beim Formwechsel einer GmbH in eine GbR müssen weder die GbR noch ihre Gesellschafter in das Handelsregister eingetragen werden.
- ▶ Eingetragene Gesellschafter haften ggf. nach allgemeinen Rechtscheingrundsätzen.

Jörg-Dieter Battke/Ass. iur. Anja Schneider

STRAFBARKEIT DES STROHMANNGESCHÄFTSFÜHRERS EINER GMBH

Der nur formell zum Geschäftsführer einer GmbH Bestellte kann strafrechtlich uneingeschränkt in Anspruch genommen werden, wenn die Gesellschaft Sozialversicherungsbeiträge nicht abführt, auch wenn er nur als Strohmann eingesetzt ist und ihm im Innenverhältnis keine bedeutsamen Kompetenzen übertragen worden sind, um auf die rechtliche und wirtschaftliche Entwicklung Einfluss nehmen zu können. So hat es der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs nun entschieden (Urteil vom 13. Oktober 2016 – 3 StR 352/16). Die Geschäfte der GmbH wurden in dem entschiedenen Fall ausschließlich von einem sog. »faktischen Geschäftsführer« geführt. Das ist ein »Geschäftsführer«, der, ohne formell bestellt und im Handelsregister eingetragen zu sein, die Geschicke der Gesellschaft bestimmt und auch im Außenverhältnis wie deren Geschäftsführer auftritt. Solche Fälle treten aus verschiedenen – meist nicht anerkenntwerten – Gründen nicht selten auf. Dass der faktische Geschäftsführer wie ein formeller Geschäftsführer sowohl zivil- als auch strafrechtlich haftet, ist anerkannt. Dass sich derjenige, der sich als Strohmann formell einsetzen lässt, ebenfalls kümmern muss und ggf. strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann, hat der Bundesgerichtshof nun entgegen einiger Oberlandesgerichte und Stimmen der Litera-

tur klargestellt. Die Angeklagte hatte sich damit zu entschuldigen versucht, dass es ihr unmöglich gewesen sei, die Sozialversicherungsbeiträge ordnungsgemäß abzuführen, da sie keinen Einblick und keinen Einfluss auf die Geschäftsführung gehabt habe. Das ließ der Bundesgerichtshof nicht gelten. Der formell bestellte Geschäftsführer sei vom Gesetz mit allen rechtlichen und tatsächlichen Handlungsmöglichkeiten ausgestattet, von denen er Gebrauch machen müsse. Werde er tatsächlich daran gehindert, müsse er ggf. gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen oder sein Amt niederlegen.

FAZIT

- ▶ Strohmann-Geschäftsführer sind als »formelle Geschäftsführer« auch dann strafrechtlich voll verantwortlich, wenn die Geschäftsführung allein in den Händen eines faktischen Geschäftsführers liegt und ihnen tatsächlich keine Möglichkeiten gewährt werden, die Geschäfte zu überwachen und Geschäftsführungsmaßnahmen zu ergreifen.
- ▶ Der Haftung können sie nur entgehen, indem sie entweder ihre gesetzlichen Rechte gerichtlich durchsetzen oder ihr Amt niederlegen.

Dr. Ekkehard Nolting

STRAFRECHTLICHE FOLGEN FÜR VORSTÄNDE DER HSH-NORDBANK UND SIEMENS AG

Wir mussten schon wiederholt über die Grundsätze der Organhaftung und die Grenzen der *business judgement rule* berichten. Neben der zivilrechtlichen Schadensersatzhaftung der Organe droht aber auch die strafrechtliche Verfolgung. Das haben zwei prominente Fälle, über die der Bundesgerichtshof jüngst zu entscheiden hatte, wieder in das Bewusstsein gerufen. Es ging um die strafrechtliche Verantwortung der Vorstände der HSH Nordbank AG wegen risikobehafteter Finanztransaktionen (Urteil vom 12. Oktober 2016 – 5 StR 134/15) und der Siemens AG im Zusammenhang mit den schwarzen Kassen (Urteil vom 6. September 2016 – 1 StR 104/15).

Die HSH-Nordbank lief im Jahr 2007 Gefahr, ihre planmäßige Eigenkapitalquote zu unterschreiten. Sie fürchtete um ihr Rating und damit verbunden erhebliche Nachteile bei Refinanzierungskosten. Die zuständigen Abteilungen entwickelten daher eine nur äußerst schwer zu durchschauende komplexe Finanztransaktion unter Einschaltung verschiedener Zweckgesellschaften, um auf diesem Wege per Jahresende 2007 eine Verbesserung der Eigenkapitalquote zu erreichen und nach außen darstellen zu können. Dem Vorstand war am 17. Dezember, also 14 Tage vor Jahresende, eine »Eilvorlage« zur abschließenden Entscheidung präsentiert worden, die dieser ohne Aussprache im Umlaufverfahren absegnete. Der Erfolg blieb aus. Das Geschäft verursachte erhebliche Verluste. Der Bundesgerichtshof hat den Freispruch des Landgerichts Hamburg aufgehoben und die Sache an das Landgericht zur weiteren Aufklärung zurückverwiesen.

Folgende Grundsätze, die der Bundesgerichtshof dabei aufstellt, sind hier von Bedeutung: Zum einen stellt der Bundesgerichtshof klar, dass ein Verstoß gegen die aktienrechtliche Verpflichtung des Vorstands, die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG), zugleich auch den strafrechtlichen Untreuetatbestand verwirklicht, wenn er zu einem Schaden der Gesellschaft führt. Zwar hatte das Bundesverfassungsgericht geurteilt, dass aus Gründen der Bestimmtheit des Tatbestands nur »evidente« Pflichtverletzungen strafrechtlich geahndet werden

dürften; der Täter müsse erkennen können, dass er die Grenzen zur Strafbarkeit überschreite. Das aber ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofs bereits Voraussetzung der zivilrechtlichen Haftung des Vorstands nach § 93 AktG. Die zivilrechtliche und strafrechtliche Haftung laufen insoweit daher parallel.

Wir hatten bereits anderer Stelle berichtet, wann bei unternehmerischen Entscheidungen von einer Pflichtverletzung auszugehen ist. Im Zentrum steht die sogenannten *business judgement rule* (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG). Danach haftet der Vorstand nicht, wenn er auf Grundlage angemessener Informationen vernünftigerweise annehmen durfte, zum Wohle des Unternehmens zu handeln. Dabei kommt dem Zeitpunkt ein wesentlicher Aspekt zu: Es ist auch zu berücksichtigen, wieviel Zeit dem Vorstand angesichts der konkreten Umstände verbleibt, Informationen einzuholen und abzuwägen. Diese Zeit war im konkreten Fall tatsächlich knapp bemessen. Nicht hinreichend aufgeklärt hatte das Landgericht hingegen, ob und in welcher Form die Befassung der Rechtsabteilung kommuniziert worden war und welche zusätzlichen Informationen der Vorstand benötigt hätte, um die Zuverlässigkeit und Plausibilität der Auskünfte insbesondere auch im Hinblick auf aufsichtsrechtliche Genehmigungsfähigkeit und Risiken der Transaktion beurteilen zu können.

Sollte sich nach Klärung dieser Fragen herausstellen, dass die *business judgement rule* verletzt wurde, wäre damit aber noch keine endgültige Pflichtverletzung festgestellt. Die Einhaltung der *business judgement rule* führe nur umgekehrt zur endgültigen Enthaftung. Werde gegen sie verstoßen, sei damit zwar ein starkes Indiz für die Verletzung der Sorgfaltspflichten gegeben; dennoch komme eine Pflichtverletzung nur in Betracht, wenn ein schlechthin unvertretbares Handeln vorliege und sich der Leitungsfehler auch einem außenstehenden Dritten aufdrängen müsse. Dafür sprach hier, dass sich aus den Vorlagen erschloss, dass die Fachabteilungen ihr (zustimmendes) Votum unter zahlreiche Vorbehalte gestellt und insbesondere auf die nicht ausreichende Zeit zur abschließenden Prüfung der Zulässigkeit und der Erfolgsaussichten

hingewiesen hatten. Es ergaben sich ferner Anzeichen dafür, dass entgegen der Behauptung in der Vorlage die Rechtsabteilung mit der Prüfung nicht befasst gewesen war. Es sind daher nach Auffassung des Bundesgerichtshofs weitere Umstände aufzuklären, so etwa die Frage, ob Rückfragen an die zuständigen Abteilungen und eine Aussprache im Vorstand nicht hätten durchgeführt werden müssen oder ob der Verzicht darauf vernünftigerweise vertretbar war.

Im Siemens-Fall hielt der Bundesgerichtshof eine Strafbarkeit des Vorstand wegen Untreue durch Unterlassen für denkbar. Er hatte aus seiner vorangegangenen Tätigkeit für die Siemens AG in Lateinamerika Kenntnis von dortigen schwarzen Kassen und der geübten Korruptionspraxis. Dies hätte er zum Anlass nehmen müssen, nach seinem Aufrücken in den Zentralvorstand der Siemens AG diese Praktiken abzustellen. Das hatte er nicht getan. Eine Strafbarkeit unter dem Aspekt der Untreue komme allerdings nur in Betracht, wenn der Siemens AG durch die schwarzen Kassen ein Nachteil entstanden sei, ihr die Mittel in den schwarzen Kassen also endgültig entzogen worden seien. Das wird das Landgericht noch einmal weiter aufzuklären haben.

FAZIT

- ▶ Organe von Kapitalgesellschaften, die gegen ihre Pflicht verstoßen, ihre Aufgaben mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu führen, haften für den eingetretenen Schaden nicht nur der Gesellschaft gegenüber auf Schadensersatz, sondern riskieren auch eine strafrechtliche Verfolgung wegen Untreue.
- ▶ Eine Haftung scheidet aus, wenn unternehmerische Entscheidungen auf Grundlage angemessener Informationen erfolgen; was in der konkreten Situation angemessen ist, beurteilt sich dabei an den Umständen des Einzelfalls, insbesondere auch der zur Verfügung stehenden Zeit zur Einholung weiterer Informationen.
- ▶ Eine Verletzung der Pflicht zur Einholung angemessener Informationen stellt zwar ein starkes Indiz für eine Verletzung der Sorgfaltspflichten dar; diese kann aber nur angenommen werden, wenn ein schlechthin unvertretbares Handeln vorliegt und sich der Leitungsfehler Außenstehenden aufdrängen müsse.

Dr. Ekkehard Nolting

HAFTUNGSMASSTAB FÜR DEN INNENAUSGLEICH MEHRERER HÖCHSTBETRAGSBÜRGEN FÜR GESELLSCHAFTSSCHULDEN EINER GMBH

Gläubiger von Kapitalgesellschaften, deren Gesellschafter nicht schon von Gesetzes wegen persönlich für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft haften, lassen sich häufig von diesen Bürgschaften gewähren und begründen auf diesem Wege die persönliche Haftung. Oftmals wird die individuelle Haftung der Höhe nach aber begrenzt. Man spricht dann von einer Höchstbetragsbürgschaft. Der Gläubiger kann sich dabei grundsätzlich frei aussuchen, ob er den Schuldner oder einen der Bürgen in Anspruch nimmt. Wählt er einen der Bürgen aus und erhält dieser von der Gesellschaft keine Erstattung, weil diese insolvent ist, stellt sich die Frage, inwieweit dieser im Innenverhältnis von den übrigen Bürgen Erstattung verlangen kann.

