

November 2017

Liebe Leserin, lieber Leser,

Industrie 4.0, das papierlose Büro - die Zeiten ändern sich und auch wir beugen uns dem Trend hin zum elektronischen Rechtsverkehr, zur Digitalisierung und Automatisierung vieler Bereiche unserer Kanzlei und zur Kommunikation über elektronische Medien. Diesem Trend kann sich auch unser Battke Brief nicht ganz entziehen: Ihn wird es ab dem neuen Jahr nur noch in elektronischer Form geben. Soweit Sie auch künftig den Battke Brief beziehen möchten und ihn nicht jetzt schon per E-Mail erhalten, teilen Sie uns bitte einfach Ihre E-Mail-Adresse mit, an die wir ihn versenden dürfen. Darüber hinaus wird er auch weiterhin auf unserer Homepage einsehbar sein. Wir haben uns in der Vergangenheit sehr über zahlreiche lobende Rückmeldungen gefreut, die uns ein großer Ansporn sind, Sie weiterhin auf diesem Wege über aktuelle Entwicklungen zu informieren und wir würden uns natürlich sehr freuen, wenn unser Battke Brief auch weiterhin viele zufriedene Leser fände. Wie wichtig eine regelmäßige Beobachtung der aktuellen Rechtsentwicklung insbesondere in der Rechtsprechung ist, zeigen wiederum zahlreiche Entscheidungen, vor allem aber eine erst kürzlich ergangene Entscheidung des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zur Unwirksamkeit von Schiedsvereinbarungen zwischen Personengeschaftern, über die wir in dieser Ausgabe berichten. Danach dürfte es derzeit kaum eine Schiedsvereinbarung über gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten zwischen Gesellschaftern von Personengesellschaften und kaum ein Vertragsmuster in den gängigen Formularbüchern geben, die diesen Anforderungen gerecht werden. Dieses und viele andere Beispiele, über die wir berichtet haben, zeigen, wie wichtig es ist, Vertragswerke hin und wieder zur Hand zu nehmen und einem Aktualitätscheck zu unterziehen.

Solche Rechtsprechungsänderungen wird es ebenso wie Gesetzesänderungen immer wieder und in allen Rechtsgebieten geben. Darüber möchten wir Sie auch weiterhin in diesem Medium, auf unserer Homepage und im persönlichen Kontakt auf dem Laufenden halten. Deswegen hoffen wir, dass Sie uns gewogen bleiben und wünschen Ihnen für dieses - und ein letztes Mal in physischer Form - eine angenehme und erkenntnisreiche Lektüre.

Ihre Battke Grünberg Rechtsanwälte

N^o 3/2017

> MANDANTENINFORMATION

Schwerpunktthema	02
Gesellschaftsrecht	06
Arbeitsrecht	10
Geistiges Eigentum (IP)	18
Medizin- und Sozialrecht	19
Vergaberecht	21
Internes + Veranstaltungen	23
Impressum	28

SCHWERPUNKTTHEMA

VON FRANK MARTIN THOMSEN
UND KARSTEN MATTHIEß



BETRIEBSRATSWAHLEN 2018

Es ist wieder soweit: Die nächsten regelmäßigen Betriebsratswahlen finden in der Zeit vom 1. März 2018 bis 31. Mai 2018 statt. Das bedeutet auch für Arbeitgeber wieder, sich mit den komplexen und nicht immer leicht verständlichen Vorschriften für die Betriebsratswahlen, die im Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) und in der Wahlordnung (WO) enthalten sind, zu befassen. Denn nur so können sie beurteilen, ob eine Betriebsratswahl ordnungsgemäß erfolgt. Wir stellen Ihnen im nachfolgenden Beitrag die Grundzüge einer Betriebsratswahl vor und gehen dabei auf für Sie wichtige Fragen unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung ein.

Wer darf wählen?

Wahlberechtigt sind alle Arbeitnehmer des Betriebes einschließlich Auszubildende, die am Wahltag dem Betrieb angehören und das 18. Lebensjahr vollendet haben (§ 7 S. 1 BetrVG). Unerheblich ist, ob sie in Teilzeit oder befristet im Betrieb beschäftigt oder deutsche Staatsangehörige sind.

Wahlberechtigt sind auch Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis wegen Elternzeit oder Pflegezeit ruht oder die wegen einer Erkrankung längerfristig abwesend sind. Gekündigte Arbeitnehmer haben nur dann ein Wahlrecht, wenn die Kündigungsfrist am Wahltag noch nicht abgelaufen ist oder sie während des Kündigungsschutzverfahrens tatsächlich weiter beschäftigt werden.

Leiharbeiter sind nach § 7 S. 2 BetrVG wahlberechtigt, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden. Das Wahlrecht besteht dann vom ersten Tag der Überlassung an und nicht erst nach Ablauf eines dreimonatigen Beschäftigungszeitraumes.

Demgegenüber sind Altersteilzeitarbeitnehmer während der Freistellungsphase nicht wahlberechtigt. Mit Beginn der Freistellungsphase endet nämlich ihre Eingliederung in den Betrieb.

Wer kann gewählt werden?

Wählbar sind alle wahlberechtigten Arbeitnehmer, die dem Betrieb am Wahltag mindestens sechs Monate angehören. Auf die sechsmonatige Betriebszugehörigkeit werden Zeiten angerechnet, in denen der Arbeitnehmer unmittelbar vorher einem anderen Betrieb desselben Unternehmens oder Konzerns angehört hat (§ 8 Abs. 1 BetrVG). Unerheblich ist auch hier, ob die Arbeitnehmer in Teilzeit oder befristet im Betrieb beschäftigt oder deutsche Staatsangehörige sind.

Gekündigte Arbeitnehmer, die Kündigungsschutzklage erhoben haben, bleiben auch dann wählbar, wenn die Betriebsratswahl erst nach Ablauf der Kündigungsfrist stattfindet oder sie während des Kündigungsschutzverfahrens nicht tatsächlich weiter beschäftigt werden. Im Falle ihrer Wahl sind sie jedoch bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens an der Ausübung des Betriebsratsamtes verhindert.

Leiharbeiter sind im Entleiherbetrieb nach § 14 Abs. 2 S. 1 AÜG nicht wählbar. Allerdings sind nach dem Beschluss des Bundesarbeitsgericht vom 10. Oktober 2012 (Az.: 7 ABR 53/11) Beschäftigungszeiten als Leiharbeiter auf die für eine Wählbarkeit erforderliche sechsmonatige Dauer der Betriebszugehörigkeit anzurechnen, wenn der Arbeitnehmer im unmittelbaren Anschluss an die Überlassung in ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher übernommen wird.

Wie viele Mitglieder hat der Betriebsrat?

Die Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder ist in § 9 BetrVG geregelt. Sie richtet sich nach der Zahl der - wahlberechtigten - Arbeitnehmer, die in der Regel in einem Betrieb beschäftigt sind, nach folgender Staffel:

- 5 bis 20 Arbeitnehmer – 1 Mitglied,
- 21 bis 50 Arbeitnehmer – 3 Mitglieder,
- 51 bis 100 Arbeitnehmer – 5 Mitglieder,
- 101 bis 200 Arbeitnehmer – 7 Mitglieder,
- 201 bis 400 Arbeitnehmer – 9 Mitglieder,
- 401 bis 700 Arbeitnehmer – 11 Mitglieder,
- ...

Die Anzahl der »in der Regel in einem Betrieb Beschäftigten« ist nicht nur anhand des Personalbestandes in der Vergangenheit zu bemessen. Auch künftige Entwicklungen aufgrund konkreter Entscheidungen des Arbeitgebers sind zu berücksichtigen. Unberücksichtigt bleiben vorübergehende Schwankungen.

Bereits gekündigte Arbeitnehmer zählen nicht mit, wenn deren Arbeitsplätze nicht neu besetzt werden, sondern dauerhaft entfallen sollen. Leiharbeiter, die in der Regel im Betrieb beschäftigt werden, sind zu berücksichtigen (Bundesarbeitsgericht, 13. März 2013, Az.: 7 ABR 69/11).

Wie muss der Betriebsrat zusammengesetzt sein?

Der Betriebsrat soll sich nach § 15 Abs. 1 BetrVG möglichst aus Arbeitnehmern der einzelnen Organisationsbereiche und der verschiedenen Beschäftigungsarten der im Betrieb tätigen Arbeitnehmer zusammensetzen. Die Regelung ist jedoch nicht zwingend.

Demgegenüber muss nach § 15 Abs. 2 BetrVG das Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit ist, mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein, wenn dieser mindestens aus drei Mitgliedern besteht. In § 15 Abs. 5 der WO sind Einzelheiten zu dieser Vorschrift geregelt, die erheblichen Einfluss auf die Zusammensetzung des Betriebsrates nehmen kann.

Wie läuft eine Betriebsratswahl ab?

Der Betriebsrat hat durch Mehrheitsbeschluss rechtzeitig vor Ablauf seiner Amtszeit einen aus drei Wahlberechtigten bestehenden Wahlvorstand und einen

von ihnen als Vorsitzenden zu bestellen. Die Zahl der Wahlvorstandsmitglieder kann – auf eine ungerade Zahl – erhöht werden, wenn dies zur ordnungsgemäßen Durchführung der Wahl erforderlich ist. Dies ist in Großbetrieben in der Regel der Fall, wenn in mehreren Wahllokalen gleichzeitig gewählt werden kann. Die Bestellung von Ersatzmitgliedern ist möglich.

Der Wahlvorstand leitet die Betriebsratswahl. Er hat eine Wählerliste aufzustellen. Der Arbeitgeber ist insoweit verpflichtet, dem Wahlvorstand die für die Anfertigung der Wählerliste erforderlichen Auskünfte und Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Die Wählerliste ist bis zum Tag vor Beginn der Stimmabgabe insbesondere um eintretende und ausscheidende Arbeitnehmer fortlaufend zu aktualisieren. Zu beachten ist, dass das aktive und passive Wahlrecht nur den Arbeitnehmern zusteht, die in der Wählerliste eingetragen sind (§ 2 Abs. 3 WO).

Die Betriebsratswahl ist mit dem Erlass (Aushang) des Wahlausschreibens eingeleitet, das die Arbeitnehmer über die Grundzüge der Betriebsratswahl und die wesentlichen Förmlichkeiten informiert. Der Inhalt des Wahlausschreibens ist in § 3 Abs. 2 WO zwingend vorgegeben. Da Fehler im Wahlausschreiben in zahlreichen Fällen zu einer erfolgreichen Anfechtung der Betriebsratswahl führen können (z. B. Angabe einer falschen Zahl von Betriebsratsmitgliedern), empfiehlt es sich auch für Arbeitgeber, die Angaben im Wahlausschreiben auf ihre Richtigkeit zu prüfen.

Ein Abdruck des Wahlausschreibens und der Wählerliste sowie der Wahlordnung sind bis zum Abschluss der Stimmenabgabe an einer geeigneten Stelle im Betrieb auszuhängen bzw. auszulegen.

Wahlverfahren

Zur Wahl des Betriebsrates können die wahlberechtigten Arbeitnehmer und die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften binnen einer bestimmten Frist Wahlvorschläge unterbreiten. Jeder Wahlvorschlag der Arbeitnehmer muss von einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern unterzeichnet sein (»Stützunterschriften«): Nämlich von mindestens 1/20 der wahlberechtigten Arbeitnehmer, mindestens

jedoch von drei wahlberechtigten Arbeitnehmern. In Betrieben mit in der Regel bis zu 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern genügt die Unterzeichnung durch zwei Wahlberechtigte. In jedem Fall ausreichend ist die Unterzeichnung durch 50 wahlberechtigte Arbeitnehmer.

Die Betriebsratswahl wird in Betrieben mit mehr als 50 Arbeitnehmern grundsätzlich aufgrund von Vorschlagslisten durchgeführt (§ 6 WO). Der Wähler kann seine Stimme nur für eine Vorschlagsliste abgeben.