Mehrere Schuldner, die einem Gläubiger gesamtschuldnerisch für ein und dieselbe Forderung haften, sind im Innenverhältnis zum Ausgleich verpflichtet.

Nach welchem Maßstab sich der Ausgleichsanspruch richtet, wenn die Gesellschafter Bürgschaften mit unterschiedlichen Höchstbeträgen übernommen haben, war bisher höchstrichterlich nicht entschieden worden. Nunmehr hatte der Bundesgerichtshof Gelegenheit, dies zu tun (Urteil vom 27. September 2016 – XI ZR 81/15). Die Gesellschafter waren in unterschiedlichem Umfang an der GmbH beteiligt. Für eine Verbindlichkeit dieser Gesellschaft hatten sie ebenfalls in unterschiedlicher Höhe Höchstbetragsbürgschaften übernommen. Der Gläubiger hatte einen Gesellschafter in voller Höhe seiner Forderung aus dessen Höchstbetragsbürgschaft in Anspruch genommen. Dieser forderte nun von seinen Mitgesellschaftern Ausgleichszahlungen.

Grundsätzlich haften mehrere Gesamtschuldner im Innenverhältnis untereinander kopfteilig,

wenn nicht etwas anderes vereinbart ist oder sich aus den Umständen des Einzelfalls ergibt. Anerkannt war bisher, dass Gesellschafter einer GmbH, die für deren Verbindlichkeiten (unbegrenzte) Bürgschaften übernommen haben, im Innenverhältnis im Zweifel im Verhältnis ihrer jeweiligen Anteile am Gesellschaftsvermögen haften. Ebenfalls anerkannt ist, dass bei Höchstbetragsbürgschaften der Innenausgleich im Verhältnis der übernommenen Höchstbeträge erfolgt. Ungeklärt war, welcher Verteilungsschlüssel gilt, wenn das Verhältnis der Anteile am Gesellschaftsvermögen und das Verhältnis der übernommenen Höchstbeträge voneinander abwichen. Für diesen Fall hat der Bundesgerichtshof nun entschieden, dass das Verhältnis der übernommenen Höchstbeträge gelten soll. Wenn – wie hier – die Gesellschafter nach Gründung der Gesellschaft und Übernahme der Geschäftsanteile davon abweichende Höchstbeträge übernahmen, bräuchten sie damit zugleich zum Ausdruck, dass für den Umfang des übernommenen Haftungsrisiko jedenfalls in Bezug auf die konkrete

Verpflichtung das Verhältnis ihrer Anteile an der Gesellschaft nicht maßgeblich sein solle.

Der sicherste Weg, um solche Streitfragen im Nachhinein zu vermeiden, ist, dass die Gesellschafter vor Abgabe ihrer jeweiligen Bürgschaftserklärung untereinander vereinbaren, welche Haftungsquote im Innenverhältnis gelten soll. Andernfalls gilt im Zweifel das Verhältnis der übernommenen Höchstbeträge.

FAZIT

- ▶ Übernehmen Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung für eine Verbindlichkeit der Gesellschaft Bürgschaften mit unterschiedlichen Höchstbeträgen, richtet sich die Höhe des Innenausgleichs im Zweifel nach dem Verhältnis der übernommenen Höchstbeträge, nicht nach dem Verhältnis ihrer Gesellschaftsbeteiligung.
- ▶ Ist anderes gewollt, sollten die Gesellschafter vor Abschluss der Bürgschaftsverträge im Innenverhältnis eine klare Vereinbarung treffen.

Dr. Ekkehard Nolting

VERLUST DER GESELLSCHAFTERSTELLUNG BEI VERLUST DES ARBEITSPLATZES?

Klauseln in Gesellschaftsverträgen von Personengesellschaften und GmbHs, die einzelnen Gesellschaftern das Recht einräumen, ohne sachlichen Grund Mitgesellschafter aus der Gesellschaft auszuschließen, sind nichtig. Im Rahmen sogenannter »Managermodelle« kann ein sachlicher Grund aber allein schon darin bestehen, dass dem Geschäftsführer oder sonstigen Mitarbeiter einer GmbH eine Beteiligung im Hinblick auf sein Beschäftigungsverhältnis eingeräumt worden ist; endet diese Mitarbeit, kann der Geschäftsanteil an einer GmbH wieder eingezogen werden. Eines weiteren Grundes bedarf es dafür nicht. Allerdings muss die Satzung die Einziehung auch gegen den Willen des Betroffenen ausdrücklich aus diesem Grund vorsehen. So sieht es der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung.

Das Oberlandesgericht München hat dies nun zunächst für den Fall bestätigt, dass die Einziehung bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses »egal aus welchen Gründen« zugelassen worden war (Urteil

vom 5. Oktober 2016 – 7 U 3036/15). Die Klausel hatte allerdings einen zweiten Teil und der stieß nicht auf Zustimmung des Gerichts: Sollte die Beendigung des Arbeitsverhältnisses streitig sein, sollte das Arbeitsverhältnis »für Zwecke dieser Satzung« als beendet gelten, »solange nicht eine gegenteilige gerichtliche Entscheidung rechtskräftig geworden« sei. Darin sah das Gericht ein willkürliches Disziplinierungsmittel, da die Gesellschafter jederzeit den Einziehungsgrund auch durch sachlich nicht gerechtfertigte, sich letztlich als unwirksam erweisende Beendigung des Arbeitsverhältnisses schaffen könnten.

Allerdings könne sich der gekündigte Gesellschafter dann nicht darauf berufen, wenn mit einer tatsächlichen Wiederaufnahme der partnerschaftlichen Mitarbeit trotz Unwirksamkeit der Kündigung nicht mehr zu rechnen sei. Ähnlich wie beim Ausscheiden von Managern im Streit steht häufig die Wiederaufnahme der Tätigkeit nach Zerstörung des Vertrauensverhältnisses nicht mehr zur Debatte. Die

Verknüpfung der Gesellschafterstellung mit einer tatsächlichen Mitarbeit im Unternehmen ist jedoch nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein sachlicher Grund, um den Anteil bei Beendigung des Anstellungsverhältnisses einzuziehen. Sei daher nicht mehr ernsthaft mit einer faktischen Wiederaufnahme der Mitarbeit zu rechnen, auch wenn sich im Nachhinein herausstellen sollte, dass die rechtliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht wirksam erfolgt war, stelle das einen ausreichenden sachlichen Grund für die Einziehung dar. Im Ergebnis erstreckt das Oberlandesgericht München daher den für zulässig erachteten Teil der Klausel, der an die (wirksame) Vertragsbeendigung anknüpft im Wege der Auslegung auch auf die faktische Beendigung der Mitarbeit.

Das Urteil betrifft den Einzelfall einer missverständlich formulierten Klausel und mahnt zu klarer Satzungsgestaltung. Festzuhalten bleibt aber, dass die Gesellschafterstellung an die Dauer der Mitarbeit

geknüpft werden darf. Dies ist von Bedeutung auch für die Zulässigkeit von sog. Vestings bei Startup-Unternehmen. Investoren können damit die weitere Mitarbeit der Gründer gewährleisten, indem die Anteile der Gründer eingezogen werden können, wenn die Gründer ihre Mitarbeit im Unternehmen beenden. Auch hierbei sind aber strikte Voraussetzungen und strenge Abfindungsvorgaben zu beachten, um nicht in den Bereich zu geraten, in dem die Einziehungsklausel schlichtes Disziplinierungsmittel für die Investoren wird, um die Gründer gefügig zu halten.

FAZIT

► Die Gesellschafterstellung in einer GmbH kann an die tatsächliche Mitarbeit im Unternehmen geknüpft werden, indem für den Fall ihrer tatsächlichen Beendigung die Einziehung des Geschäftsanteils in der Satzung vorgesehen wird.

Dr. Andrea Benkendorff / Dr. Ekkehard Nolting

RUHEZEITEN VOR BETRIEBSRATSTÄTIGKEIT?

Arbeitsrecht

Der Kläger ist Betriebsratsmitglied und arbeitet im 3-Schicht-Betrieb. Er war in der Nacht vom 16. Juli auf den 17. Juli 2013 für die Nachtschicht (22.00–6.00 Uhr) eingeteilt. Er beendete seine Arbeit in dieser Nacht vorzeitig, weil am 17. Juli 2013 um 13.00 Uhr eine Betriebsratssitzung stattfand. Der Arbeitgeber schrieb dem Arbeitszeitkonto des Klägers zwei Stunden dieser Nachtschicht nicht gut, deren Gutschrift der Kläger u.a. begehrte.

Das Bundesarbeitsgericht entschied in seinem Urteil vom 18. Januar 2017 (Az.: 7 AZR 224/15), dass dem Kläger die Erbringung der Arbeitsleistung am 17. Juli 2013 jedenfalls ab 3.00 Uhr wegen der Betriebsratssitzung um 13.00 Uhr unzumutbar gewesen sei, weil ihm bei Fortsetzung seiner Arbeit zwischen den Arbeitsschichten keine durchgehende Erholungszeit von 11 Stunden zur Verfügung gestanden hätte. Das Bundesarbeitsgericht berücksichtigte insoweit die Wertung des § 5 Abs. 1 ArbZG, nach der Arbeitnehmer nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit mindestens eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens

11 Stunden haben müssen. Der Arbeitgeber hat demgemäß die beiden weiteren Stunden aus der Nachtschicht vom 16./17. Juli 2013 dem Arbeitszeitkonto des Klägers gutzuschreiben.

Die Frage, ob die Zeit der Erbringung von Betriebsratstätigkeit Arbeitszeit im Sinne des ArbZG ist – was nach derzeit herrschender Auffassung wohl nicht der Fall ist –, ließ das Bundesarbeitsgericht dahinstehen. Das Urteil des Bundesarbeitsgerichtes liegt bislang nur als Pressemitteilung vor.

FAZIT

► Ein Betriebsratsmitglied, das zwischen zwei Nachtschichten außerhalb seiner Arbeitszeit tagsüber an einer Betriebsratssitzung teilzunehmen hat, ist berechtigt, die Arbeit der vorherigen Nachtschicht vorzeitig abzustellen, wenn nur dadurch eine ununterbrochene Erholungszeit von 11 Stunden gewährleistet ist.

Frank Martin Thomsen

NEUE GESETZLICHE HÜRDEN BEI DER KÜNDIGUNG SCHWERBEHINDERTER MITARBEITER AB 1. JANUAR 2017

Das Bundesteilhabegesetz (BTHG), in Kraft getreten am 1. Januar 2017, stärkt den Kündigungsschutz von schwerbehinderten Menschen deutlich: Im neuen § 95 Absatz 2 Satz 3 SGB IX ist nunmehr geregelt, dass die Kündigung eines schwerbehinderten Menschen, die der Arbeitgeber ohne eine Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung ausspricht, unwirksam ist. Wird versäumt, die Schwerbehindertenvertretung vor einer Kündigung ordnungsgemäß zu unterrichten und vorher anzuhören, ist die Kündigung unwirksam und nicht nur die Durchführung auszusetzen und innerhalb von sieben Tagen nachzuholen, wie bislang.