Wird nur ein Wahlvorschlag eingereicht oder erfolgt die Betriebsratswahl im sog. vereinfachten Wahlverfahren für Kleinbetriebe mit bis zu 50 wahlberechtigten Arbeitnehmern (§ 14a BetrVG), wird nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl gewählt. Der Wähler kann auf seinem Stimmzettel so viele Kandidaten ankreuzen, wie Betriebsratsmitglieder zu wählen sind. Die Gesamtstimmenzahl der einzelnen Kandidaten entscheidet über die Verteilung der Betriebsratssitze. In Betrieben mit in der Regel 51 bis 100 wahlberechtigten Arbeitnehmern können der Wahlvorstand und der Arbeitgeber die Anwendung des vereinfachten Wahlverfahrens vereinbaren.

Der Betriebsrat wird in geheimer und unmittelbarer Wahl gewählt. Die Stimmabgabe erfolgt durch Abgabe von Stimmzetteln in den hierfür bestimmten Wahlumschlägen. Der Wahlvorstand muss die Stimmen öffentlich auszählen und das Wahlergebnis bekannt geben. Die als Betriebsratsmitglieder gewählten Arbeitnehmer sind unverzüglich schriftlich über ihre Wahl zu benachrichtigen. Lehnen diese die Wahl nicht binnen drei Tagen nach Zugang ab, gilt die Wahl als angenommen.

Der Wahlvorstand hat eine Wahlniederschrift anzufertigen. Eine Abschrift der Wahlniederschrift ist dem Arbeitgeber zu übersenden.

Bedarf es eines bestimmten Quorums?

Die Wirksamkeit der Betriebsratswahl setzt nicht voraus, dass mindestens ein bestimmter Prozentsatz der Belegschaft an der Wahl teilnimmt. Sie ist auch gültig, wenn ein Großteil der Belegschaft die Wahl »boykottiert« oder aus fehlendem Interesse nicht wählt. Der Boykott ist daher kein Mittel, die Wiederwahl eines sich erneut zur Wahl stellenden Betriebsrats zu ver-

hindern. Wollen die Beschäftigten Änderungen in der Besetzung des Betriebsrates herbeiführen, hilft nur, wählbare Arbeitnehmer dafür zu gewinnen, sich zur Wahl zu stellen und selbst die Stimme abzugeben.

Darf der Arbeitgeber »Partei« ergreifen?

Der Arbeitgeber ist im Wahlkampf zur Neutralität verpflichtet und hat sich jeglicher Wahlwerbung zu enthalten. Finanzielle und sonstige Unterstützung nur einzelner Gruppen sind unzulässig. Der Arbeitgeber darf aber allgemein auf die Bedeutung der Betriebsratswahl hinweisen.

Wer trägt die Kosten?

Die zur ordnungsgemäßen Durchführung der Wahl erforderlichen Kosten trägt der Arbeitgeber. Dazu gehören neben den Sachkosten der Geschäftsführung des Wahlvorstandes (z. B. Telefon, Porto, Stimmzettel, Wahlurne, ...) und persönlichen Kosten der Wahlvorstandsmitglieder (z. B. Schulungskosten) auch die Fortzahlung des Arbeitsentgeltes für die Arbeitszeit, die die Wahlvorstandsmitglieder wegen der Beteiligung im Wahlvorstand versäumen.

Gibt es Rechtsschutzmöglichkeiten während einer laufenden Betriebsratswahl?

Das Bundesarbeitsgericht hat in seinem Beschluss vom 27. Juli 2011 (Az.: 7 ABR 61/10) zu der umstrittenen Frage Stellung genommen, ob der Abbruch einer Betriebsratswahl im Wege einer einstweiligen Verfügung nur bei deren voraussichtlicher Nichtigkeit oder schon bei ihrer sicheren Anfechtbarkeit erfolgen kann. Es hat dazu entschieden, dass eine Betriebsratswahl nur abgebrochen werden könne, wenn sie voraussichtlich nichtig sei. Die bloße Anfechtbarkeit einer Betriebsratswahl genüge nicht. Danach dürfte ein Arbeitgeber nur noch in krassen Ausnahmefällen den Abbruch einer Betriebsratswahl erwirken können.

Demgegenüber sind Eingriffe in das laufende Wahlverfahren im Wege einer einstweiligen Verfügung möglich, wenn noch korrigierbare Fehler berichtigt werden sollen. Ausreichend ist, dass der Fehler die Betriebsratswahl anfechtbar macht (z. B. Korrektur der Wählerliste, Zulassung zu Unrecht beanstandeter Wahlvorschlagslisten).

Wann ist eine Betriebsratswahl nichtig/anfechtbar?

Eine Betriebsratswahl ist nichtig, wenn die Voraussetzungen für eine Betriebsratswahl überhaupt nicht gegeben sind oder wenn bereits der äußere Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Wahl fehlt. Es muss vom Standpunkt eines mit den Betriebsinterna vertrauten Beobachters ein grober offensichtlicher Verstoß gegen wesentliche gesetzliche Verfahrensregelungen vorliegen. Diese Voraussetzungen liegen nur in besonderen Ausnahmefällen vor (z. B. Bildung eines Betriebsrats durch Zuruf; offensichtliche Verkennung des Betriebsbegriffes).

Anfechtbar ist eine Betriebsratswahl gemäß § 19 Abs. 1 BetrVG, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden und eine Berichtigung nicht erfolgt ist. Der Verstoß muss zudem zu einem anderen Wahlergebnis geführt haben oder hätte führen können.

Beispiele:

- Nichtzulassung von wahlberechtigten Arbeitnehmern
- Zulassung von nicht Wahlberechtigten zur Wahl
- Zulassung nicht wählbarer Arbeitnehmer als Wahlkandidaten
- Unrichtige Ermittlung der Mindestanzahl von Betriebsratsmitgliedern für das in der Minderheit befindliche Geschlecht
- Zulassung nicht ordnungsgemäßer Wahlvorschläge
- Generelle Zulassung der Briefwahl ohne Vorliegen der Voraussetzungen der WO
- Zu große Abweichung zwischen der Anzahl der in der Wahlurne befindlichen Stimmzettel und der Anzahl der Stimmabgabenvermerke in der Wählerliste, die das Wahlergebnis beeinflussen können (vgl. Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 12. Juni 2013, Az.: 7 ABR 77/11).

Eine Betriebsratswahl kann nur binnen einer Frist von zwei Wochen vom Tag der Bekanntgabe des Wahlergebnisses an gerechnet beim Arbeitsgericht angefochten werden. Zur Anfechtung berechtigt ist neben drei wahlberechtigten Arbeitnehmern oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft auch der Arbeitgeber. Die Anfechtung der Betriebsratswahl wirkt allerdings nur für die Zukunft. Bis zum Abschluss

des Wahlanfechtungsverfahrens, das durchaus zwei Jahre dauern kann, bleibt der – nicht ordnungsgemäß gewählte – Betriebsrat mit allen Rechten und Pflichten nach dem Betriebsverfassungsgesetz im Amt.

Welcher Sonderkündigungsschutz gilt?

Mitglieder des Wahlvorstandes und Wahlbewerber unterfallen dem Sonderkündigungsschutz nach § 15 Abs. 3 KSchG. Danach ist die Kündigung eines Mitgliedes eines Wahlvorstandes vom Zeitpunkt seiner Bestellung an, die Kündigung eines Wahlbewerbers vom Zeitpunkt der Aufstellung des Wahlvorschlages an, jeweils bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen und dass die nach § 103 BetrVG erforderliche Zustimmung des Betriebsrates vorliegt oder durch eine gerichtliche Entscheidung ersetzt ist.

Nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses schließt sich ein nachwirkender Kündigungsschutz für die Dauer von sechs Monaten an. In dieser Zeit können Mitglieder des Wahlvorstandes und Wahlbewerber grundsätzlich nur aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden.

FAZIT

- ▶ Betriebsratswahlen sind ein hoch komplexer und fehleranfälliger Vorgang. Arbeitgeber sollten im eigenen Interesse bestrebt sein, die Betriebsratswahl kritisch zu begleiten und zu prüfen, ob sie ordnungsgemäß durchgeführt wird.
- ▶ Fehler der Betriebsratswahl belasten Arbeitgeber nämlich mit erheblichen Kosten. Sie können zu einer Anfechtung der Betriebsratswahl führen, deren erforderliche Kosten (und – bei Erfolg – auch die erforderlichen Kosten einer Neuwahl) der Arbeitgeber zu tragen hat.
- ▶ Die Chancen des Arbeitgebers, einen Wahlabbruch wegen Fehlern herbeizuführen, sind nach dem Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 27. Juli 2011 (Az.: 7 ABR 61/10) sehr begrenzt. Lediglich korrigierende Eingriffe in das Wahlverfahren sind jedoch möglich.

UNWIRKSAMKEIT EINES SATZUNGSDURCHBRECHENDEN BESCHLUSSES ZUR VERTRETUNGSREGELUNG

Gesellschaftsrecht

Die Möglichkeit der Durchbrechung von Regelungen des Gesellschaftsvertrages durch Beschluss der Gesellschafter (»Satzungsdurchbrechung«) ist für die GmbH anerkannt. Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine Satzungsdurchbrechung zulässig, wenn für einen bestimmten Einzelfall durch Beschluss von den Bestimmungen der Satzung abgewichen wird. Unzulässig sind hingegen Satzungsdurchbrechungen, die Dauerwirkung entfalten.

Mit der Zulässigkeit einer Satzungsdurchbrechung beschäftigt sich die Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 25. Juli 2017 (Az.: 31 Wx 194/17). Das Gericht hatte zu entscheiden, ob der Beschluss der Gesellschafter einer GmbH als zulässige Satzungsdurchbrechung im Handelsregister eingetragen werden kann. Der zur Eintragung angemeldete Beschluss sah vor, dass der Geschäftsführer nur gemeinsam mit einem anderen Geschäftsführer oder einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft (sog. unechte Gesamtvertretung) berechtigt sein soll. Dem gegenüber bestimmt die abstrakte Vertretungsregelung des Gesellschaftsvertrages, dass im Falle der Bestellung nur eines Geschäftsführers dieser zur alleinigen Vertretung der Gesellschaft befugt ist (»Alleinvertretungsbefugnis«).

Das Oberlandesgericht München verneinte die Eintragungsfähigkeit des Gesellschafterbeschlusses, da die beabsichtigte Vertretungsregelung sich nicht

nur auf den Einzelfall beschränkt, sondern auch in der Zukunft Wirkung entfalten würde. Satzungsdurchbrechungen mit Dauerwirkung sind allerdings gerade unzulässig.

Hinzu tritt nach Auffassung des Gerichts, dass der Eintragung des Beschlusses auch die beabsichtigte Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers im Rahmen der unechten Gesamtvertretung (d. h. Geschäftsführer und Prokurist vertreten gemeinsam) entgegensteht. Sofern nur ein Geschäftsführer bestellt ist, könne dieser die Gesellschaft ohne Mitwirkung des Prokuristen nicht vertreten. Dem steht aber die im Gesellschaftsvertrag geregelte Alleinvertretungsbefugnis des einzigen Geschäftsführers entgegen, wonach dieser zur Vertretung der Gesellschaft ohne Mitwirkung weiterer Personen befugt ist.

FAZIT

- ▶ Eine Satzungsdurchbrechung durch Gesellschafterbeschluss ist lediglich zulässig, sofern es sich um eine Einzelfallregelung ohne Dauerwirkung handelt.
- ▶ Gesellschafterbeschlüsse, die die Vertretungsberechtigung von Geschäftsführern betreffen, müssen sich an den diesbezüglichen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages orientieren. Hiervon abweichende Beschlüsse laufen Gefahr, nicht eintragungsfähig zu sein.