Bei der Kündigung eines schwerbehinderten Mitarbeiters müssen daher, wenn im Unternehmen sowohl ein Betriebsrat als auch eine Schwerbehindertenvertretung besteht, folgende Verfahren eingeleitet werden: ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats (§ 102 BetrVG), die Einholung der Zustimmung des Integrationsamtes (§ 85 SGB IX) und nunmehr die ord-

nungsgemäße Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung (§ 95 Abs. 2 S. 3 SGB IX). Bei einer Massentlassung ist zusätzlich das Verfahren nach § 17 KSchG zu beachten.

Vor Ausspruch einer Kündigung muss dem Arbeitgeber daher eine abschließende Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung vorliegen. Der Gesetzgeber hat in § 95 SGB IX n.F. nicht geregelt, welche Anhörungs- und Stellungnahmefristen gelten und ob die Anhörung vor oder parallel zu Integrationsamtsverfahren erfolgen kann.

FAZIT

- ▶ Kündigungsverfahren schwerbehinderter Arbeitnehmer werden noch aufwändiger.
- ▶ Arbeitgeber müssen ab 1. Januar 2017 vor Ausspruch einer Kündigung zusätzlich die Information und Anhörung der Schwerbehindertenvertretung gewährleisten.

Dr. Andrea Benkendorff

MITBESTIMMUNGSRECHT DES BETRIEBSRATS BEI SOCIAL-MEDIA (FACEBOOK ETC.)

Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 13. Dezember 2016 (Az.: 1 ABR 7/15) in einem wohl bahnbrechenden Urteil entschieden, dass dem Betriebsrat eines Unternehmens Mitbestimmungsrechte bezüglich der Facebook-Seite des Unternehmens zustehen können. Vorausgegangen war ein Streit zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber, einem bundesweit tätigen Blutspendedienst. Dieser unterhielt eine Facebook-Seite, auf der er sein Unternehmen vorstellte. Er hatte auf dieser Seite auch die Kommentarfunktion für die Besucher freigeschaltet, so dass Facebook-Nutzer auf der Seite des Arbeitgebers Beiträge verfassen konnten. Dies wurde u.a. dazu genutzt, kritische Kommentare über bestimmte Mitarbeiter zu veröffentlichen. Der Betriebsrat verlangte daraufhin die komplette Löschung des Facebook-Profiles des Arbeitgebers. Bei der Facebook-Seite, bei der es den Besuchern ermöglicht wird, Kritik über die einzelnen Arbeitnehmer zu äußern, handele es sich

um ein Instrument zur technischen Verhaltens- und Leistungskontrolle der Arbeitnehmer, so dass dem Betriebsrat hier ein Mitbestimmungsrecht gemäß §§ 87 Abs. 1 Nr. 6 und 1 BetrVG zustehe, was der Arbeitgeber jedoch nicht beachtet hatte.

Dieses behauptete Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates sah das Bundesarbeitsgericht für die Facebook-Seite des Arbeitgebers an sich nicht. Ob ein Arbeitgeber einen Social-Media-Auftritt unterhalte, sei seine Sache und begründe kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates. Die Mitarbeiter des Blutspendedienstes werden zwar nicht durch die Facebook-Seite des Arbeitgebers an sich benachteiligt und geschädigt, wohl aber durch die freigeschaltete Kommentar- und Beitragsfunktion der Seite. Bezüglich dieser Funktion jedenfalls bestehe tatsächlich ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates, da hier die Möglichkeit der Schädigung einzelner Mitarbeiter durch Beiträge Dritter nicht auszuschließen sei.

Im konkreten Fall kann der Arbeitgeber durch die Beiträge der Kunden des Blutspendedienstes nachvollziehen, welche Mitarbeiter jedenfalls von den Kunden kritisch gesehen werden, woraus der Arbeitgeber wiederum eigene Schlüsse über Verhalten und Leistung ziehen kann. Entsprechend urteilte das Bundesarbeitsgericht, dass der Arbeitgeber die Kommentarfunktion seiner Facebook-Seite solange abschalten muss, bis er hier mit dem Betriebsrat eine entsprechende Einigung getroffen hat.

FAZIT

- ▶ Der Facebook-Auftritt eines Arbeitgebers unterliegt keinem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates.
- ▶ Ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 und 1 BetrVG kann sich aber ergeben, wenn der Arbeitgeber die Kommentarfunktion für Nutzerbeiträge freigeschaltet hat, so dass von dritter Seite Kritik an einzelnen Mitarbeitern geübt werden kann, was wiederum Rückschlüsse auf Leistung und Verhalten erlaubt.

Cathleen Schiller

ERLEICHTERUNGEN BEI DER BEFRISTETEN BESCHÄFTIGUNG VON WISSENSCHAFTLICHEN MITARBEITERN

Gute Nachrichten für Hochschulen und Forschungseinrichtungen! Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 28. August 2016 (Az.: 7 AZR 549/14) geklärt, dass die Arbeitsvertragsbefristung eines wissenschaftlichen Mitarbeiters neben dem Wissenschaftszeitvertragsgesetz (WissZeitVG) auch auf die Gründe des § 14 I Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) gestützt werden kann. Dabei genügt es, wenn dieser Grund objektiv bei Vertragsschluss vorlag, auch wenn im Arbeitsvertrag das WissZeitVG zitiert ist.

Der Entscheidung lag der befristete Arbeitsvertrag eines wissenschaftlichen Mitarbeiters zugrunde, der neben wissenschaftlichen Arbeiten Lehrveranstaltungen durchführen, studentische Arbeiten betreuen sowie fachlich an Prüfungen mitwirken musste. Der Mitarbeiter ließ die Wirksamkeit der Befristung prüfen mit dem Argument, er gehöre nicht zum wissenschaftlichen Personal nach § 1 I WissZeitVG, da er durch seine überwiegenden Lehrtätigkeiten keinen Freiraum für eigene Forschungen habe.

Das Bundesarbeitsgericht stellte in seinem Urteil klar, dass die besonderen Befristungsmöglichkeiten des § 2 I WissZeitVG den § 14 TzBfG als Spezialregelung nur verdrängen, soweit die Beschäftigung ausschließlich der wissenschaftlichen Qualifizierung diene. § 14 Abs. 1 TzBfG könne auch dann die Befristung rechtfertigen, wenn der Arbeitsvertrag ausdrücklich auf § 2 WissZeitVG verweise, da ein Arbeitgeber damit nicht andere Befristungsmöglichkeiten abbedingen, sondern nur dem Zitiergebot des § 2 IV

WissZeitVG genügen wolle. Er könne sich daher auch auf § 14 TzBfG stützen, wenn diese Vorschriften im Arbeitsvertrag nicht genannt würden und die Gründe bei Vertragsschluss objektiv vorlagen.

Der Begriff des »wissenschaftlichen Personals« i.S.d. § 1 I WissZeitVG setze voraus, dass die zu erbringende Dienstleistung einen wissenschaftlichen Charakter habe. Bei überwiegender Lehrtätigkeit sei entscheidend, ob und inwieweit der Mitarbeiter aktuelle Forschungsergebnisse in seinen Unterricht einarbeiten müsse. Eigene Forschungstätigkeiten müssten dagegen nicht erbracht werden.

FAZIT

- ▶ Ist ein Mitarbeiter nicht nur mit wissenschaftlichen Forschungstätigkeiten, sondern auch oder sogar überwiegend mit Lehraufgaben befasst, kann das WissZeitVG trotzdem auf ihn Anwendung finden, wenn er aktuelle Forschungsergebnisse dahingehend auswerten muss, ob diese in die Lehrinhalte aufzunehmen sind.
- ▶ Die Hochschule kann die Befristung auch mit § 14 TzBfG rechtfertigen, selbst wenn im Arbeitsvertrag das WissZeitVG zitiert ist. Das objektive Vorliegen des Sachgrundes reicht aus.
- ▶ Ist eine Befristung wegen Drittmittelfinanzierung i.S.v. § 2 II 1 WissZeitVG unzulässig, ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen der sog. Haushaltsbefristung gemäß § 14 I 2 Nr. 7 TzBfG bei Vertragsschluss vorliegen.

Dr. Andrea Benkendorff

URLAUBSRECHT – NEUE FRAGEN AN DEN EUGH

Das bundesdeutsche Urlaubsrecht befindet sich aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) seit dem Jahre 2009 im Umbruch. Wir haben darüber schon wiederholt im Battke-Brief berichtet.

So hat der EuGH in seinem Urteil vom 12. Juni 2014 - C-188/13 - entschieden, dass die einschlägige EG-Richtlinie einer nationalen Regelung entgegenstehe, nach der der Anspruch eines Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub ohne Abgeltungsanspruch für nicht genommenen Urlaub untergeht, wenn das Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers endet. Dem Urteil des EuGH lag die Klage der Witwe und Alleinerbin des Herrn Bollacke zugrunde, der schwer erkrankt war und bei seinem Tode - unstreitig - 140,5 Urlaubstage »angesammelt« hatte, deren Abgeltung die Witwe begehrte. Der EuGH hat sich mit seinem Urteil gegen die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes gestellt, nach der der Anspruch eines Arbeitnehmers auf Urlaub mit dem Tod des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis untergeht.

Dem Bundesarbeitsgericht sagt dieses Urteil des EuGH nicht zu. Es hat dem EuGH nämlich mit Beschluss vom 18. Oktober 2016 (Az.: 9 AZR 196/16 (A)) »noch einmal« die Frage vorgelegt, ob EU-Vorschriften dem Erben des während des Arbeitsverhältnisses verstorbenen Arbeitnehmers tatsächlich einen Anspruch auf Abgeltung des ihm vor seinem Tod noch zustehenden Mindestjahresurlaubes einräumen, auch wenn dies nach dem nationalen Erbrecht (vgl. § 7 Abs. 4 BUrlG i. V. m. § 1922 Abs. 1 BGB) ausgeschlossen ist. Im Übrigen hat es darauf hingewiesen, dass der Erholungszweck des Urlaubes sich auch nicht mehr verwirklichen könne, wenn der Arbeitnehmer verstorben sei.

In jüngster Zeit haben mehrere Landesarbeitsgerichte im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH, nach der der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechtes der Union sei, entschieden, dass der Arbeitgeber verpflichtet sei, den Urlaubsanspruch eines Arbeitnehmers von sich aus, auch ohne ein

Urlaubsverlangen des Arbeitnehmers, zu erfüllen. Komme er dieser Verpflichtung nicht nach, entstünde ein Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers, es sei denn, der Arbeitgeber habe die nicht rechtzeitige Urlaubsgewährung nicht zu vertreten (vgl. LAG Köln, Urteil vom 22. April 2016 - 4 Sa 1095/15; LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 12. Juni 2014 - 21 Sa 221/14).

Das Bundesarbeitsgericht überzeugt diese Rechtsprechung, die von seiner ständigen Rechtsprechung abweicht, offensichtlich auch nicht. Mit Beschluss vom 13. Dezember 2016 (Az.: 9 AZR 541/15 (A)) hat es dem EuGH insbesondere die Fragen vorgelegt, ob EU-Vorschriften § 7 BUrlG entgegenstünden, nach dem der Arbeitnehmer seinen Urlaub beantragen müsse, damit sein Urlaubsanspruch am Ende des Bezugszeitraumes (grundsätzlich 31. Dezember eines Jahres) nicht untergehe und ob der Arbeitgeber demgemäß nicht verpflichtet sei, von sich aus einseitig für den Arbeitnehmer verbindlich die zeitliche Lage des Urlaubes festzulegen.