Jörg-Dieter Battke

TITELVOLLSTRECKUNG BEI RECHTSFORM- UND FIRMENÄNDERUNG DES GLÄUBIGERS

§ 750 Abs. 1 ZPO bestimmt, dass die Zwangsvollstreckung aus einem Titel grundsätzlich nur durch den im Titel respektive in der beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichneten Gläubiger gegenüber dem namentlich bezeichneten Schuldner erfolgen darf, sofern der Titel bereits zugestellt worden ist. Eine zwischenzeitliche Änderung der Rechtsform oder der Firma des Gläubigers muss grundsätzlich in Form einer sogenannten Beischreibung auf dem Titel vermerkt werden, um eine umfangreiche Überprüfung durch die Vollstreckungsorgane zu

vermeiden und den Beginn der Zwangsvollstreckung nicht zu verzögern.

Bereits in vergangenen Entscheidungen hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass auf einen solchen Vermerk verzichtet werden könne, sofern die Personenidentität zwischen der im Titel bezeichneten Person und dem Vollstreckungsgläubiger durch entsprechende Urkunden zweifelsfrei nachgewiesen werden könne. Durch Beschluss vom 17. Mai 2017 (Az.: VII ZB 64/16) hat der Bundesgerichtshof diese Sichtweise noch einmal bekräftigt. Der Entscheidung

liegt die Rechtsbeschwerde einer OHG zugrunde, welche die Untersagung der Erteilung eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses angegriffen hatte. Ein solcher war ihr nicht erteilt worden, weil im zugrundeliegenden Vollstreckungsbescheid eine, im Übrigen namensidentische, GbR als Gläubigerin ausgewiesen war. Die Antragstellerin versuchte mittels einer notariell beglaubigten Abschrift ihrer Handelsregisteranmeldung sowie entsprechender Gewerbeanmeldungen den identitätswahrenden Rechtsformwechsel nachzuweisen.

Der Bundesgerichtshof ließ dies als Beweismittel nicht ausreichen, da sich die Personenidentität nicht zweifelsfrei ergeben habe. Es sei nicht ausreichend, dass sich aus den vorgelegten Urkunden erkennen ließe, dass der Gläubiger bereits vorher in einer anderen

Rechtsform tätig gewesen sei. Auch die Tatsache der Namensgleichheit genüge als Nachweis nicht. Es müsse vielmehr aus den Urkunden erkennbar sein, dass der Vollstreckungsgläubiger bereits mit der gleichen Tätigkeit in der im Titel bezeichneten Rechtsform am Rechtsverkehr teilgenommen habe.

FAZIT

► Auf den Vermerk des Rechtsformwechsels des Gläubigers auf einem vollstreckbaren Titel kann verzichtet werden, wenn der Wechsel durch Urkunden zweifelsfrei nachgewiesen wird.

► Erforderlich ist hierfür der zweifelsfreie Nachweis der Personenidentität zwischen dem Vollstreckungsgläubiger und dem im Titel ausgewiesenen Gläubiger.

Jörg-Dieter Battke/Ass. iur. Anja Schneider

ALTERSBEDINGTE KÜNDIGUNG EINES GMBH-FREMDGESCHÄFTSFÜHRERS KEINE DISKRIMINIERUNG NACH DEM AGG BEI GEWÄHRUNG VOLLER ALTERSRENTE

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz verbietet u. a. Benachteiligungen aus Altersgründen in den Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich Entlassungsbedingungen (§§ 1, 2 AGG). Klauseln, die hiergegen verstoßen, sind nichtig (§ 7 Abs. 2 AGG), wenn sie nicht ausnahmsweise nach § 10 AGG gerechtfertigt sind.

Anwendbar sind diese Bestimmungen auf Arbeitnehmer; für Organe – wie Geschäftsführer und Vorstände – gelten sie nur insoweit, als der Zugang zur Erwerbstätigkeit oder der Aufstieg betroffen ist. Vom Bundesgerichtshof bisher nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob (Fremd-)Geschäftsführer ebenfalls »Arbeitnehmer« i. S. d. Vorschriften sind mit der Folge, dass für sie auch die Verbote für die Beendigung des Anstellungsvertrags gelten und ob eine altersbedingte Beendigung des Anstellungsvertrags aus betrieblichen Gründen gerechtfertigt sein kann. Dazu wird der Bundesgerichtshof nun anlässlich einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm (Urteil vom 19. Juni 2017, Az.: 8 U 18/17) Gelegenheit haben:

Der befristete Anstellungsvertrag mit einem Fremdgeschäftsführer einer GmbH sah die Kündigungsmöglichkeit auch während der Befristung

nach Erreichen des 61. Lebensjahres vor. Dem Geschäftsführer sollte in diesem Fall die zugesagte betriebliche Altersrente in voller Höhe ab dem Zeitpunkt der Beendigung zustehen. Das Oberlandesgericht ließ dahinstehen, ob auf den Geschäftsführer als Organ das Verbot der Altersdiskriminierung bei Beendigung des Anstellungsvertrags überhaupt gelte, hielt die Klausel aber aus betrieblichen Gründen für gerechtfertigt. Aufgrund des hohen Anforderungsprofils seien bei Organen auch Unternehmensinteressen besonders zu berücksichtigen. Die Unternehmen müssten ausreichend Gelegenheit haben, für diese Schlüsselposition rechtzeitig einen geeigneten Nachfolger aufzubauen. Wenn der Geschäftsführer – wie hier – seine volle Altersrente erhalte und sozial abgesichert sei, stünden dem auch keine wesentlichen Interessen des Geschäftsführers entgegen.

Die Revision ist beim Bundesgerichtshof unter Az. II ZR 244/17 anhängig. Auf den Ausgang wird man gespannt sein dürfen, da das Urteil des Oberlandesgerichts Hamm mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht in Einklang zu bringen sein dürfte. Zunächst hat der Europäische Gerichtshof bereits wiederholt in anderem Zusammenhang

entschieden, dass auch GmbH-Fremdgeschäftsführer aufgrund ihrer Weisungsunterworfenheit nach § 37 GmbHG »Arbeitnehmer« im europarechtlichen Sinne sind. Damit ist für sie das AGG in vollem Umfang – also einschließlich Diskriminierungsverbot aus Anlass der Beendigung des Anstellungsverhältnisses – wie für Arbeitnehmer anwendbar. Die Ausnahmevorschrift des § 10 AGG, wonach eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters unter bestimmten Umständen gerechtfertigt sein kann, geht auf Art. 6 der einschlägigen EU-Richtlinie zurück. Und dazu hat der Europäische Gerichtshof bereits festgestellt, dass die Vorschrift eng auszulegen ist und dass als Rechtfertigungsgründe nur im Allgemeininteresse liegende sozialpolitische Gründe aus den dort genannten Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung, nicht hingegen einzelbetriebliche Interessen in Betracht kommen. Zwar hat er dem nationalen Gesetzgeber zugestanden, den Arbeitgebern bei den rechtmäßigen Zielen einen »gewissen Grad an Flexibilität« einräumen zu können. Davon hat der deutsche Gesetzgeber in § 10 S. 3 AGG Gebrauch gemacht. Dort ist aber nur eine Vereinbarung freigestellt, die die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung zu einem Zeitpunkt vorsieht, zu dem der Arbeitnehmer eine Altersrente beantragen kann. Damit war das gesetzliche Renteneintrittsalter gemeint. Ob

diese Klausel auch auf betriebliche Rentenzusagen – wie hier – anwendbar ist, ist zumindest bei der engen Auslegung, die der Europäische Gerichtshof verlangt, zweifelhaft. Der Bundesgerichtshof hatte zuletzt den Hinweis des Europäischen Gerichtshofs dahin verstanden, dass generell bei Geschäftsführern auch betriebliche Rechtfertigungsgründe berücksichtigt werden dürften. Das ist jedoch nicht richtig: Der Europäische Gerichtshof hatte ausdrücklich nur dem Gesetzgeber entsprechende Ausnahmevorschriften freigestellt. Soweit der Gesetzgeber aber davon keinen Gebrauch gemacht hat, dürfen betriebliche Gründe bei der Rechtfertigung einer einzelvertraglichen Regelung keine Rolle spielen.

Bei der Gestaltung von Geschäftsführeranstellungsverträgen sollte aufgrund der Unsicherheit auf altersbezogene Kündigungsregeln verzichtet werden. Es gibt ausreichend Möglichkeiten, Geschäftsführeranstellungsverträge, die keinem besonderen Kündigungsschutz unterliegen, jederzeit ordentlich zu kündigen und solches im Anstellungsvertrag altersunabhängig vorzusehen.

FAZIT

► In Geschäftsführeranstellungsverträgen sollte auf altersbedingte Kündigungsregelungen verzichtet werden.

Dr. Ekkehard Nolting

NICHTIGKEIT VON SCHIEDSVEREINBARUNGEN ZWISCHEN GESELLSCHAFTERN BEI PERSONENGESELLSCHAFTEN

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in einer Entscheidung vom 6. April 2017 (Az.: I ZB 23/16) festgestellt, dass an Schiedsvereinbarungen über Beschlussmängelstreitigkeiten zwischen Gesellschaftern von Personengesellschaften – im konkreten Fall einer Kommanditgesellschaft – dieselben Anforderungen zu stellen seien wie an Schiedsklauseln in GmbH-Satzungen; andernfalls sollen sie nichtig sein. Zu letzteren hatte der für das Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat im Jahr 2008 die Anforderungen konkretisiert: Die Schiedsklausel muss vorsehen, dass ein Schiedsurteil sämtliche Gesellschafter und die Gesellschaft selbst bindet unabhängig davon, ob

sie am Schiedsverfahren beteiligt waren oder nicht. Deswegen muss aber aus Gründen des Rechtsstaatsgebots und des rechtlichen Gehörs die Klausel zwingend vorsehen, dass der GmbH-Geschäftsführer verpflichtet ist, alle Gesellschafter von der Einleitung eines Schiedsverfahrens zu unterrichten, alle müssen die Möglichkeit haben, sich am Verfahren einschließlich der Bestellung der Schiedsrichter zu beteiligen und die Einleitung paralleler Schiedsverfahren muss ausgeschlossen werden. Dieselben Anforderungen stellt nun der I. Zivilsenat auch an Schiedsvereinbarungen zwischen Personengesellschaftern. Und er fordert zudem, dass sämtliche Gesellschafter der

Schiedsvereinbarung beitreten müssen; schließt etwa ein neu eintretender Gesellschafter nicht zusätzlich mit den übrigen Gesellschaftern eine Schiedsvereinbarung, soll die Schiedsvereinbarung auch zwischen denjenigen Gesellschaftern nichtig sein bzw. werden, die sie untereinander bereits abgeschlossen hatten. Die Folge wäre, dass Beschlussmängelstreitigkeiten, die aus guten Gründen nicht öffentlich im Gerichtssaal verhandelt werden sollen, vor staatlichen Gerichten auszutragen wären.

Die Entscheidung hat in gesellschaftsrechtlichen Fachkreisen und auch beim II. Zivilsenat großes Erstaunen und in der Kautelarpraxis zu einigem Entsetzen geführt: Der I. Zivilsenat verkennt vollkommen die wesentlichen strukturellen Unterschiede zwischen Kapital- und Personengesellschaften. Die Gründe, aus denen der II. Zivilsenat die Anforderungen an Schiedsklauseln in GmbH-Satzungen gestellt hat, sind mit den Verhältnissen bei Personengesellschaften nicht vergleichbar. So ist anerkannt, dass Schieds(Urteile) Bindungswirkung nur zwischen den Parteien haben, die am Verfahren beteiligt waren; anders als bei der GmbH gibt es keine Erstreckung dieser Wirkung auf weitere Gesellschafter. Die Schiedsvereinbarung wird von den Gesellschaftern untereinander abgeschlossen; an sie sind nur die Gesellschafter gebunden, die ihr beigetreten sind. Bei der GmbH ist die Schiedsklausel Satzungsbestandteil, an die jeder neu eintretende Gesellschafter automatisch gebunden ist.