FAZIT

- ▶ Die Frage ist offen, ob Erben eines Arbeitnehmers die Abgeltung des Urlaubes verlangen können, der dem Arbeitnehmer bis zu seinem Tod im Arbeitsverhältnis noch zustand. Arbeitgeber sollten deswegen derzeit, wenn sie nicht aus sozialen Gründen eine entsprechende Zahlung vornehmen wollen, keine Urlaubsabgeltung an Erben zahlen, wenn der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses verstorben ist.
- ▶ Einem Erben steht allerdings auch nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes dann ein Urlaubsabgeltungsanspruch zu, wenn das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers schon beendet war und dem Arbeitnehmer bereits ein Urlaubsabgeltungsanspruch zustand, bevor er verstarb (vgl. BAG, Urteil vom 25. September 2015 - 9 AZR 170/14). Ein Urlaubsabgeltungsanspruch ist vererblich.
- ▶ Offen ist auch die Frage, ob Arbeitgeber von sich aus, ohne ein entsprechendes Urlaubsverlangen, verpflichtet sind, dafür Sorge zu tragen, dass Arbeitnehmer ihren Urlaub erhalten.

Frank Martin Thomsen

UNTERNEHMERISCHE ENTSCHEIDUNGSFREIHEIT AUCH BEI VERSETZUNG EINES BETRIEBSRATSMITGLIEDS

Die Versetzung eines Betriebsratsmitglieds, die zu einem Verlust des Amtes führt, bedarf der Zustimmung des Betriebsrats. Stimmt er nicht zu, kann das Arbeitsgericht die Zustimmung ersetzen, wenn die Versetzung aus dringenden betrieblichen Gründen notwendig ist (§ 103 Abs. 3 BetrVG). Es stellt sich die Frage, ob eine unternehmerische Entscheidung für eine Arbeitsorganisation und -struktur, die eine Versetzung bedingt, als dringender betrieblicher Grund anzusehen ist. Betriebsratsmitglieder führen regelmäßig an, dass kein dringender betrieblicher Grund vorliege, weil die Struktur auch anders gestaltet oder von der Strukturentscheidung Abstand genommen werden könne. Das Bundesarbeitsgericht hat in der Entscheidung vom 27. Juli 2016 (Az.: 7 ABR 55/14) die unternehmerische Entscheidungsfreiheit gestärkt. Es hat klargestellt, dass das Vorliegen dringender betrieblicher Gründe nicht mit dem Argument verneint werden kann, die Strukturentscheidung müsse nicht getroffen werden oder diese könne abgeändert werden. Gegenstand des Verfahrens war die Versetzung eines Betriebsratsmitglieds, der in einer IT-Abteilung beschäftigt war. Der Arbeitgeber hatte entschieden, die IT-Abteilung in einen anderen Betrieb zu verlegen und das Betriebsratsmitglied in den anderen Betrieb zu versetzen. Damit einher ging der Verlust seines Betriebsratsmandates. Der Betriebsrat hatte der Ver-

setzung nicht zugestimmt. Der Arbeitgeber wollte die Zustimmung von den Arbeitsgerichten ersetzen lassen. Vor dem Landesarbeitsgericht verlor der Arbeitgeber. Das Bundesarbeitsgericht hob die Entscheidung des Landesarbeitsgerichtes auf und verwies die Sache zurück.

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts hat nicht nur für Versetzung eines Betriebsratsmitglieds Bedeutung. Auch in anderen Fallgestaltungen hängen Rechte des Arbeitgebers vom Vorliegen dringender betrieblicher Gründe ab. Zu nennen ist insbesondere das Recht auf Ablehnung eines Antrags auf Teilzeit nach dem TzBfG oder BEEG. Auch für diese Fallgestaltung gilt, dass die Ansprüche der Mitarbeiter auf Teilzeitbeschäftigung den Arbeitgeber nicht dazu zwingen können, seine unternehmerische Strukturentscheidung zu modifizieren oder davon abzusehen.

FAZIT

- Ob dringende betriebliche Gründe vorliegen, ist allein im Rahmen der Struktur und Arbeitsorganisation zu prüfen, über die der Arbeitgeber frei entscheiden kann.
- Dies gilt sowohl für Versetzungen von Betriebsratsmitgliedern als auch bei Teilzeitbegehren von Mitarbeitern.

Karsten Matthieß

KEIN AUSSCHLUSS EINES BETRIEBSRATSMITGLIEDES NACH NEUWAHL WEGEN GROBER PFLICHTVERLETZUNG IN DER ABGELAUFENEN AMTSZEIT

Das Bundesarbeitsgericht hat mit Beschluss vom 27. Juli 2016 (Az.: 7 ABR 14/15) entschieden, dass ein Betriebsratsmitglied nicht wegen einer in der abgelaufenen Amtszeit begangenen groben Verletzung betriebsverfassungsrechtlicher Pflichten nach § 23 Abs. 1 BetrVG aus dem inzwischen neu gewählten Betriebsrat ausgeschlossen werden kann. Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf hatte dies in der Vorinstanz anders gesehen und vertreten, dass eine grobe Pflichtverletzung aus der vor-

angegangenen Wahlperiode eine erneute Pflichtverletzung in der laufenden Wahlperiode begründen könne, wenn aufgrund einer konkreten Prognose absehbar sei, dass das wiedergewählte Betriebsratsmitglied seine Pflichten erneut verletzen wird.

Das betreffende Betriebsratsmitglied hatte während der vorherigen Amtsperiode gegen die in § 79 Abs. 1 Satz 1 BetrVG geregelte Pflicht verstoßen, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die ihm während seiner Betriebsratszugehörigkeit bekannt

geworden sind und vom Arbeitgeber ausdrücklich als geheimhaltungsbedürftig bezeichnet worden sind, nicht zu offenbaren. Konkret hatte die Arbeitgeberin den Betriebsrat darüber informiert, dass ihre Hauptanteilsnehmerin plane, Gesellschaftsanteile der Arbeitgeberin zu verkaufen. Hierbei hatte die Arbeitgeberin ausdrücklich auf die Vertraulichkeit dieser Information hingewiesen. Das Betriebsratsmitglied hatte den geplanten Verkauf dann zunächst auf einer Mitgliederversammlung der ver.di-Betriebsgruppe zur Sprache gebracht, woraufhin der ebenfalls anwesende Betriebsratsvorsitzende ihn nochmals auf seine Verschwiegenheitspflicht hinwies. Dennoch nutzte das Betriebsratsmitglied die vertraulichen Informationen 3 Tage später auf einer Betriebsversammlung, in der sich die Kandidaten für die Betriebsratswahl vorstellten, um für seine eigene Wiederwahl zu werben.

Die Arbeitgeberin beantragte den Ausschluss des betreffenden Betriebsratsmitgliedes aus dem Betriebsrat. Nachdem das Betriebsratsmitglied im Zuge der im Folgemonat erfolgten Neuwahl des Betriebsrates wiedergewählt wurde, änderte die Arbeitgeberin ihren Antrag und begehrte nun auf Grund der in der vorangegangenen Amtsperiode begangenen groben Pflichtverletzung den Ausschluss des Betriebsratsmitgliedes aus dem neu gewählten Betriebsrat. Das Arbeitsgericht hatte den Antrag in 1. Instanz abgelehnt, das Landesarbeitsgericht gab ihm statt, das Bundesarbeitsgericht

sah den Fall jedoch anders. Die damalige Pflichtverletzung könne, so das Bundesarbeitsgericht, den Ausschluss aus dem neu gewählten Betriebsrat nicht rechtfertigen. Dies gelte unabhängig davon, ob die Pflichtverletzung sich auf die neue Amtszeit auswirken könne. Allerdings kann nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts eine Pflichtverletzung aus vergangenen Amtsperioden gleichwohl relevant sein, nämlich bei Wiederholungsverhalten des Betriebsratsmitgliedes. Dann wäre es im Rahmen eines Ausschlussverfahrens zulässig, die frühere Pflichtverletzung in die Beurteilung, ob die weitere Amtsausübung des Betriebsratsmitgliedes unter Berücksichtigung aller Umstände untragbar erscheint, einzubeziehen.

FAZIT

- ▶ Eine grobe Verletzung der Geheimhaltungspflicht nach § 79 Abs. 1 Satz 1 BetrVG kann einen Ausschluss des Betriebsratsmitgliedes nach § 23 Abs. 1 BetrVG rechtfertigen. Sie kann außerdem auf Antrag des Verletzten nach § 120 BetrVG als Straftat geahndet werden.
- ▶ In vorangegangenen Amtszeiten durch ein Betriebsratsmitglied begangene grobe Verletzungen betriebsverfassungsrechtlicher Pflichten können zwar keinen Ausschluss aus dem neu gewählten Betriebsrat rechtfertigen. Sie können aber im Wiederholungsfall während der neuen Amtsperiode Berücksichtigung finden.

Daniela Guhl

KEIN RECHT ZUR DATENMITNAHME FÜR AUSSCHIEDENDE MITARBEITER

Immer wieder stellen Unternehmer fest, dass Mitarbeiter Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, wie z.B. Geschäftsbücher, Kunden- und Kontaktlisten, E-Mails, Kalkulationsgrundlagen oder Entwicklungs- und Forschungsprojekte noch während des Beschäftigungsverhältnisses nutzen, um eine eigene Konkurrenzfähigkeit anzustreben. Den Unternehmen droht damit, dass ihr jahrelang aufgebautes Know-how und ihre Geschäftsgeheimnisse unter Umständen von der Konkurrenz zum eigenen Nachteil ausgenutzt werden. Die gleiche Situation liegt vor, wenn sich Mitarbeiter im Zuge ihres Ausscheidens bei einem

Unternehmen E-Mails, Kontaktlisten oder sonstige Geschäftsgeheimnisse unzulässig sichern, weil sie zwar nicht ein eigenes Unternehmen aufmachen, aber zu einem Wettbewerber in ein Angestelltenverhältnis wechseln. In der Praxis zeigen sich für die Unternehmer Probleme bei der Nachweisbarkeit der Verletzungshandlung durch ihre Angestellten. Zudem verteidigen sich die beklagten Mitarbeiter in der Regel damit, die gesicherten Daten seien ohnehin offenkundig gewesen und damit nicht schützenswert oder aber sie beruhen auf Erfahrungswissen des Mitarbeiters, welches dieser fortzunutzen können muss.

In diesem Kontext hatte jüngst das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz mit Urteil vom 1. September 2016 (Az.: 5 SA 139/16) die Rechte der Arbeitgeber gestärkt. Die Klägerin in dem Verfahren betreibt ein Unternehmen, das mit Reis und Hülsenfrüchten handelt. Die Beklagte war als Vertriebsleiterin im Unternehmen tätig und hatte Prokura. In ihrem Arbeitsvertrag hatte sie sich verpflichtet, über alle betrieblichen Angelegenheiten, die ihr im Rahmen oder aus Anlass ihrer Tätigkeit für den Arbeitgeber zur Kenntnis gelangen, auch nach Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis Stillschweigen zu bewahren. Auch sah der Arbeitsvertrag vor, dass es Arbeitnehmern verboten sei, während der Dauer des Beschäftigungsverhältnisses zu Wettbewerbern Kontakt aufzunehmen und so einen Tätigkeitswechsel vorzubereiten. Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot wurde hingegen nicht vereinbart. Schließlich regelte der Arbeitsvertrag, dass die Angestellten nur die vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Software und Hardware verwenden durften und private Geräte, wie bspw. Handys und Tablets, nicht dafür nutzen durften, dienstliche Angelegenheiten zu erledigen.

Die Beklagte hatte während des Beschäftigungsverhältnisses jedoch Anstrengungen unternommen, ein Konkurrenzunternehmen zu gründen. Insbesondere hatte sie eine von der Klägerin angelegte Datenbank mit Unternehmenskontakten, in der Adressen von Kunden und Lieferanten sowie eine Zusammenfassung von den Verträgen des Unternehmens enthalten war, gesichert. Die Klägerin hatte zudem festgestellt, dass die Beklagte einen USB-Stick an ihren Arbeitsplatzrechner angeschlossen hatte und so ca. 12.000 Datensätze übertragen hatte. Aufgrund dieser Kenntnis kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten fristlos. Zudem erwirkte die Klägerin gegen die von der Beklagten in der Zwischenzeit gegründete GmbH eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung, nicht die der GmbH aufgrund des Arbeitsverhältnisses der Beklagten bei der Klägerin zugänglich gemachten und anvertrauten Unternehmensdaten zu verwerten oder verwerten zu lassen.

In dem arbeitsgerichtlichen Verfahren, welches unabhängig von der wettbewerbsrechtlichen Klage gegen das Konkurrenzunternehmen angestrengt

wurde, nahm die Klägerin die Beklagte persönlich darauf in Anspruch, sämtliche Aufzeichnungen und Kopien, in denen die Geschäftsgeheimnisse enthalten waren, herauszugeben bzw. vollständig zu vernichten sowie künftig zu unterlassen, jedwede Daten aus dem Beschäftigungsverhältnis zu verwerten, Dritten zu überlassen oder von diesen verwerten zu lassen. Hiergegen wandte sich die Beklagte mit der Erklärung, die Daten seien offenkundig und allgemein, bspw. im Internet, verfügbar. Auch sei ihr nicht bewusst gewesen, dass sie z.B. das Kontaktverzeichnis kopiert habe.

Das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz bestätigte nun die erstinstanzliche Auffassung des Arbeitsgerichts Ludwigshafen und verurteilte die Beklagte auf Herausgabe bzw. Vernichtung der Geschäftsgeheimnisse sowie Unterlassung der Datennutzung. Das Gericht nahm an, dass die Beklagte zur Vernichtung bspw. Herausgabe der Unterlagen bereits aufgrund der Regelung des Arbeitsvertrages verpflichtet sei. Auch gesetzlich ergebe sich aber ein Anspruch. Zudem urteilte das Gericht, die Beklagte könne nicht lediglich pauschal behaupten, die Sicherung der Geschäftsgeheimnisse sei ihr nicht bewusst gewesen und könne von ihr weder bestätigt noch verneint werden. Vielmehr habe die Beklagte Erklärungs-pflichten, wie es zu dem von der Klägerin festgestellten Kopiervorgang gekommen sein kann. Ggf. müsse sie darüber hinaus Nachforschungen anstellen, ob es (aus Versehen) zu Kopien gekommen sei, um Kopien auf private Endgeräte zu vermeiden.

Schließlich bestätigte das Landesarbeitsgericht auch den von der 1. Instanz angenommenen Unterlassungsanspruch. Sämtliche Aufzeichnungen der Beklagten stufte das Gericht als Geschäftsgeheimnisse ein. Insbesondere die Kunden- und Lieferantenlisten sowie das Outlook-Kontaktverzeichnis seien – anders als die Beklagte behauptet hatte – auch nicht offenkundig, sodass ein Geschäftsgeheimnis auszuschließen wäre. Denn die in den Aufzeichnungen enthaltenen Daten wurden systematisiert und sortiert erhoben und sind als solche nicht allgemein bekannt oder veröffentlicht. Liege jedoch ein Geschäftsgeheimnis vor, dürfe dieses nicht nach § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG unbefugt verschafft werden. Dies habe die Beklagte jedoch durch die Sicherung der Daten gemacht. Es sei

zwar anerkannt, dass ein Arbeitnehmer nach seinem Ausscheiden aus dem Gedächtnis Informationen aus seiner Beschäftigungszeit unbeschränkt verwenden darf, selbst für ein Konkurrenzunternehmen, sofern er jedenfalls keinem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot unterliegt. Ein »sonst unbefugtes Verhalten« im Sinne von § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG liegt jedoch bereits vor, wenn ein ausgeschiedener Arbeitnehmer auf schriftliche Unterlagen, die auch elektronisch gespeichert sein können, zurückgreift, wenn diese ein Geschäftsgeheimnis enthalten, das der Angestellte während der Beschäftigungszeit in befugter Art und Weise erhalten bzw. sich angeeignet hat.

Die Beklagte darf aufgrund des Urteils damit in keinem Fall die in den Aufzeichnungen enthaltenen Geschäftsdaten künftig nutzen oder durch Dritte nutzen lassen.

FAZIT

- ▶ In Arbeitsverträgen sollten Geheimhaltungspflichten für Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse enthalten und geregelt sein, dass Mitarbeiter dienstliche Angelegenheiten nicht auf privaten Endgeräten erledigen dürfen.
- ▶ Bei Vorkehrungsmaßnahmen in den IT-Systemen eines Unternehmens zum Nachweis von Verstößen gegen Geheimhaltungspflichten und Anfertigung unzulässiger Kopien müssen jedoch unbedingt datenschutzrechtliche Vorgaben beachtet werden.
- ▶ Besteht die Vermutung für eine unzulässige Mitnahme von Geschäftsgeheimnissen, ist der jeweilige Beschäftigte vor den Arbeitsgerichten auf Vernichtung der Unterlagen, Unterlassung der Nutzung der Daten und ggf. Schadenersatz in Anspruch zu nehmen.
- ▶ Gegen die Unternehmen, die die als Geschäftsgeheimnis geschützten Daten angenommen haben bzw. sogar nutzen, können wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche geltend gemacht werden.
- ▶ Beschäftigte dürfen auf Geschäftsgeheimnisse im Rahmen ihrer neuen Tätigkeit bei einem Konkurrenzunternehmen nur zurückgreifen, wenn sie diese Daten in ihrem Gedächtnis behalten haben.
- ▶ Unternehmen sollten ein effektives Wissensmanagement betreiben, bei dem geheim zu haltende Unterlagen als solche gekennzeichnet sind, um Verletzungen von Geschäftsgeheimnissen vorbeugen zu können.

Dr. Daniel Schöneich

HAFTUNG FÜR LINKS AUF WEBSEITEN MIT URHEBERRECHTSVERLETZENDEN INHALTEN

Der Antragsteller, ein Berufsfotograf, nahm ein Unternehmen in Anspruch, welches eine Webseite betreibt, auf der Lehrmaterialien erworben werden können. Das Unternehmen hatte – wie es im Unternehmensalltag häufig gängige Praxis ist – von seiner Webseite auf das vom Antragsteller angefertigte Foto verlinkt, welches jedoch auf der verlinkten Webseite verändert dargestellt war. Der Fotograf hatte das Foto zwar zur freien Verwendung ins Netz gestellt (Creative-Commons-Lizenz), eine Änderung bzw. Bearbeitung des Fotos war allerdings danach nicht erlaubt.

Das Landgericht Hamburg sah in der Verlinkung auf das urheberrechtswidrig eingestellte Foto eine unberechtigte öffentliche Wiedergabe gemäß § 19 a UrhG des in Anspruch genommenen Unternehmens und gab dem Unterlassungsantrag des Antragsstellers statt. Die Verlinkung auf die Webseite

mit dem Bild des Fotografen stelle eine eigene unberechtigte öffentliche Wiedergabe des bearbeiteten Fotos dar. Das Unternehmen als Linksetzer habe auch schuldhaft gehandelt, da das Unternehmen als Linksetzer die Rechtswidrigkeit kannte oder zumindest hätte kennen müssen. In Anlehnung an die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in Sachen »GS Media« bezog sich das Landgericht Hamburg dabei darauf, ob der Link mit Gewinnerzielungsabsicht bereitgestellt wurde. Das Landgericht bejahte die Gewinnerzielungsabsicht und nahm an, dass der Linksetzer zumindest billigend in Kauf genommen habe, auf rechtswidrige Inhalte zu verlinken. Dabei müsse das Kriterium der Gewinnerzielungsabsicht weit verstanden werden. Abzustellen sei nicht lediglich auf eine unmittelbare Gewinnerzielung durch den Link als solchen (z.B. pay per click). Es reiche viel-

mehr, wenn die Webseite insgesamt ein kommerzielles Angebot darstelle. Dies sei bei einer Webseite, auf der Lehrmaterial zum Kauf angeboten werden, der Fall.

FAZIT

- ▶ Die Entscheidung ist ein weiterer Beleg dafür, dass die Anforderungen an die Linksetzung für Webseitenbetreiber (bei externen Links sowie sogenannten Framing) gestiegen sind.
- ▶ Betreiber kommerzieller Webseiten müssen vor Ver-

linkung auf Drittinhalte sorgfältig überprüfen, ob die verlinkten Inhalte rechtmäßig ins Netz gestellt wurden oder nicht. Dies stellt einen erheblichen Mehraufwand für Betreiber jedweder kommerzieller Webseiten dar.

- ▶ Unklar ist noch, welche Anforderungen an die Nachforschungen des Webseitenbetreibers konkret gestellt werden, wenn er auf Anfrage des Betreibers der verlinkten Homepage keine oder nur eine unzureichende Antwort bekommt.

Dr. Daniel Schöneich

INFORMATIONSPFLICHTEN FÜR UNTERNEHMER ZUR ONLINESCHLICHTUNG

Seit 1. Februar 2017 sind §§ 36 und 37 des Verbraucherstreitbeilegungsgesetzes (VSBG) und damit eine neue Informationspflicht in Kraft getreten. Dabei handelt es sich um die nationale Umsetzung der europäischen ADR-Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten. Durch die Einführung des Gesetzes sollen Streitigkeiten zwischen Unternehmen und Verbrauchern bereits in außergerichtlichen Verfahren wie Schlichtung, Schiedsverfahren oder Mediation beigelegt werden.

§ 36 VSBG regelt die Informationspflicht, die ein Unternehmer gegenüber einem Verbraucher zu berücksichtigen hat, vorausgesetzt er betreibt eine Internetseite oder verwendet Allgemeine Geschäftsbedingungen. Gemäß der Vorschrift ist der Unternehmer verpflichtet, den Verbraucher leicht zugänglich, klar und verständlich darüber in Kenntnis zu setzen, ob er verpflichtet oder freiwillig bereit ist, an einem Streitbeilegungsverfahren vor einer Verbraucherschlichtungsstelle teilzunehmen. Eine Verpflichtung zur Teilnahme am Streitbeilegungsverfahren kann u.a. aus Mediations- und Schlichtungsabreden resultieren oder sich aus der Satzung des Trägervereins ergeben. Erklärt sich der Unternehmer freiwillig zur Teilnahme bereit, so ist er verpflichtet, die zuständige Verbraucherschlichtungsstelle anzugeben. Bei Nichtteilnahme muss dies dem Verbraucher ebenfalls mitgeteilt werden. Die Informationen sind auf der Internetseite oder in den AGBs zu veröffentlichen. Die Informationspflicht gilt nicht bei Unter-

nehmern, die am 31. Dezember des vorangegangenen Jahres 10 oder weniger Personen beschäftigt haben (§ 36 Abs. 3 VSBG).