Das Problem für die Gestaltungspraxis besteht darin, dass es einerseits wohl kaum eine Schiedsvereinbarung zwischen Personengesellschaftern gibt, die diesen Anforderungen genügt, mithin nach Auffassung des Senats alle Schiedsvereinbarungen nichtig wären, andererseits wegen der Strukturunterschiede eine einfache Kopie von Schiedsvereinbarungen, wie sie in GmbH-Satzungen inzwischen verwendet werden, nicht möglich ist, bevor nicht auch detaillierte Regelungen zum Beschlussmängelrecht in die Gesellschaftsverträge eingearbeitet sind. Schließlich ist künftig besonders darauf zu achten, dass neu eintretende Gesellschafter auch der Schiedsvereinbarung formwirksam beitreten; sollte das vergessen werden, wird nach Auffassung des I. Zivilsenats dadurch die Schiedsvereinbarung auch im Verhältnis zwischen den anderen (Alt-)Gesellschaftern unwirksam.

FAZIT

- ▶ Schiedsvereinbarungen zwischen Personengesellschaftern bedürfen dringend der Überarbeitung, da sie andernfalls nichtig sind; dabei sind auch die Gesellschaftsverträge anzupassen.
- ▶ Bei Eintritt neuer Gesellschafter ist besonders peinlich darauf zu achten, dass die Altgesellschafter mit ihnen auch eine Schiedsvereinbarung für Beschlussmängelstreitigkeiten abschließen.

Dr. Ekkehard Nolting

WIRKSAMKEIT EINES GESELLSCHAFTERBESCHLUSSES ÜBER DIE ABBERUFUNG EINES GMBH-GESELLSCHAFTER-GESCHÄFTSFÜHRERS AUS WICHTIGEM GRUND

Die organschaftliche Bestellung eines GmbH-Geschäftsführers kann jederzeit durch Beschluss der Gesellschafter widerrufen werden, ohne dass es hierfür eines Abberufungsgrundes bedarf. Anderes gilt, wenn der Gesellschaftsvertrag eine Abberufung nur aus wichtigem Grund zulässt (§§ 38, 47 GmbHG).

An diese Ausgangssituation knüpft das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 4. April 2017 (Az.: II ZR 77/16) an. In Übereinstimmung mit den in der Rechtsprechung und dem Schrifttum bestehen Auffassungen stellte der Bundesgerichtshof zunächst

fest, dass ein Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Beschlussfassung über seine reguläre Abberufung keinem Stimmverbot unterliegt. Allerdings gilt dies nicht, wenn die Abberufung aus wichtigem Grund erfolgt. In diesen Fällen unterliegt der betroffene Gesellschafter-Geschäftsführer einem Stimmverbot, da er anderenfalls in unzulässiger Weise zum »Richter in eigener Sache« werden würde. Welche konkreten Voraussetzungen im Einzelfall an das Stimmverbot zu stellen sind, ist im Schrifttum und der Rechtsprechung umstritten. Der Bundesgerichtshof hielt eine

Entscheidung dieses Meinungsstreits im vorliegenden Urteil für entbehrlich.

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs ist nämlich für die Wirksamkeit des Abberufungsbeschlusses allein darauf abzustellen, ob im Zeitpunkt der Beschlussfassung tatsächlich ein wichtiger Grund für die Abberufung vorgelegen hat. Liegt ein wichtiger Grund zur Abberufung vor, ist sie in jedem Fall rechtmäßig unabhängig davon, ob der Betroffene zunächst mitgewirkt hat oder nicht; liegt kein wichtiger Grund vor, kann er ebenfalls nicht abberufen werden, auch wenn das eine Minderheit zunächst beschließen mag, weil sie die Stimme des betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführers nicht mitgezählt hat.

Für den Gesellschafterbeschluss über die Kündigung des Anstellungsvertrages aus wichtigem Grund gilt nach Auffassung des Bundesgerichtshofs nichts anderes.

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen des wichtigen Grundes trifft nach der ständigen

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs denjenigen, der sich darauf beruft, in der Regel also die Gesellschaft bzw. die abberufenden Gesellschafter.

FAZIT

- ▶ Gesellschafterbeschlüsse, die die Abberufung und/oder die Kündigung des Anstellungsvertrages eines Gesellschafter-Geschäftsführers aus wichtigem Grund betreffen, führen nur dann zum gewünschten Erfolg, wenn im Zeitpunkt der Beschlussfassung tatsächlich ein wichtiger Grund vorlag.
- ▶ Auf die Frage, ob der betroffene Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Abstimmung über die Abberufung und/oder der Kündigung einem Stimmverbot unterlag, kommt es nicht an.
- ▶ Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines wichtigen Grundes trägt derjenige, der sich hierauf beruft.

Jörg-Dieter Battke

DAS NEUE ENTGELTRANSPARENZGESETZ – VIEL BÜROKRATIE UND WENIG STÄRKUNG DER RECHTSSTELLUNG DER BESCHÄFTIGTEN

Am 6. Juli 2017 trat das Gesetz zur Förderung von Transparenz von Entgeltstrukturen (Entgelttransparenzgesetz - EntgTranspG) in Kraft. Ziel des Gesetzes ist es, das Gebot des gleichen Entgelts für Frauen und Männer bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durchzusetzen. Dies ist in § 1 EntgTranspG ausdrücklich normiert. Das schafft das neue Gesetz aber nur teilweise, denn Beschäftigte erhalten zwar einen umfassenden Auskunftsanspruch, haben aber wenig Möglichkeiten bei ordnungsgemäßer Auskunftserfüllung.

Im Einzelnen: § 7 EntgTranspG normiert ein Entgeltgleichheitsgebot für gleiche bzw. gleichwertige Arbeit bei Männern und Frauen. Nach § 3 EntgTranspG sind Entgeltbenachteiligungen wegen des Geschlechts verboten: Eine unmittelbare Entgeltbenachteiligung liegt nach § 3 Abs. 2 EntgTranspG vor, wenn eine Beschäftigte oder ein Beschäftigter wegen des Geschlechts bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit ein geringeres Entgelt erhält als eine Beschäftigte oder

ein Beschäftigter des jeweils anderen Geschlechts erhält, erhalten hat oder erhalten würde. Eine unmittelbare Benachteiligung liegt auch im Falle eines geringeren Entgelts einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft vor.

Eine nach § 3 Abs. 3 EntgTranspG ebenfalls verbotene mittelbare Entgeltbenachteiligung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Beschäftigte wegen des Geschlechts gegenüber Beschäftigten des jeweils anderen Geschlechts in Bezug auf das Entgelt in besonderer Weise benachteiligen können. Eine Ausnahme besteht nur, wenn die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Insbesondere arbeitsmarkt-, leistungs- und arbeitsergebnisbezogene Kriterien können ein unterschiedliches Entgelt rechtfertigen, sofern der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet wurde.

Das Gesetz bestimmt auch, wann »gleiche« oder »gleichwertige« Arbeit gegeben ist: § 4 Abs. 1 EntgTranspG definiert »gleiche Arbeit« dahingehend, dass Beschäftigte an verschiedenen Arbeitsplätzen oder nacheinander an demselben Arbeitsplatz eine identische oder gleichartige Tätigkeit ausführen. »Gleichwertige Arbeit« ist ausweislich § 4 Abs. 2 EntgTranspG gegeben, wenn Beschäftigte unter Zugrundelegung einer Gesamtheit von Faktoren als in einer vergleichbaren Situation befindlich angesehen werden können. Zu den zu berücksichtigenden Faktoren gehören unter anderem die Art der Arbeit, die Ausbildungsanforderungen und die Arbeitsbedingungen. Dabei ist von den tatsächlichen, für die jeweilige Tätigkeit wesentlichen Anforderungen auszugehen, die von den ausübenden Beschäftigten und deren Leistungen unabhängig sind.

§ 6 Abs. 1 EntgTranspG fordert alle Beteiligten – Arbeitgeber, Tarifvertragsparteien und die betrieblichen Interessenvertretungen – auf, im Rahmen ihrer Aufgaben und Handlungsmöglichkeiten an der Verwirklichung der Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern mitzuwirken. § 4 Abs. 4 EntgTranspG normiert daher auch ausdrücklich eine Verpflichtung zur benachteiligungsfreien Ausgestaltung von Entgeltsystemen.

Private Arbeitgeber mit in der Regel mehr als 500 Beschäftigten sind gemäß § 17 EntgTranspG aufgefordert, ihre Entgeltregelungen und die gezahlten Entgeltbestandteile sowie deren Anwendung regelmäßig daraufhin zu überprüfen, ob das Entgeltgleichheitsgebot eingehalten ist. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben in Betrieben mit in der Regel mehr als 200 Beschäftigten bei demselben Arbeitgeber nach §§ 10 ff EntgTranspG einen individuellen Auskunftsanspruch. Wegen der Überleitungsvorschrift des § 25 Abs. 1 EntgTranspG kann das Auskunftersuchen erstmals sechs Monate nach Inkrafttreten des Gesetzes geltend gemacht werden. Der Auskunftsanspruch muss in Textform geltend gemacht werden.

Der Arbeitgeber muss zu den Kriterien und Verfahren der Entgeltfindung ebenso Auskunft geben wie zum Entgelt selbst, welches beim Arbeitgeber für die gleiche/gleichwertige Tätigkeit gezahlt wird. Das Vergleichsentgelt ist ausweislich des Gesetzes anzugeben

als der auf Vollzeitäquivalente hochgerechnete statistische Median des durchschnittlichen monatlichen Bruttoentgelts sowie der benannten Entgeltbestandteile, jeweils bezogen auf ein Kalenderjahr.

Bei tarifgebundenen und tarifanwendenden Arbeitgebern muss das Auskunftsverlangen grundsätzlich an den Betriebsrat gerichtet werden, ebenso bei sonstigen Arbeitgebern, wenn ein Betriebsrat besteht. Der Betriebsrat informiert den Arbeitgeber über eingehende Auskunftsverlangen nur in anonymisierter Form. Ansonsten ist der Arbeitgeber selbst der richtige Ansprechpartner.

Unterlässt der Arbeitgeber die Auskunft bzw. kann der Betriebsrat diese aus vom Arbeitgeber zu vertretenden Gründen nicht erteilen, trägt der Arbeitgeber im Falle eines Rechtsstreits die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen das Entgeltgleichheitsgebot vorliegt (§ 15 Abs. 5 EntgTranspG).

Erteilt der Arbeitgeber jedoch ordnungsgemäß Auskunft und ergibt sich so, dass das Vergleichsentgelt höher als das eigene Entgelt ist, können Beschäftigte allein daraus noch nicht auf eine Benachteiligung des Geschlechts i. S. d. Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) schließen. Hier sind wohl weitere Indizien erforderlich, die auf eine Benachteiligung wegen des Geschlechts schließen lassen. Eine Vermutung der geschlechtsbezogenen Benachteiligung ergibt sich aus der Erteilung der Auskunft daher nicht.

FAZIT

► Männern und Frauen muss für gleiche bzw. gleichwertige Arbeit auch gleiches Entgelt gezahlt werden, eine unmittelbare bzw. mittelbare Entgeltbenachteiligung ist verboten. Dies betrifft insbesondere auch eine Entgeltbenachteiligung wegen Schwangerschaft und Mutterschaft. Entgeltsysteme müssen diskriminierungsfrei ausgestaltet werden.

► Entgegenstehende Vereinbarungen sind nach § 8 Abs. 1 EntgTranspG unwirksam. Der Arbeitgeber darf Beschäftigte nicht wegen der Inanspruchnahme von Rechten nach diesem Gesetz benachteiligen (§ 9 EntgTranspG).

► Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben in Betrieben mit in der Regel mehr als 200 Beschäftigten bei demselben Arbeitgeber nach §§ 10 ff einen

individuellen Auskunftsanspruch. Während das Unterlassen der Auskunft in einem Rechtsstreit zu einer Beweislastumkehr führt, hat die Erteilung der Auskunft selbst noch keine nachteiligen rechtlichen Folgen für den Arbeitgeber, selbst wenn sich dadurch ergibt, dass das Entgelt des auskunftssuchenden Beschäftigten niedriger ist als das Vergleichsentgelt. Eine Vermutung für eine Benachteiligung wegen des Geschlechts nach dem AGG ergibt sich daraus noch

nicht automatisch. Hier sind weitere Indizien erforderlich, die eine Benachteiligung nahelegen. Es ist deshalb zur ordnungsgemäßen Auskunftserteilung zu raten.

► Private Arbeitgeber mit in der Regel mehr als 500 Beschäftigten müssen nach § 17 EntgTranspG ihre Entgeltregelungen und die gezahlten Entgeltbestandteile sowie deren Anwendung regelmäßig auf Einhaltung des Entgeltgleichheitsgebotes überprüfen.

Dr. Tina Lorenz

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT ERKLÄRT DAS TARIFEINHEITSGESETZ IN TEILEN FÜR VERFASSUNGSWIDRIG

Mit Urteil vom 11. Juli 2017 (Az.: 1 BvR 1571/15) hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass das Tarifeinheitsgesetz weitestgehend verfassungskonform und nur in Teilen verfassungswidrig ist. Es fehle an Vorkehrungen, die sicherstellen, dass die Interessen der Berufsgruppen, deren Tarifvertrag nach § 4a Abs. 2 S. 2 des Tarifvertragsgesetzes verdrängt wird, im verdrängenden Tarifvertrag hinreichend berücksichtigt werden. Insofern verstoße die Vorschrift des § 4a TVG gegen Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz. Bis zum 31. Dezember 2018 hat der Gesetzgeber diesbezüglich eine Neuregelung zu schaffen. Bis dahin gilt nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts »§4a Abs. 2 S. 2 des TVG mit der Maßgabe fort, dass ein Tarifvertrag von einem kollidierenden Tarifvertrag nur verdrängt werden kann, wenn plausibel dargelegt ist, dass die Mehrheitsgewerkschaft die Interessen der Berufsgruppen, deren Tarifvertrag verdrängt wird, ernsthaft und wirksam in ihrem Tarifvertrag berücksichtigt hat«. Die Entscheidung erging nicht einstimmig. In einem Sondervotum wurde gefordert, das Tarifeinheitsgesetz jedenfalls insoweit für verfassungswidrig zu erklären, als die Verdrängung unzumutbar ist. Bis zu einer Nachbesserung durch den Gesetzgeber hätte § 4a Abs. 2 S. 2 TVG insoweit nicht zur Anwendung kommen dürfen.

Für die Interimszeit bis zur Neuregelung durch den Gesetzgeber besteht damit ein Problem: Wie wird die Mehrheitsgewerkschaft die Interessen der Berufsgruppen, deren Tarifvertrag verdrängt

wird, ernsthaft und wirksam in ihrem Tarifvertrag berücksichtigen? Wie ist zu beurteilen, ob es damit zur Verdrängungswirkung des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kommt? Die Rechtsfolgen etwaiger Verstöße sind für Arbeitgeber nicht trivial: Arbeitgeber, die eine Tarifeinheit im Betrieb anstreben, können sich nicht auf die Verdrängungswirkung des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verlassen. Es besteht (weiterhin) Unsicherheit, welche Tarifverträge anzuwenden sind und ob Ansprüche der Mitarbeiter aus dem verdrängten Tarifvertrag geltend gemacht werden können.

Um eine Tarifeinheit umzusetzen, hat der Arbeitgeber schon bei der Tarifvertragsverhandlung die Belange verdrängter Minderheitsgewerkschaften im Blick zu haben und ausreichend in den Vertragsverhandlungen und -abschlüssen zu berücksichtigen. Die Mehrheitsgewerkschaft wird nämlich in der Regel hieran kein Interesse haben. Dies läuft auch dem Zweck des Tarifeinheitsgesetzes zuwider und birgt die Gefahr des angreifbaren Tarifvertragsabschlusses.

FAZIT

► Vor Annahme der Verdrängungswirkung ist zu prüfen, ob der Tarifvertrag die Interessen der Berufsgruppen, deren Tarifvertrag verdrängt wird, berücksichtigt wurden.

► In Tarifverträgen mit der Mehrheitsgewerkschaft sind die Interessen der Berufsgruppen der Minderheitsgewerkschaft zu berücksichtigen.

Dr. Andrea Benkendorff

NUR DEUTSCHE ARBEITNEHMERVERTRETER IM AUFSICHTSRAT?

Mit Urteil vom 18. Juli 2017 (Az.: C-566/15) hat der Europäische Gerichtshof das deutsche Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer für mit dem Unionsrecht vereinbar erklärt. Folgender Fall beschäftigte die Richter: Die TUIAG als deutsche Aktiengesellschaft ist ein weltweit tätiger Touristikonzern mit über 10.000 Beschäftigten in Deutschland und ca. 40.000 Beschäftigten in anderen EU-Mitgliedstaaten. Nach dem deutschen Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer werden die Mitglieder des Aufsichtsrats jeweils zur Hälfte von den Anteilseignern und den Arbeitnehmern bestimmt. Wahlberechtigt und wählbar sind dabei nur die in Deutschland beschäftigten Mitarbeiter. Der Europäische Gerichtshof prüfte, ob dieses Gesetz gegen das allgemeine Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verstoße, weil die in anderen Mitgliedstaaten beschäftigten Arbeitnehmer an der Zusammensetzung des Aufsichtsrats nicht mitwirken dürften. Hierzu entschied das Gericht, dass Deutschland im Bereich der kollektiven Vertretung der Arbeitnehmer in den Leitungs- und Aufsichtsorganen vorsehen kann, dass ein Gesetz nur auf die Arbeitnehmer inländischer Betriebe Anwendung findet.

Weiterhin prüfte das Gericht, ob die Regelung gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit verstößt. Der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, der in einen

anderen Mitgliedstaat versetzt wird, verliert sein Mandat, so dass ihn dieser Umstand vom Umzug abhalten könnte. Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs stellt aber der Verlust des aktiven und des passiven Wahlrechts bzw. der Verlust des Aufsichtsratsmandats keine Behinderung der Freizügigkeit dar. Die Freizügigkeit sichert nämlich nicht, dass ein Umzug in einen anderen Mitgliedstaat neutral sein wird. Ein solcher Umzug kann aufgrund der Unterschiede, die zwischen den Mitgliedstaaten bestehen, auch Nachteile haben. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit soll nicht die gleichen Arbeitsbedingungen gewährleisten, die dem Mitarbeiter im Herkunftsmitgliedstaat zustehen.

FAZIT

- ▶ Deutsche Unternehmen mit mitbestimmten Aufsichtsräten und Arbeitnehmern im Unionsausland können ihre bisherige Praxis zur Neuwahl des Aufsichtsrats fortführen.
- ▶ Noch nicht entschieden ist, ob beim Schwellenwert der Arbeitnehmerzahlen Arbeitnehmer im EU-Ausland mitzuzählen sind. Angesichts des Urteils des Europäischen Gerichtshofs ist aber zu erwarten, dass bei der Berechnung der Schwellenwerte allein auf im Inland beschäftigte Arbeitnehmer abzustellen ist.

Dr. Andrea Benkendorff

NICHT NEU, ABER OFT UNBEKANNT – ZULAGEN/ZUSCHLÄGE BEI KRANKHEIT UND URLAUB

Vielen Arbeitgebern ist nicht bewusst, wie mit der Zahlung von Zulagen/Zuschlägen im Urlaubs- oder Krankheitszeitraum umzugehen ist. Die gesetzlichen Regelungen sind klar:

§ 4 Abs. 1 des Entgeltfortzahlungsgesetzes (EFZG) legt für die Bemessung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall grundsätzlich das Entgeltausfallprinzip zugrunde. Das bedeutet, dass der Arbeitnehmer so zu stellen ist, als hätte er im Krankheitszeitraum gearbeitet. Sonn- und Feiertagszuschläge sind danach ebenso wie Nachtzuschläge, Erschwerniszulagen oder Gefahrenzulagen fortzuzahlen, sofern

der Arbeitnehmer diese erhalten hätte, wenn er im Krankheitszeitraum gearbeitet hätte. Dementsprechend bekommt er sie auch bei Arbeitsunfähigkeit in diesem Zeitraum. Lediglich das zusätzlich für Überstunden gezahlte Entgelt ist gemäß § 4 Abs. 1a EFZG im Krankheitsfalle nicht zu berücksichtigen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn Überstunden an einem Feiertag ausfallen und der Arbeitnehmer an diesem Feiertag aber ohnehin erkrankt ist, dann richtet sich die Entgeltfortzahlung nach § 4 Abs. 2 i. V. m. § 2 EFZG und Überstundenzuschläge sind ebenfalls zu berücksichtigen.

Auch im Fall der Entgeltfortzahlung während des Urlaubs sind Zeitzuschläge zu berücksichtigen: Nach § 11 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) bemisst sich das Urlaubsentgelt nach dem durchschnittlichen Verdienst, den der Arbeitnehmer in den letzten 13 Wochen vor Beginn des Urlaubs erhalten hat, mit Ausnahme des zusätzlich für Überstunden gezahlten Arbeitsverdienstes. Folglich sind Zuschläge für Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit, Erschwernis- und Gefahrenzulagen (soweit diese nicht reiner Aufwendersatz sind) sowie Vergütung für Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft zu zahlen. Tarifverträge können unter Umständen abweichende Regelungen vorsehen.

Lohnsteuerfrei sind Zuschläge in allen Fällen aber nur für tatsächlich geleistete Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit, sofern sie die in § 3b Abs. 1 Einkommensteuergesetz (EStG) genannten Grenzen nicht

übersteigen. Zuschläge für tatsächlich nicht geleistete Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit sind hingegen nicht nach § 3b EStG steuerfrei (Bundesfinanzhof, Beschluss vom 27. Mai 2009, Az.: VI B 69/08) und damit auch nicht sozialversicherungsfrei nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 der Sozialversicherungsentgeltverordnung.

FAZIT

► Es ist davon abzuraten, entsprechende Zeitzuschläge für den Krankheits- bzw. Urlaubszeitraum nicht an den Arbeitnehmer auszuzahlen und gleichzeitig die entsprechend darauf entfallenen Sozialversicherungsabgaben nicht termingerecht abzuführen, da das Vorhalten von Beiträgen des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung nach § 266a StGB mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bedroht ist.

Dr. Tina Lorenz

ANSPRUCH AUF REGELALTERSRENTE BEI DER SOZIALAUSWAHL ZU BERÜCKSICHTIGEN

Im Rahmen der nach § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG durchzuführenden Sozialauswahl ist neben Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung auch das Lebensalter der in die Sozialauswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer zu berücksichtigen. Dahinter steht der Gedanke, dass es ältere Arbeitnehmer – typischerweise – schwerer haben werden, auf dem Arbeitsmarkt eine Anschlussbeschäftigung zu finden und ihren Lebensunterhalt nach einer Kündigung wieder selbst zu sichern. Daher steigt mit zunehmendem Alter die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers jedenfalls hinsichtlich des Auswahlkriteriums Lebensalter. Das gilt jedoch nur solange, bis der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Bezug der Regelaltersrente hat, wie das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 27. April 2017, Az.: 2 AZR 67/16 klargestellt hat. Denn sobald der Arbeitnehmer Regelaltersrente beziehen kann – auf den tatsächlichen Bezug derselben kommt es nicht an – hat er die Möglichkeit, ein dauerhaftes Ersatzinkommen zu erzielen. Ob die Rentenhöhe dann allerdings im Einzelfall eine ausreichende Absicherung darstellt, ist bei der gebotenen typisierten Betrachtungsweise nicht zu berücksichtigen.