Kann eine Streitigkeit zwischen den Parteien nicht beigelegt werden, sieht § 37 Abs. 1 VSBG, unabhängig davon, ob der Unternehmer 10 oder weniger Mitarbeiter beschäftigt, vor, dass dieser die für ihn zuständige Verbraucherschlichtungsstelle unter Angabe von deren Anschrift und Internetseite bekannt gibt und darlegt, ob er bereit oder verpflichtet ist, an dem Streitbeilegungsverfahren teilzunehmen. Hat sich der Unternehmer freiwillig zur Teilnahme an einem Streitbeilegungsverfahren bereit erklärt, so hat er mitzuteilen, vor welcher Stelle er sich verpflichtet hat. Der Hinweis muss in Textform erfolgen.

FAZIT

- ▶ Unternehmer mit einer Mitarbeiterzahl von über 10 Personen müssen den Verbraucher leicht zugänglich, klar sowie verständlich in Kenntnis setzen, inwieweit sie bereit sind, sich an einem Streitbeilegungsverfahren zu beteiligen, ob eine Pflicht zur Teilnahme besteht und welche Streitbeilegungsstelle für diesen Fall zuständig ist.
- ▶ Unabhängig von der neuen Informationspflicht, müssen im Internet tätige Unternehmer nach Art. 14 der EU-VO 524/2013 darüber hinaus auch einen Link zur europäischen Online-Streitbeilegungs-Plattform für Verbraucher zur Verfügung stellen.

Xenia Urbanczyk

BRITISCHE REGIERUNG GIBT GRÜNES LICHT FÜR EINHEITLICHES PATENTGERICHT

Seit Jahrzehnten soll das europäische Patentsystem reformiert werden. Während Patentanmelder bislang kein einheitliches Patentrecht für die gesamte Europäische Union erlangen können, sondern durch die bisherige sog. europäische Patentanmeldung zwar eine einheitliche Anmeldung möglich ist, die Patente dann jedoch trotzdem für die jeweiligen Mitgliedsstaaten einzeln erteilt werden, ermöglicht das europäische Patent einen unionsweiten Schutz, unabhängig von den Ländergrenzen. Das Einheitspatent kann zudem effizient in einem Verfahren vor dem einheitlichen Patentgericht mit Wirkung für alle teilnehmenden Mitgliedsstaaten durchgesetzt werden. Damit soll es vor allem für deutsche Unternehmen zu großen Erleichterungen kommen, da ca. 40% der bisherigen europäischen Patenterteilungen aus Deutschland stammen.

Doch diese umfangreichen Änderungen können nur in Kraft treten, wenn eine Ratifizierung durch die 13 Mitgliedsstaaten einschließlich Frankreich, Deutschland und Großbritannien erfolgt. Allerdings hatte das britische Votum zum Brexit dazu geführt, dass Deutschland die Ratifizierung unterbrochen hat, um abzuwarten, welche Auswirkungen sich aus dem Brexit ergeben. Auch eine Ratifizierung von Großbritannien steht noch aus. Bisher war befürchtet

worden, dass diese aufgrund des Brexits nicht mehr erfolgen kann.

Nun hat die britische Ministerin für Energie und gewerblichen Rechtsschutz, Baroness Neville-Rolfe, Ende letzten Jahres auf dem EU-Wettbewerbsrat bekannt gegeben, dass eine Ratifizierung doch noch erfolgen soll. Damit würde Großbritannien dem ersten Zivilgericht der EU zustimmen und einen dauerhaften Einfluss des Europäischen Gerichtshofs auf das Patentrecht anerkennen. Es ist somit auch wahrscheinlich, dass die Umsetzung des europäischen Patents einschließlich des Patentgerichts noch im Jahr 2017 erfolgen wird.

FAZIT

- ▶ Auch wenn der ursprüngliche Starttermin im April 2017 nicht mehr zu halten ist, sollten Unternehmen die Entwicklungen im Blick behalten, um Erfindungen in Europa künftig noch effizienter schützen zu können.
- ▶ Mit dem neuen EU-Patent kann mit einer Anmeldung Schutz für alle teilnehmenden europäischen Mitgliedsstaaten beansprucht werden. Ein einheitliches Patentgericht wird dann bei Verletzungen europäischer Patente entscheiden.

Dr. Daniel Schöneich

NEUE URHEBERVERTRAGSRECHTSREFORM – RECHTE DES URHEBERS WERDEN GESTÄRKT

Ende des Jahres 2016 wurde das Gesetz zur verbesserten Durchsetzung des Anspruchs der Urheber und ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung und zur Regelung von Fragen der Verlegerbeteiligung verabschiedet. Die Änderungen zum Urhebervertragsrecht, welche in diesem Artikel behandelt werden, treten am 1. März 2017 in Kraft.

Ziel der Urhebervertragsrechtsreform ist es, Urheber und ausübende Künstler zu stärken und das Ungleichgewicht zwischen Verwertern und Urhebern endlich aufzulösen. Im Mittelpunkt der Reform stehen die umstrittene Pauschalvergütung, ein erweiterter Auskunftsanspruch der Urheber und die Verbandsklage.

Vor allem unangemessene Einmalzahlungen, sog. Total Buy-Outs sollen durch die Neuformulierung des § 32 UrhG zurückgedrängt und der Anspruch auf Durchsetzung angemessener Vergütungen gestärkt werden, indem bei der Bemessung der Vergütung zukünftig neben der Häufigkeit auch das Ausmaß der Nutzung berücksichtigt werden muss. Darüber hinaus bestehen Beteiligungsrechte bei neu hinzukommenden Nutzungsmöglichkeiten.

Die Gesetzesreform sieht in §§ 32 d. f. UrhG zusätzlich einen jährlichen Auskunftsanspruch von Urhebern vor, der nicht auf Fälle der pauschalen oder ausschließlichen Nutzungsrechtseinräumung

beschränkt ist, zudem nicht nur gegen den Vertragspartner, sondern auch gegen Werknutzer in der Lizenzkette gerichtet werden kann. Ausgeschlossen ist der Anspruch bei Software und in Fällen, in denen das Begehren unverhältnismäßig ist. Der Urheber soll durch einen jährlichen Auskunfts- und Rechenschaftsanspruch Klarheit darüber erhalten können, wie seine Werke genutzt und wie viel mit seiner Leistung verdient wurde. Es soll den Urhebern ermöglicht werden, weitere Zahlungsansprüche gegen den Verwerter durchzusetzen, falls sie ihm aufgrund eines auffälligen Missverhältnisses zwischen den Erträgen und der vereinbarten Gegenleistung nach § 32a UrhG zusteht.

Dem Urheber soll auch § 40a UrhG zugutekommen. In diesem wird geregelt, dass auch bei Vergabe eines ausschließlichen Nutzungsrechts gegen eine pauschale Vergütung, der Urheber berechtigt ist, das Werk nach Ablauf von 10 Jahren anderweitig zu verwerten.

Eine wichtige Forderung der Gewerkschaften, nämlich eine Verbandsklage zur Verteidigung der Urheberinteressen einzuführen, ist jedoch größtenteils erfolglos geblieben. Das Verbandsklagerecht wurde auf ein Minimum beschränkt und greift nur bei abgeschlossener gemeinsamer Vergütungsregelung (GVR).

FAZIT

- ▶ Durch die Urhebervertragsrechtsreform wurde die Position der Kreativen enorm gestärkt. Unternehmen, die zukünftig Nutzungsrechte an urheberrechtlich geschützten Werken erwerben, müssen zwingend die Neuregelungen beachten, um die Vergütung rechtsicher und für sich transparent zu regeln.
- ▶ Kreative sollten regelmäßig von ihrem Auskunftsrecht Gebrauch machen, um eine angemessene Vergütung nachhaltig sicher zu stellen.

Xenia Urbanczyk/Dr. Daniel Schöneich

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF: OBHUTSPFLICHTEN IM HEIM BEGRENZT

Die dem Betreiber eines Seniorenheims obliegenden Obhutspflichten sind begrenzt auf die Maßnahmen, die mit einem vernünftigen finanziellen und persönlichen Aufwand realisierbar sind und die die Würde, die Selbstständigkeit und die Selbstbestimmung der Bewohner wahren. Auch im Falle einer demenzkranken und an einer Gleichgewichtsstörung leidenden Bewohnerin mit Weglauftendenzen, die sich nur mit Hilfe eines Rollators fortbewegen kann, aber von ihrer Betreuerin bewusst in einer offenen Einrichtung untergebracht worden ist, ist er nicht gehalten, ihr durchgängig einen »Aufpasser« zur Seite zu stellen. Er handelt auch nicht pflichtwidrig, wenn er in Abstimmung mit der Betreuerin davon absieht, die Bewohnerin mit einem Weglaufarmband zu versorgen, weil sie ohnehin lediglich etwa 50 m ohne fremde Hilfe zurücklegen kann. Kommt die Bewohnerin daher zu Fall und erleidet Frakturen, weil sie sich unbegleitet fortbewegt hat, so verwirklicht sich ihr allgemeines Lebensrisiko. Das hat der gesetzliche Krankenversicherer ebenso hinzunehmen wie er es zu akzeptieren hat, wenn ein jüngerer Versicherter

eine Risikosportart ausübt und sich dadurch einem erhöhten Verletzungsrisiko aussetzt. Diese Leitsätze hat das Oberlandesgericht Düsseldorf seinem Hinweisbeschluss vom 18. Mai 2016 (Az.: I-24 U 7/16) vorangestellt.

Eine gesetzliche Krankenkasse hatte auf Schadensersatz geklagt, nachdem eine bei ihr versicherte Bewohnerin das Heim des beklagten Trägers unbemerkt verlassen hatte und gestürzt war. Bei dem Sturz erlitt die Bewohnerin eine Armfraktur, die einen vierzehntägigen Krankenhausaufenthalt erforderlich machte. Die demenzkranke Bewohnerin war zeitlich und örtlich sowie zu ihrer Person desorientiert, litt unter Gleichgewichtsstörungen und hatte Weglauftendenzen. Sie konnte sich mit einem Rollator selbstständig fortbewegen. Vorübergehend hatte die Bewohnerin ein Weglaufarmband, welches in Absprache mit der Betreuerin jedoch abgelegt wurde. Die Klägerin vertrat die Auffassung, dass die Obhutspflicht der Beklagten erfordere, dass durchgehend eine Begleitung zur Verfügung stünde. Jedenfalls bestünden vertragliche Verpflichtungen,

hinreichend sichere Maßnahmen gegen ein erneutes Weglaufen zu treffen. Diese habe das Personal der Beklagten nicht getroffen und deshalb schuldhaft gehandelt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf kam zu dem Ergebnis, dass die aus dem Heimvertrag resultierenden Obhutspflichten nicht verletzt wurden und keine Schadensersatzansprüche bestehen.