Damit fällt die Sozialauswahl noch nicht automatisch zu Ungunsten der Arbeitnehmer aus, die bereits Regelaltersrente beanspruchen können oder beziehen, da mit der Dauer der Betriebszugehörigkeit, der Anzahl der Unterhaltspflichten und einer etwaigen Schwerbehinderung noch drei weitere Kriterien zu berücksichtigen sind, die sich zu ihren Gunsten auswirken können.

FAZIT

► Arbeitnehmer, die bereits eine Regelaltersrente beanspruchen können, sind bei dem Auswahlkriterium Lebensalter deutlich weniger schutzbedürftig als Arbeitnehmer, die noch keinen Anspruch auf Bezug der Regelaltersrente haben.

► Das Bundesarbeitsgericht hat ausdrücklich offen gelassen, ob der (mögliche) Bezug einer Regelaltersrente sich außerdem auf das Kriterium Betriebszugehörigkeit auswirkt, sodass der Arbeitnehmer also gegenüber einem ebenso lang beim Arbeitgeber beschäftigten Kollegen weniger schutzbedürftig wäre.

Daniela Guhl

MITARBEITERVERTRETUNG HAT KEIN MITBESTIMMUNGSRECHT BEI EINRICHTUNGSEIGENER BEIHILFEREGELUNG I. S. D. § 26 ABS. 1 AVR SACHSEN

Die Schiedsstelle des Diakonisches Werk Berlin-Brandenburg-Schlesische Oberlausitz e. V. hat am 25. September 2017 in einem durch Frau Rechtsanwältin Dr. Lorenz als Beistand begleiteten Verfahren (Az.: I/13-17) durch Beschluss festgestellt, dass weder die Aufstellung noch die Umsetzung der einrichtungseigenen, durch Vorstandsbeschlüsse (und ohne Zustimmung der Mitarbeitervertretung) getroffenen Beihilfer Regelungen im Sinne des § 26 Abs. 1 der Arbeitsvertragsrichtlinien der arbeitsrechtlichen Kommission der Diakonie Deutschland – Fassung Sachsen – der Zustimmung der Mitarbeitervertretung bedurften.

Im entschiedenen Fall lag bei Inkrafttreten der Neuregelung des § 26 AVR am 1. April 2017 schon eine einrichtungseigene Beihilfer Regelung vor, die noch im März 2017 getroffen worden war. Die entsprechenden Vorstandsbeschlüsse enthalten im entschiedenen Fall einrichtungseigene Beihilfer Regelungen, die sowohl für den Zahnersatz als auch bei einem Geburts- oder Todesfall eine Beihilfe gewähren. Die Beihilfeleistungen bleiben jedoch auf Mitarbeiter der Einrichtung beschränkt und liegen betragsmäßig auch unter den in § 26 Abs. 2 bzw. 3 AVR Sachsen geregelten Beihilfesätzen.

Der Beschluss der Schiedsstelle zu § 26 AVR Sachsen dürfte richtungsweisend für die gesamte Diakonie im Bereich Ost sein, da die Regelungen weitgehend inhaltsgleich sind (z. B. § 26 der AVR des Diakonischen Werks Berlin-Brandenburg-Schlesische Oberlausitz e.V. entspricht der sächsischen AVR-Regelung).

Der Beschluss der Schiedsstelle ist aber noch nicht rechtskräftig. Ebenso steht noch die schriftliche Begründung aus, welche nach Angaben der Schiedsstelle voraussichtlich erst Ende 2017 zu erwarten sein wird. Die Mitarbeitervertretung kann diese Entscheidung der Schiedsstelle dann beim Kirchengerichtshof der Evangelischen Kirche Deutschlands überprüfen lassen. Ob sie diesen Schritt gehen wird, lässt sich derzeit noch nicht absehen.

FAZIT

- ▶ Es spricht nach der noch nicht rechtskräftigen Entscheidung der Schieds- und Schlichtungsstelle viel dafür, dass die Mitarbeitervertretung weder bei der Aufstellung noch bei der Umsetzung einer einrichtungseigenen Beihilfer Regelung nach § 26 Abs. 1 AVR ein Mitbestimmungsrecht hat und diese einrichtungseigene Regelung auch unter den Beträgen des § 26 Abs. 2 bzw. 3 AVR liegen darf. Abschließende Klarheit wird aber erst eine Entscheidung des Kirchengerichtshofs der Evangelischen Kirche Deutschlands bringen.
- ▶ Es ist anzuraten, die Mitarbeitervertretung bis dahin zumindest vorsorglich zu beteiligen und bei Zustimmungsverweigerung einen fristgemäßen Antrag auf Feststellung des Nichtbestehens eines Mitbestimmungsrechts, hilfsweise auf Zustimmungsersetzung, bei der kirchlichen Schieds- und Schlichtungsstelle einzureichen, wie es die Dienststellenleitung im entschiedenen Fall erfolgreich getan hat. Hierbei sind wir gern behilflich.

Dr. Tina Lorenz

NACHWUCHS IM ARBEITSVERHÄLTNIS – NEUERUNGEN BEIM MUTTERSCHUTZ UND ELTERNZEIT

Das »Gesetz zur Neuregelung des Mutterschutzrechts« enthält einige Neuerungen und Änderungen der bisherigen Rechtslage, welche ab Inkrafttreten am 1. Januar 2018 auch für die Arbeit in den Personalabteilungen von erheblicher Bedeutung sein werden. So wird der Kreis der geschützten Frauen massiv erweitert: ab dem 1. Januar 2018 gilt der Mutterschutz

dann nämlich auch für Schülerinnen, Studentinnen und Praktikantinnen sowie arbeitnehmerähnliche Personen. Anders als bisher soll die Sonntagsarbeit für werdende Mütter nicht mehr generell verboten sein. Stattdessen können die Schwangeren selbst entscheiden, ob sie sonntags arbeiten möchten. Auch eine Beschäftigung in der Zeit von 20 bis 22 Uhr soll

künftig dann möglich sein, wenn die Schwangere dem zustimmt und eine ärztliche Unbedenklichkeitsbescheinigung vorlegt. Schließlich haben Schwangere künftig außerhalb der Schutzfristen ein Recht auf Beschäftigung, sodass es keine Arbeitsverbote gegen den Willen der werdenden Mutter mehr geben wird.

Bereits seit 30. Mai 2017 gelten jedoch schon folgende Neuerungen:

- ▶ Für Mütter von Kindern mit Behinderungen beträgt das Beschäftigungsverbot nach der Entbindung nicht mehr nur acht Wochen, sondern nun zwölf Wochen.
- ▶ Frauen, die nach der zwölften Schwangerschaftswoche eine Fehlgeburt erleiden, unterliegen einem viermonatigen Kündigungsverbot.

An dieser Stelle erinnern wir auch noch einmal an die Neuerungen im Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) durch die Reform aus dem Jahr 2015. Für alle Kinder, die ab dem 1. Juli 2015 geboren oder angenommen wurden, gilt Folgendes: Die Elternzeit von maximal 36 Monaten pro Kind steht jedem Elternteil gesondert zu und kann auf drei (vorher: zwei) Zeitabschnitte verteilt werden. Eine Aufteilung in weitere Zeitabschnitte ist nur mit der Zustimmung des Arbeitgebers möglich. Außerdem

kann nach der Rechtslage für ab 1. Juli 2015 geborene Kinder ein Anteil von bis zu 24 Monaten zwischen dem dritten Geburtstag und dem vollendeten achten Lebensjahres des Kindes in Anspruch genommen werden, ohne dass dies gesondert »übertragen« werden oder vom Arbeitgeber genehmigt werden muss. Einer Zustimmung des Arbeitgebers zur Übertragung der Elternzeit bedarf es nicht. Der Arbeitnehmer muss nur fristgerecht spätestens 13 Wochen vor Beginn der Elternzeit diese schriftlich vom Arbeitgeber verlangen.

FAZIT

- ▶ Die Reform des Mutterschutzes zum 1. Januar 2018 stärkt vor allem das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren und den Schutz von Müttern in Ausnahmesituationen. Einige Regelungen gelten bereits seit 30. Mai 2017.
- ▶ Für Kinder, die ab 1. Juli 2015 geboren wurden, bedarf es keiner förmlichen Übertragung bestimmter Abschnitte der Elternzeit in die späteren Lebensjahre des Kindes mehr. Der Arbeitnehmer muss den Arbeitgeber nicht mehr um Zustimmung bitten, sondern nur fristgerecht einen Antrag stellen.

Cathleen Schiller

GRENZEN DER ÜBERWACHUNG DER PRIVATEN E-MAIL-KOMMUNIKATION AM ARBEITSPLATZ

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat nun mit Urteil vom 5. September 2017 (Beschwerde-Nr. 61496/08) Kriterien für die Zulässigkeit der Überwachung privater E-Mail bzw. Internetkommunikation am Arbeitsplatz formuliert. Geklagt hatte ein rumänischer Staatsbürger, nachdem er vor den rumänischen Gerichten erfolglos gegen die Kündigung durch seinen Arbeitgeber vorgegangen war. Der Kläger hatte auf Wunsch seines Arbeitgebers einen Yahoo-Messenger-Account eingerichtet, über den er Anfragen von Kunden beantworten sollte. Die private Nutzung des Messenger-Dienstes war ihm allerdings nach einer internen Unternehmensregelung untersagt. Der Arbeitgeber hatte die Kommunikation überwacht und bemerkt, dass der Arbeitnehmer den Dienst auch für umfangreiche private Kommunikation u. a. mit seiner Verlobten genutzt hatte. Darauf-

hin kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis.

Die Große Kammer des EGMR stellte fest, dass das Recht des Klägers auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz, welches durch Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention geschützt ist, durch diese Überwachung verletzt wurde. Der EGMR schließt zwar nicht aus, dass Arbeitgeber unter Umständen zu einer solchen Überwachung berechtigt sind, die Überwachung müsse jedoch verhältnismäßig sein. Verhältnismäßigkeit setze in diesem Zusammenhang zumindest voraus, dass der Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber vorab über die Möglichkeit, Art und Umfang der Kontrollen informiert wurde. Zudem muss es einen legitimen Grund für die Kontrollmaßnahmen geben und es dürfen keine mildereren als die gewählten Überwachungsmethoden möglich sein. Letztlich sei auch zu berücksichtigen, wie schwer

der Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz wiegt.

FAZIT

- ▶ Arbeitgeber dürfen ihren Arbeitnehmern die private Nutzung von E-Mail bzw. Internet während der Arbeitszeit z.B. arbeitsvertraglich oder in einer Betriebsvereinbarung verbieten.
- ▶ Selbst wenn der Arbeitgeber grundsätzlich berechtigt ist, die Einhaltung eines solchen Verbotes zu über-

wachen, muss die Überwachung jedenfalls verhältnismäßig sein. Das setzt in der Regel zumindest voraus, dass der Arbeitnehmer vorab über die Möglichkeit sowie über die Art und das Ausmaß der Kontrollen informiert wurde.

- ▶ Hat der Arbeitgeber die private Nutzung von E-Mail bzw. Internet verboten, duldet dann aber über längere Zeit diese private Nutzung, dann liegt darin eine konkludente Erlaubnis.

Daniela Guhl

DER DATENSCHUTZ IM ARBEITSGERICHTLICHEN VERFAHREN – EINSATZ EINES DETEKTIVS

Arbeitgeber bedienen sich hin und wieder gern der Hilfe eines verdeckt ermittelnden Detektivs, wenn sie den Verdacht haben, ein Mitarbeiter verletze seine arbeitsvertraglichen Pflichten. Das Bundesarbeitsgericht hatte nun zu klären, unter welchen Umständen die daraus gewonnenen Erkenntnisse im nachfolgenden Kündigungsschutzprozess verwertbar sind (Urteil vom 29. Juni 2017, Az.: 2 AZR 597/16). Ein Mitarbeiter im Stanzformenbau meldete sich arbeitsunfähig krank, arbeitete jedoch in dieser Zeit für seine Söhne, die ebenfalls Stanzwerkzeuge und -formen herstellen. Die Arbeitgeberin beauftragte nach ersten Hinweisen einen Detektiv, der u. a. als Fahrer getarnt verdeckt im Unternehmen der Söhne ermittelte. Dort sah er den Mitarbeiter Tätigkeiten erbringen, die er auch bei der Arbeitgeberin zu leisten verpflichtet gewesen wäre. Daraufhin kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis außerordentlich, hilfsweise ordentlich wegen des Verdachts wettbewerbswidriger Konkurrenzfähigkeit und des Vortäuschens einer Erkrankung.

Zentrale Frage war, ob die Arbeitgeberin verdeckte Überwachungsmaßnahmen wegen eines Tatverdachts nur dann veranlassen durfte, wenn sich der Verdacht auf mögliche Straftaten des Mitarbeiters bezog. Diese standen jedoch vorliegend nicht im Raum, da sich der Mitarbeiter nicht mehr in der Entgeltfortzahlung befand und mithin der Verdacht des Arbeitszeitbetrugs ausgeschlossen war. Es bestand »lediglich« der Verdacht schwerwiegender Pflichtverletzungen.

Das Bundesarbeitsgericht verneinte ein Beweisverwertungsverbot wegen der Verletzung des Rechts

auf informationelle Selbstbestimmung und datenschutzrechtlicher Vorschriften. Aus § 32 Abs. 1 S. 2 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) folgt nicht, dass in solchen Fällen zwingend der Verdacht einer Straftat gegeben sein muss. Vielmehr können für eine anlassbezogene Datenerhebung auch schwerwiegende Pflichtverletzungen genügen, ein Rückgriff auf § 32 Abs. 1 S. 1 bzw. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BDSG kommt weiterhin in Betracht. § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG entfaltet insoweit keine Sperrwirkung, was insbesondere unionsrechtlichen Vorgaben entspricht, da die Richtlinie 95/46/EG die Verwertbarkeit an eine Abwägung von Grundrechtspositionen knüpft.

FAZIT:

- ▶ Ein Arbeitnehmer, der während des bestehenden Arbeitsverhältnisses Konkurrenzaktivitäten entfaltet, verstößt gegen seine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers aus § 241 Abs. 2 BGB. Es handelt sich in der Regel um eine erhebliche Pflichtverletzung, die »an sich« geeignet ist, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen.
- ▶ Beobachtungen durch verdeckt tätige Detektive unterliegen nicht grundsätzlich einem Beweisverwertungsverbot, sofern der Arbeitgeber sie veranlasst, um den konkreten Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung des Arbeitnehmers aufzudecken; weiterhin müssen sie das praktisch einzig vernünftige Mittel der Aufklärung darstellen und verhältnismäßig sein.

Jan-Mathias Pflöging

GESELLSCHAFTERPFLICHT ZUR KOSTENLOSEN ÜBERTRAGUNG VON ERFINDUNGEN AUF DIE GESELLSCHAFT?

Geistiges
Eigentum (IP)

Die Frage nach den Rechten an Erfindungen in einem Betrieb führt häufig zu Streit. Für Arbeitsverhältnisse gilt das Arbeitnehmererfindungsgesetz, in dem die Rechtezuordnung hinsichtlich der Erfindung und die Pflichten der Arbeitsvertragsparteien klar geregelt sind. Aber wem steht eine Erfindung zu, wenn sie in Ausübung einer Gesellschaftertätigkeit gemacht wird und dem Gesellschaftsgegenstand zuzuordnen ist?

Mit dieser Frage befasste sich jüngst das Oberlandesgericht Frankfurt. Geklagt hatte eine GmbH. Sie entwickelte Lösungen für den Transport thermolabiler Medikamente. Probleme in diesem Bereich bestehen vor allem beim Be- und Entladen von Arzneimitteln. Durch eindringende Luft wird die Temperatur im Innern des Fahrzeugs verändert und die Qualität der Medikamente gefährdet.

Die Klage richtete sich gegen einen Gesellschafter der Klägerin. Dieser war in der Gesellschaft wie ein Geschäftsführer tätig. Ein Geschäftsführeranstellungsvertrag existierte aber nicht. Im Betrieb der Klägerin arbeitete der Beklagte als Technischer Leiter mit anderen Mitarbeitern an einer Lösung des Problems der Temperaturschwankungen. Dabei entwickelte er geeignete Techniken, einen konstanten Temperaturkorridor im Transportfahrzeug zu schaffen. Für diese Erfindungen meldete er jedoch Patente und Gebrauchsmuster im eigenen Namen an. Die Klägerin begehrte nun die Übertragung dieser Rechte.

Das Oberlandesgericht Frankfurt entschied mit Urteil vom 13. April 2017 (Az.: 6 U 69/16) zugunsten der

GmbH. Der Beklagte sei aufgrund seiner herausgehobenen Stellung bei der Klägerin zur unentgeltlichen Andienung der Erfindung verpflichtet gewesen. Ihm stünde keine zusätzliche Erfindervergütung zu. Bereits durch seine sonstige Vergütung sei dies abgegolten.

Die Entscheidung stellt darauf ab, dass der Beklagte wie ein Geschäftsführer in die Leitung der Gesellschaft eingebunden war, die Erfindung im Zusammenhang mit dieser Tätigkeit stand und dem Geschäftsgegenstand der Gesellschaft zuzuordnen war. Die Erfindung beruhte zudem wesentlich auf Mitteln der GmbH und Vorarbeiten anderer Mitarbeiter der Klägerin.

Da der Beklagte nicht als Geschäftsführer bestellt war, leitete das Gericht die Andienungspflicht des Beklagten nicht unmittelbar aus einer Organstellung her. Die Pflicht ergab sich aber durch Auslegung des Gesellschaftsvertrags und daraus, dass die Stellung des Beklagten mit der eines Gesellschaftsorgans vergleichbar war.

FAZIT

- ▶ Gesellschafter können zur (entschädigungslosen) Andienung von Erfindungen an die Gesellschaft verpflichtet sein, wenn sie wie ein Organ in die Führung der Gesellschaft eingebunden sind.
- ▶ Konflikte lassen sich durch ausdrückliche Vereinbarungen vermeiden. Dies schafft Klarheit und Rechtssicherheit für alle Beteiligten.

Dr. Daniel Schöneich

URHEBERRECHTSVERLETZUNG BEIM FRAMING

Das Oberlandesgericht München hat sich in seiner Entscheidung »Realität III« vom 25. August 2016 (Az.: 6 U 1092/11) noch einmal mit der Frage einer möglichen Urheberrechtsverletzung beim Framing auseinandersetzen müssen, nachdem der Bundesgerichtshof die Sache zur neuen Entscheidung an dieses zurückverwiesen hat. Dies gibt Anlass, sich erneut mit der Frage auseinanderzusetzen, ob das Einbetten fremder

Inhalte auf der eigenen Internetseite – das sogenannte Framing – eine Urheberrechtsverletzung darstellt.

Vorliegend ging es um ein Video über Wasserverschmutzung, das der klagende Hersteller von Wasserfiltern produziert und auf YouTube veröffentlicht hatte und das der beklagte Konkurrent dann mit Hilfe des Framings auf seiner Internetseite eingebunden hat. Gegen die unrechtmäßige öffentliche Wiedergabe

und die Verletzung seiner Rechtsposition leitete der Wasserfilterhersteller rechtliche Schritte ein. Der Rechtsstreit ging durch alle Instanzen bis vor den Bundesgerichtshof, der u. a. die Frage, ob es sich bei dem vorliegenden Framing um eine »öffentliche Wiedergabe« nach Art. 3 Abs. 1 der Multimedia-Richtlinie (2001/29EG) handelt, dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vorlegte.

Der Europäische Gerichtshof stellte in seinem Beschluss vom 21. Oktober 2014 (Az: C-348/13) klar, dass es sich beim Framing nicht um eine öffentliche Wiedergabe handelt, »soweit das betreffende Werk weder für ein neues Publikum noch nach einem speziellen technischen Verfahren wiedergegeben wird, das sich von demjenigen der ursprünglichen Wiedergabe unterscheidet«. Daraufhin hat der Bundesgerichtshof den Tatbestand der »Erschließung eines neuen Publikums« weiter konkretisiert und es für den Fall angenommen, in dem das Werk anfänglich ohne Zustimmung des Urhebers bzw. Rechteinhabers öffentlich zugänglich gemacht worden ist (Bundesgerichtshof, Urteil vom 9. Juli 201, Az.: I ZR 46/12). An der Darlegung

dieses Tatbestandsmerkmals scheiterte jedoch der Kläger, dem es nicht gelungen ist, die fehlende Zustimmung zu beweisen, sodass das Oberlandesgericht München schlussendlich die Klage abweisen musste.

Die Praxis steht folglich vor einer großen Herausforderung, denn eine unrechtmäßige öffentliche Wiedergabe beim Framing und sich daraus ergebende Ansprüche können von dem Urheber nur dargelegt werden, wenn er die fehlende Zustimmung zur erstmaligen öffentlichen Zugänglichmachung und damit eine Negativtatsache darlegen und beweisen kann.

FAZIT

- ▶ Framing ist weiterhin nur zulässig, wenn das Werk mit Zustimmung des Urhebers öffentlich zugänglich gemacht wurde, kein neues technisches Verfahren verwendet und kein neues Publikum erschlossen wurde.
- ▶ Auch wenn in den meisten Fällen keine Urheberrechtsverletzung vorliegen wird, muss dennoch bedacht werden, dass sich eine Abmahnung auch aufgrund anderer Rechtsverletzungen ergeben könnte.

Xenia Urbanczyk

ZUR FREIHEITSENTZIEHUNG FÜR ROLLSTUHLFAHRER BEI VERSCHLOSSENER AUSSENTÜR

Wird ein Betroffener, der sich allein mit seinem Rollstuhl fortbewegen kann, in einer Wohneinrichtung untergebracht, deren Außentür verschlossen wird, damit der Betroffene den geschützten Bereich nicht eigenmächtig verlassen kann, ist diese Unterbringung mit einer Freiheitsentziehung verbunden. Die Genehmigung einer geschlossenen Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB setzt keine akute, unmittelbar bevorstehende Gefahr für den Betreuten voraus. Notwendig ist eine ernstliche und konkrete Gefahr für Leib und Leben des Betreuten. Dies setzt objektivierbare und konkrete Anhaltspunkte für den Eintritt eines erheblichen Gesundheitsschadens voraus. Der Grad der Gefahr ist in Relation zum möglichen Schaden ohne Vornahme der freiheitsentziehenden Maßnahme zu bemessen. Diese Leitsätze hat der Bundesgerichtshof seinem Beschluss vom 24. Mai 2017 (Az.: XII ZB 577/16) vorangestellt.

Die Betroffene, die an einer hochgradigen geistigen Behinderung und Epilepsie leidet, kann nicht gehen und ist auf einen Rollstuhl angewiesen. Ihre geschlossene Unterbringung in der Wohneinrichtung wurde wiederholt gerichtlich genehmigt. Die gegen die letzte Genehmigung gerichtete Beschwerde und Rechtsbeschwerde der Betroffenen blieben erfolglos.