FAZIT

► Der Heimvertrag begründet Obhutspflichten und eine inhaltsgleiche allgemeine Verkehrssicherungspflicht zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit.

Diese Pflichten sind begrenzt auf die in Alten- und Pflegeheimen üblichen Maßnahmen, die mit einem vernünftigen finanziellen und personellen Aufwand realisierbar sind.

► Maßstab müssen das Erforderliche und das für die Heimbewohner und das Pflegepersonal Zumutbare sein. Die Würde, Interessen und Bedürfnisse der Bewohner vor Beeinträchtigungen sind zu schützen, Selbstständigkeit, Selbstbestimmung sowie die Selbstverantwortung der Bewohner zu wahren und zu fördern.

Sebastian Stücker, M.Mel.

DRITTES PFLEGESTÄRKUNGSGESETZ IN KRAFT

Es bleibt spannend in der Pflege. Durch das Dritte Pflegestärkungsgesetz werden unter anderem das SGB XI (Soziale Pflegeversicherung) und das SGB XII (Sozialhilfe) weiter geändert. Zum 1. Januar 2017 ist nicht nur die nächste Stufe des Zweiten Pflegestärkungsgesetzes mit dem neuen Pflegebedürftigkeitsbegriff in Kraft getreten, wir hatten hierzu umfangreich berichtet, sondern auch das Dritte Pflegestärkungsgesetz. Inhaltliche Schwerpunkte des Dritten Pflegestärkungsgesetzes sind die Stärkung der Rolle der Kommunen in der Pflege, Maßnahmen zur Verhinderung von Abrechnungsbetrug in der Pflege, die Umsetzung des neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffes in der Hilfe zur Pflege im SGB XII, Regelungen zu den Schnittstellen zwischen SGB XI, Eingliederungshilfe und Hilfe zur Pflege sowie Nachjustierungen zum Ersten und Zweiten Pflegestärkungsgesetz. Nachjustiert wurde etwa durch die Präzisierung von Besitzstandsschutzregelungen und den Regeln zur Qualitätssicherung sowie bei den Regelungen zur Wirtschaftlichkeit von Lohnsteigerungen.

Offensichtlich scheint dem Gesetzgeber aber auch der enge zeitliche Takt zwischen den einzelnen Pflegestärkungsgesetzen nicht ausreichend, um dort alle gewünschten Änderungen vorzunehmen. So wurde das SGB XI – relativ versteckt – bereits durch das Gesetz zur Errichtung eines Transplantationsregisters vom 11. Oktober 2016 weiter geändert. Eingefügt wurden hierdurch insbesondere

ergänzende Regelungen zur Kostenteilung zwischen Kranken- und Pflegeversicherung bei ambulanter Intensivpflege. Außerdem wurde klargestellt, dass einrichtungseinheitliche Eigenanteile ausschließlich für die Pflegesatzvereinbarung der vollstationären Pflege zu ermitteln sind.

Obwohl die Gesetzesänderungen gerade erst in Kraft getreten sind, schaut das Bundesministerium für Gesundheit bereits auch wieder in die Zukunft und sieht eventuell möglichen Ergänzungsbedarf, etwa bei der Begleitung der Umsetzung des neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffs, bei Regelungen zur Qualitäts- und zur Personalbemessung, zur Fachkräftesicherung, zum Umgang mit neuen Wohnformen, zur weiteren Stärkung von Präventionen und Reha sowie zur Effizienz der Pflege. Auch zukünftig dürfte es in der Pflege also nicht langweilig werden.

FAZIT

► Durch das Zweite und Dritte Pflegestärkungsgesetz sind zum 1. Januar 2017 zahlreiche neue Regelungen in Kraft getreten.

► Der neue Pflegebedürftigkeitsbegriff gilt im SGB XI und im SGB XII.

► Weitere Änderungen (ein Viertes Pflegestärkungsgesetz?) werden folgen.

Sebastian Stücker, M.Mel.

VERGABERECHTLICHE PFLICHTEN AUCH IM UNTERSCHWELLENBEREICH ERNST NEHMEN

Gelegentlich ist festzustellen, dass öffentliche Auftraggeber bei Vergabeverfahren, deren Auftragswert die maßgebliche Schwelle für die Durchführung europaweiter Ausschreibungsverfahren nicht erreichen, dem Vergaberecht nicht die erforderliche Sorgfalt widmen. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass bei sogenannten nationalen Ausschreibungen aktuell die einschlägigen Bestimmungen der Abschnitte 1 der VOB/A oder der VOL/A zu beachten sind. Auch die bevorstehende Einführung der Unterschwellenvergabeordnung an Stelle der VOL/A, Abschnitt 1 wird daran nichts ändern. Zum Teil mag die fehlende Sorgfalt darin begründet liegen, dass im Unterschwellenbereich der strenge Rechtsschutz in Gestalt eines Nachprüfungsverfahrens vor den Vergabekammern nicht zu befürchten ist. Hierbei wird allerdings übersehen, dass die vergaberechtlichen Regelungen auch im Unterschwellenbereich geltendes und anzuwendendes Recht sind, deren Einhaltung durch die Rechtsaufsichtsbehörden mittels Beanstandungsverfahren (Freistaat Sachsen) oder durch speziell eingerichtete Nachprüfungsbehörden (Land Sachsen-Anhalt, Freistaat Thüringen) überprüft werden. Unberührt bleibt in allen Ländern, dass bietende Unternehmen, die sich in ihren Rechten verletzt fühlen, bei Ausschreibungsverfahren unterhalb der Schwellenwerte Rechtsschutz vor den Zivilgerichten suchen können und dort auch immer öfter finden.

Zu den vergaberechtlichen Bestimmungen, die häufig verletzt werden, zählt sicherlich die Pflicht zur produktneutralen Ausschreibung. Die Bedeutung dieser Regelung wurde unlängst mit Beschluss der 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt vom 21. September 2016 nochmals in Erinnerung gerufen (vgl. VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 21. September 2016, Az.: 3 VK LSA 27/16).

In dem zu überprüfenden Ausschreibungsverfahren hatte der öffentliche Auftraggeber in den Allgemeinen Vorbemerkungen des Leistungsverzeichnisses ausgeführt, dass die in dem Leistungsverzeichnis vorgegebenen Produkte Leitprodukte zur Absicherung der Ausführungsqualität seien und nur durch qualitativ gleichwertige Produkte ersetzt werden können und wenn dies erforderlich sei. Der Gleichwertigkeits-

nachweis sei durch den Bieter zu erbringen. Tatsächlich waren im Leistungsverzeichnis dann für sämtliche Einzelpositionen Leitfabrikate vorgegeben, die mit dem Zusatz »oder gleichwertig« versehen worden waren.

Diese Vorgehensweise hat die Vergabekammer als Verstoß gegen § 7 Abs. 2 VOB/A qualifiziert und aus diesem Grund dem Auftraggeber aufgegeben, das Vergabeverfahren ab Versendung der Vergabeunterlagen unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

Nach § 7 Abs. 2 VOB/A darf nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die von einem bestimmten Unternehmen bereitgestellten Produkte charakterisiert, oder auf Marken, Patente, Typen oder einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden. Ein Abweichen von diesem Grundsatz ist nur dann zulässig, wenn dies entweder durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist oder der Auftragsgegenstand anderenfalls nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann. Im letztgenannten Fall sind die Verweise auf bestimmte Produkte mit dem Zusatz »oder gleichwertig« zu versehen. In ihrer Entscheidung weist die Vergabekammer zwar eingangs daraufhin, dass die Entscheidung, welcher Gegenstand mit welcher Beschaffenheit und mit welcher Eigenschaft beschafft werden soll, ausschließlich dem öffentlichen Auftraggeber obliegt. Dieser ist in der Auswahl der von ihm zu beschaffenen Gegenstände grundsätzlich frei. Dieses Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers findet seine Grenze jedoch in der Verpflichtung zur produktneutralen Ausschreibung. Mit anderen Worten kann der Auftraggeber sich entscheiden, ob er Personenkraftwagen oder Fahrräder als Dienstfahrzeuge beschaffen will. Entscheidet er sich für Personenkraftwagen, darf er jedoch grundsätzlich Hersteller, Marke oder Typ nicht vorgeben. Werden bestimmte Produkte vorgegeben, muss dies durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt sein und die vom Auftraggeber dafür herangezogenen objektiven und auftragsbezogenen Gründe

müssen sowohl willkürfrei getroffen als auch tatsächlich vorhanden sein.

Vorliegend hatte der Auftraggeber jedoch für sämtliche Einzelpositionen Leitfabrikate vorgeschrieben, ohne dass der Vergabeakte auch nur ansatzweise entnommen werden konnte, warum die Verwendung von Leitfabrikaten erforderlich sein soll. Insofern ist aus vergaberechtlicher Sicht Vorsicht geboten, wenn insbesondere bei Bauausschreibungen zur Vereinfachung bei der Fertigung des Leistungsverzeichnisses Leitfabrikate vorgegeben werden, ohne dass die Zulässigkeit deren Verwendung kritisch hinterfragt wird. Allein die Verwendung der Bezeichnung »oder gleichwertig« vermag das Vergabeverfahren dann nicht mehr zu retten.

FAZIT

- ▶ Auch im sogenannten Unterschwellenbereich sind die vergaberechtlichen Bestimmungen, insbesondere der VOB/A, Abschnitt 1 und der VOL/A, Abschnitt 1, zwingend zu beachten.
- ▶ Will der Auftraggeber von grundsätzlich zulässigen Wahl- und Gestaltungsmöglichkeiten bei der Ausschreibung Gebrauch machen, sind die hierfür maßgeblichen Gründe und Erwägungen zu dokumentieren.
- ▶ Ein Verstoß gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung wird nicht allein durch die Verwendung des Zusatzes »oder gleichwertig« geheilt.

Dr. Ludger Meuten

DER WIEDEREINSTIEG IN EINE ABGESCHLOSSENE EIGNUNGSPRÜFUNG WEGEN FEHLENDER ZUVERLÄSSIGKEIT

Im Rahmen des Vergabeverfahrens dürfen die Beteiligten auf eine gedeihliche und rücksichtsvolle Zusammenarbeit vertrauen. Dieses Vertrauen genießt auch nach dem Abschluss der Eignungsprüfung effektiven Schutz, wie der Beschluss der 1. Vergabekammer Sachsen vom 1. November 2016 (Az.: 1/SVK/020-16) unterstreicht.

Der öffentliche Auftraggeber (A) schrieb im Offenen Verfahren Gerüstbauarbeiten europaweit aus. A teilte dem B im Juni 2016 mit, dass er ihn für geeignet halte und beabsichtige, sein Angebot anzunehmen. Im Juli 2016 forderte A weitere Erläuterungen hinsichtlich der Kalkulation für einige Leistungspositionen an. B rügte diese Nachforderung, u. a. aufgrund der seiner Ansicht nach zu kurzen Bearbeitungszeit. A reagierte darauf mit der Erklärung, aufgrund neuer Tatsachen die Vergabeentscheidung nochmals überprüfen zu wollen. Nach Nichtabhilfe leitete B daraufhin das Nachprüfungsverfahren ein. Während des laufenden Nachprüfungsverfahrens erstellte A schließlich einen neuen Vergabevermerk, nach welchem B aufgrund mangelnder Eignung vom Verfahren ausgeschlossen werden sollte. Grund hierfür war u. a. ein während des Verfahrens eskalierender Streit zwischen den Beteiligten, der bezüglich eines anderen Bauvorhabens statt-

fand. In dessen Rahmen hatte B gegen Mitarbeiter der A Strafanzeige wegen vermeintlicher Falschaussage gestellt.

Die Vergabekammer führt zutreffend aus, dass der Ausschluss des B nicht zu beanstanden sei. Dieser erfolgte vorliegend nach altem Recht, und zwar gemäß § 97 Abs. 4 S. 1 GWB a. F., § 16 Abs. 2 Nr. 1 EG VOB/A 2012 wegen fehlender Zuverlässigkeit. Bis zum endgültigen Zuschlag kann A im Offenen Verfahren seine Eignungsprüfung korrigieren, was der Bundesgerichtshof bereits mit seiner Entscheidung vom 7. Januar 2014 (Az.: X ZB 15/13) festgestellt hat. Zu beachten ist dabei, dass es sich bei der Eignungsprüfung um eine Prognoseentscheidung handelt, die dem öffentlichen Auftraggeber einen Beurteilungsspielraum zubilligt. Die Feststellung fehlender Zuverlässigkeit durch den Auftraggeber muss auf einer gesicherten Erkenntnisgrundlage beruhen. Eine strafrechtliche Bewertung des Sachverhaltes kann und soll jedoch nicht Gegenstand eines Vergabenachprüfungsverfahrens sein.

FAZIT

- ▶ Das im nationalen Vergaberecht beheimatete Eignungsmerkmal der Zuverlässigkeit ist als solches seit der Reform des Vergaberechts nicht mehr im GWB

bzw. in der VOB/A vorgesehen.

► Die §§ 123, 124 GWB legen nun fest, wann ein Bieter im Rahmen der Auswahl der Teilnehmer von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann bzw. werden muss.

► Nach neuem Vergaberecht kann ein Ausschluss aufgrund einer »nachweislich schweren Verfehlung« auf § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB und bei Bauleistungen ergänzend auf § 6e EU Abs. 6 Nr. 3 VOB/A 2016 gestützt werden.

Jan-Mathias Pflöging

VORTRAGSVERANSTALTUNGEN

I. FRÜHSTÜCKE

Arbeitsrechtsfrühstück

Das Arbeitsrechtsfrühstück der Battke Grünberg Rechtsanwälte PartGmbH findet

- am 24. März 2017, 8.30 Uhr bis 12.00 Uhr
- im Hotel Taschenbergpalais Kempinski Dresden statt.

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

Grünes Frühstück

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

- am 12. Mai 2017, 8.30 Uhr bis 12.00 Uhr
- im Hotel Taschenbergpalais Kempinski Dresden statt.

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

Gesellschaftsrechtsfrühstück

Das Gesellschaftsrechtsfrühstück der Battke Grünberg Rechtsanwälte PartGmbH findet

- am 1. September 2017, 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. ARBEITSRECHT

Thema: Arbeitsrecht für Führungskräfte

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Datum / Ort: 22. März 2017, Dresden

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.rkw-sachsen.de

Thema: Flexible Arbeitszeit – Schlüssel zur Personalbedarfsanpassung

Veranstalter: parikom – Paritätisches Kompetenzzentrum für soziale Innovation GmbH

Datum / Ort: 28. März 2017, Dresden

Referent: Frau Rechtsanwältin Dr. Tina Lorenz

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.parisax.de.

Thema: Stellenbeschreibungen erstellen und anpassen

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

Datum / Ort: 3. April 2017, Moritzburg

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.diakademie.de.

Veranstaltungen
Frühstücke

Veranstaltungen
Arbeitsrecht

Thema: Arbeits- und Zivilrecht - Praxisrelevante Themen

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Datum / Ort: 6. April 2017, Dresden

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.rkw-sachsen.de

Thema: Elternzeit, Pflegezeit, Sabbatical - Freistellungsansprüche von Arbeitnehmer(inne)n

Veranstalter: parikom – Paritätisches Kompetenzzentrum für soziale Innovation GmbH

Datum / Ort: 7. April 2017, Dresden

Referent: Frau Rechtsanwältin Cathleen Schiller

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.parisax.de.

Thema: Arbeitswelt 4.0

Veranstalter: Krankenhausgesellschaft Sachsen e.V.

Datum / Ort: 11. April 2017, Leipzig

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

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

Thema: Arbeitsrecht

Veranstalter: Industrie- und Handelskammer Dresden

Datum / Ort: 26. April 2017, Dresden

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.dresden.ihk.de

Thema: »Ich bin dann mal weg« – Freistellungsansprüche bei Elternzeit, Pflegezeit, Familienpflegezeit und Mutterschutz sowie Sonderurlaub/Sabbaticals

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

Datum / Ort: 4. Mai 2017, Moritzburg

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.diakademie.de.

Thema: Instrumente zur Gewinnung und Bindung qualifizierten Personals

Veranstalter: parikom – Paritätisches Kompetenzzentrum für soziale Innovation GmbH

Datum / Ort: 23. Mai 2017, Dresden

Referent: Frau Rechtsanwältin Dr. Tina Lorenz

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.parisax.de.

Thema: Erfolgreiches Gesundheitsmanagement - Wege zur Reduzierung des Krankenstandes

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

Datum / Ort: 29. Mai 2017, Moritzburg

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.diakademie.de.

Thema: Gewerkschaften Paroli bieten

Veranstalter: Krankenhausgesellschaft Sachsen e.V.

Datum / Ort: 1. Juni 2017, Leipzig

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

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

Veranstaltungen**Thema: Dienst- und Schichtplangestaltung: effizient, flexibel und rechtssicher**

Veranstalter: parikom – Paritätisches Kompetenzzentrum für soziale Innovation GmbH

Datum / Ort: 7. Juni 2017, Dresden

Referent: Frau Rechtsanwältin Dr. Tina Lorenz

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.parisax.de.**Thema: Arbeitsrecht für Führungskräfte**

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Datum / Ort: 15. Juni 2017, Chemnitz

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.rkw-sachsen.de**Thema: Mitarbeiterbeurteilungen, Zielvereinbarungen und Arbeitszeugnisse richtig gestalten**

Veranstalter: parikom – Paritätisches Kompetenzzentrum für soziale Innovation GmbH

Datum / Ort: 30. August 2017, Dresden

Referent: Frau Rechtsanwältin Dr. Tina Lorenz

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.parisax.de.**Thema: Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht**

Veranstalter: Krankenhausgesellschaft Sachsen e.V.

Datum / Ort: 6. September 2017, Leipzig

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.kgs-online.de.**Thema: Richtiger Umgang mit Mitarbeitern – Moderne Instrumente der Personalführung**

Veranstalter: parikom – Paritätisches Kompetenzzentrum für soziale Innovation GmbH

Datum / Ort: 12. September 2017, Dresden

Referent: Frau Rechtsanwältin Dr. Tina Lorenz

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.parisax.de.**Thema: Grundlagen der Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR)**

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

Datum / Ort: 18. und 19. September 2017, Moritzburg

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.diakademie.de.**III. GESELLSCHAFTSRECHT****Thema: 34. Fachanwaltslehrgang Handels- und Gesellschaftsrecht – Verfahrens- und Prozessführung, Gesellschafterstreitigkeiten, menschenrechtliche Bezüge**

Veranstalter: Deutsche Anwaltakademie

Datum / Ort: 19. Mai 2017, Frankfurt a. Main

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ekkehard Nolting

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.anwaltsakademie.de**Thema: Gesellschaftsrecht Intensivkurs - Personengesellschaftsrecht**

Veranstalter: Deutsche AnwaltAkademie

Datum / Ort: 21./22. August 2017, Hamburg

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ekkehard Nolting

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.anwaltakademie.de.

Thema: Die »richtige« haftungsbeschränkte Rechtsform für Architekten

Veranstalter: Akademie der Architektenkammer Sachsen

Datum/ Ort: 12. September 2017, Dresden

Referent: Herr Rechtsanwalt Jörg-Dieter Battke, Herr Rechtsanwalt Dr. Ekkehard Nolting und Herr Rechtsanwalt Jan Rolla

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.aksachsen.org

IV. VERGABERECHT

Thema: VgV - Die rechtssichere Vergabe von Lieferungen und Leistungen – europaweit und national (inkl. Entwurf der Unterschwellenvergabeverordnung)

Veranstalter: SDV Vergabe GmbH

Datum/ Ort: 21. März 2017, 9. Mai 2017, Dresden

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.evergabe.de.

Thema: Vergaberecht 2017 - Das neue Vergaberecht in seiner Struktur und praxisgerechter Anwendung

Veranstalter: SDV Vergabe GmbH

Datum/ Ort: 28. Februar 2017, 25. April 2017, 30. Mai 2017, 13. Juni 2017, Dresden

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.evergabe.de.

Thema: Brennpunkt Vergaberecht: Aktuelle Anwendungsfragen in der Praxis

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

Datum/ Ort: 2. März 2017, Dresden

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.vhw.de.

Thema: Vergaberecht - Effektiver Rechtsschutz in Sachsen, Thüringen und Sachsen-Anhalt

Veranstalter: SDV Vergabe GmbH

Datum/ Ort: 4. April 2017, Dresden

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.evergabe.de.

IX. MEDIZIN- UND SOZIALRECHT

Thema: Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im

Gesundheitswesen - Die neuen Straftatbestände »Bestechlichkeit« und »Bestechung«

Veranstalter: parikom - Paritätisches Kompetenzzentrum für soziale Innovation GmbH

Datum/ Ort: 28. Februar 2017, Dresden

Referent: Herr Rechtsanwalt Sebastian Stücker, M.mel.

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.parisax.de.

Thema: Unwissenheit schützt vor Strafe nicht -

die neuen Straftatbestände Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen

Veranstalter: Diakonische Akademie für Fort- und Weiterbildung

Datum/ Ort: 9. Juni 2017, Moritzburg

Referent: Herr Rechtsanwalt Sebastian Stücker, M.mel.

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.diakademie.de

Thema: Pflegeversicherung von A bis Z – Welche Ansprüche haben Pflegebedürftige?

Veranstalter: parikom – Paritätisches Kompetenzzentrum für soziale Innovation GmbH

Datum / Ort: 4. April 2017, Dresden

Referent: Herr Rechtsanwalt Sebastian Stücker, M.mel.

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.parisax.de

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

Veranstalter: Diakonische Akademie für Fort- und Weiterbildung

Datum / Ort: 8. Mai 2017, Moritzburg

Referent: Herr Rechtsanwalt Sebastian Stücker, M.mel.

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.diakademie.de



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

Verantwortlich: Dr. Ekkehard Nolting

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

BATTKE GRÜNBERG

Rechtsanwälte PartGmbH

Kleine Brüdergasse 3-5

01067 Dresden

T: + 49 351 563 90 0

F: + 49 351 563 90 99

E: info@battke-gruenberg.de

W: www.battke-gruenberg.de