Der Bundesgerichtshof sieht die Voraussetzungen für die Genehmigung der Unterbringung gemäß § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB als gegeben an und schließt sich den Ausführungen der zweitinstanzlichen Entscheidung des Landgerichts an. Bei der Betroffenen liege ein frühkindlicher Hirnschaden mit hochgradiger geistiger Behinderung vor. Aufgrund dieser Behinderung sei sie nicht in der Lage, sich außerhalb der geschützten Einrichtung, in der sie lebe, sicher zu bewegen, sondern wäre dort vollkommen desorientiert und insbesondere den Gefahren des Straßenverkehrs ausgesetzt. Bei offener Tür könne die Betroffene

den natürlichen Willen entwickeln, spontan mit ihrem Rollstuhl nach draußen zu fahren. Da sie sich mit anderen Mitbewohnern mit ihrem Rollstuhl in den geschützten Garten begeben könne und auch begeben werde, werde sie letztlich nur durch die verschlossene Außentür daran gehindert, in den allgemeinen Straßenverkehr zu gelangen. Zwar sei das Verschließen der Außentür eine Freiheitsentziehung im Sinne des § 1906 BGB und eine Unterbringung des Betreuten durch den Betreuer, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, nur zulässig, solange sie zum Wohl des Betreuten erforderlich ist, weil aufgrund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung des Betreuten die Gefahr besteht, dass er sich selbst tötet oder erheblichen gesundheitlichen Schaden zufügt. Die Genehmigung der geschlossenen Unterbringung sei jedoch auf der Grundlage der Feststellungen des Landgerichts nicht zu beanstanden.

Die Unterbringung sei auch verhältnismäßig, da mildere Maßnahmen als die geschlossene Unterbringung vorliegend nicht in Betracht kämen.

FAZIT

- Das Verschließen einer Außentür, damit Betroffene den geschützten Bereich nicht eigenmächtig verlassen können, ist regelmäßig eine Freiheitsentziehung im Sinne des § 1906 BGB. An einer solchen kann es allerdings fehlen, wenn Betroffene – anders als im Fall des Bundesgerichtshofs – faktisch nicht in der Lage sind, sich räumlich zu entfernen.
- Die Genehmigung einer geschlossenen Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB setzt keine akute, unmittelbar bevorstehende Gefahr für den Betreuten voraus, sondern eine ernstliche und konkrete Gefahr für Leib und Leben des Betreuten.

Sebastian Stücker, M.Mel.

HONORIERUNG VON LEISTUNGEN DER HÄUSLICHEN KRANKENPFLEGE UND EINSTWEILIGER RECHTSSCHUTZ

Das Landessozialgericht Berlin-Brandenburg hat eine gesetzliche Krankenversicherung (Antragsgegnerin) im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, an einen ambulanten Pflegedienst (Antragstellerin) einen Betrag in Höhe von EUR 59.861,36 nebst Zinsen zu zahlen (Beschluss vom 28. Juni 2017, Az.: L 1 KR 146/17 B ER). Die Beteiligten stritten im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes über die Honorierung von Leistungen der häuslichen Krankenpflege. Das Landessozialgericht führt in seiner Entscheidung aus, dass gemäß § 86b Abs. 2 S. 2 SGG auf Antrag eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis getroffen werden könne, wenn dies zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig erscheine (sog. Regelungsanordnung). Entscheidungen dürften dabei grundsätzlich sowohl auf eine Folgenabwägung als auch auf eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache gestützt werden. Im vorliegenden Fall hält das Landessozialgericht sowohl einen Anordnungsanspruch (materiell-rechtlicher Anspruch) als auch einen Anordnungs-

grund (besondere Eilbedürftigkeit) für gegeben.

Der Vergütungsanspruch des ambulanten Pflegedienstes für die an den Versicherten der gesetzlichen Krankenkasse erbrachten Leistungen der häuslichen Krankenpflege ergebe sich, so das Landessozialgericht, aus § 132a SGB V in Verbindung mit dem zwischen den Beteiligten entsprechend § 132a Abs. 2 SGB V geschlossenen Vertrag gemäß den §§ 132 und 132a SGB V über die einheitliche Versorgung mit häuslicher Krankenpflege sowie zur Erbringung von Leistungen nach §§ 24g und 24h SGB V (Vertrag häusliche Krankenpflege). Nach § 32 Abs. 2 dieses Vertrages würden den Leistungserbringern die von den Krankenkassen bewilligten Leistungen vergütet und daneben im Rahmen einer vorläufigen Kostenübernahme die bis zur Ablehnung einer Bewilligung erbrachten Leistungen. Dass der ambulante Pflegedienst die abgerechneten Krankenpflegeleistungen tatsächlich erbracht habe und dass diese medizinisch notwendig gewesen seien, sei zwischen den Beteiligten unstreitig gewesen. Streitig sei allerdings gewesen, ob eine Bewilligung der vom ambulanten Pflegedienst

erbrachten Krankenpflegeleistungen vorgelegen habe. Das Landessozialgericht sah es als ausreichend an, dass die Leistung gegenüber dem Versicherten bewilligt wurde. Unerheblich sei, dass die Bewilligung einem anderen Pflegedienst als der Antragstellerin mitgeteilt worden sei, und der andere Pflegedienst nach der Vorstellung der Antragsgegnerin die Leistungen erbringen sollte. Für die Wirksamkeit der Bewilligung sei es ausreichend, dass diese gegenüber dem Versicherten erklärt worden sei.

Auch einen Anordnungsgrund hielt das Landessozialgericht für gegeben. Es sei glaubhaft, dass der Pflegedienst auf die Zahlungen der Krankenkasse angewiesen sei, um seine eigenen Verbindlichkeiten erfüllen zu können. Der ausstehende Betrag von EUR 59.861,36 sei angesichts der Erträge in Höhe von insgesamt EUR 1.122.008,19, welche die Bilanz ausweise, erheblich genug, um nicht ohne Weiteres durch Eigenkapital oder andere liquide Mittel ersetzt werden zu können, zumal auch das Geschäftsjahr

2016 des Pflegedienstes mit einem Fehlbetrag geendet habe. Dem stünden regelmäßige Verpflichtungen in nicht unbeträchtlicher Höhe schon wegen der laufenden Personalkosten gegenüber.

FAZIT

► Die Honorierung von Leistungen der häuslichen Krankenpflege kann auch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erfolgen. Dafür muss allerdings neben einem Anordnungsanspruch auch ein Anordnungsgrund (besondere Eilbedürftigkeit; regelmäßig wird wohl eine Existenzgefährdung notwendig sein) vorliegen.

► Dass die Bewilligung einem anderen Pflegedienst als der Antragstellerin mitgeteilt wurde, und der andere Pflegedienst nach der Vorstellung der Antragsgegnerin die Leistungen erbringen sollte, ist unerheblich. Für die Wirksamkeit der Bewilligung reicht nach dem Beschluss des Landessozialgericht, dass diese gegenüber dem Versicherten erklärt wurde.

Sebastian Stücker, M.mel.

STRENGE VORAUSSETZUNGEN FÜR EINE INTERKOMMUNALE ZUSAMMENARBEIT OHNE AUSSCHREIBUNG

Die Bestrebungen von Städten, Gemeinden und Landkreisen, die Erfüllung der ihnen obliegenden Aufgaben durch Kooperationen mit anderen Stellen der öffentlichen Hand zu verbessern, kollidiert mit bemerkenswerter Regelmäßigkeit mit den Anforderungen des Vergaberechts. Denn allein der Umstand, dass eine Vereinbarung zwischen zwei Städten oder Landkreisen abgeschlossen wird, hat nicht zur Folge, dass die Regelungen des Vergaberechts außen vor bleiben. Nachdem die Voraussetzungen für eine sogenannte vergaberechtsfreie interkommunale Zusammenarbeit lange Zeit ausschließlich anhand der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes beurteilt werden konnten und mussten, liegt nunmehr mit Inkrafttreten des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes zum 18. April 2016 eine entsprechende gesetzliche Ausnahmebestimmung vor. Der insoweit einschlägige § 108 Abs. 6 GWB bestimmt, dass Vergaberecht keine Anwendung findet auf Verträge, die zwischen

öffentlichen Auftraggebern geschlossen werden, wenn

- der Vertrag eine Zusammenarbeit begründet oder erfüllt, um sicherzustellen, dass die zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden,
- die Durchführung der Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird und
- die öffentlichen Auftraggeber auf dem Markt weniger als 20 % der Tätigkeit erbringen, die durch die vereinbarte Zusammenarbeit erfasst sind.

Diese Voraussetzungen spiegeln im Wesentlichen die Vorgaben der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes wider. In einem vom Oberlandesgericht Naumburg zu entscheidenden Sachverhalt hatte ein Abwasserzweckverband beabsichtigt, eines seiner Verbandsmitglieder mit Leistungen der technischen Betriebsführung der Abwasserbeseitigungsanlagen zu beauftragen. Zielstellung

der Kooperationsvereinbarung war unter anderem die Stabilität der Abwassergebühren und die zeitgemäße und nachhaltige Instandhaltung technischer Anlagen sicherzustellen. Weiterhin sollte den Herausforderungen der demographischen Entwicklung begegnet werden und die kommunale Selbstverwaltung und die kommunale Gemeinschaftsarbeit gestärkt werden. Die Kooperationsvereinbarung sah vor, dass der Abwasserzweckverband einem Verbandsmitglied alle zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen anfallenden Kosten als Betriebsführungsentgelt erstattet. Das Entgelt sollte dabei auf Grundlage des öffentlichen Preisrechts nach der VO PR30/53 auf Basis der Selbstkosten ermittelt werden.

Gegen den Abschluss dieser Kooperationsvereinbarung wandte sich das privatwirtschaftliche Unternehmen, welches bislang mit den Aufgaben der technischen Betriebsführung durch den Abwasserzweckverband beauftragt war. Dem Nachprüfungsauftrag des privaten Unternehmens gab die VK Sachsen-Anhalt mit Beschluss vom 16. Dezember 2016 statt. Die gegen diese Entscheidung eingelegte Beschwerde des Antragsgegners wurde mit Beschluss des Oberlandesgerichts Naumburg vom 17. März 2017 zurückgewiesen. Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Oberlandesgericht Naumburg eingangs nochmal klargestellt, dass ein öffentlicher Auftrag im Sinne des Vergaberechts auch dann vorliegt, wenn sämtliche Vertragsparteien juristische Personen des öffentlichen Rechts und selbst öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts sind. Auch ist unerheblich, ob eine vereinbarte Gegenleistung für den Leistungserbringer kostendeckend oder gar gewinnbringend ist. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts Naumburg war bei der Kooperationsvereinbarung bereits das Merkmal der Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern nicht erfüllt. Voraussetzung für eine vertragliche Zusammenarbeit ist, dass sich die Zusammenarbeit auf die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe bezieht, die allen öffentlichen Auftraggebern gleichermaßen obliegt, die an dem Kooperationsvertrag beteiligt sind. Dies setzt zwar nicht voraus, dass alle an der Kooperation beteiligten öffentlichen Auftraggebern im gleichen Umfang zur Erbringung der Dienstleistung beitra-

gen müssen. Vielmehr sei ausreichend, dass im Allgemeinen jeder Kooperationspartner überhaupt einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der Dienstleistung leistet. Ausreichend, aber auch notwendig, ist insofern ein »kooperatives Konzept«. Zwar hatte das Oberlandesgericht Naumburg keine Bedenken, die dem Abwasserzweckverband obliegende Aufgabe der Abwasserbeseitigung als öffentliche Aufgabe im Sinne einer interkommunalen Zusammenarbeit zu qualifizieren. Beanstandet hat das Oberlandesgericht Naumburg jedoch, dass der Kooperationsvertrag ausschließlich die technischen Betriebseinrichtungen des Abwasserzweckverbandes betraf. Mit der Gründung des Abwasserzweckverbandes ist die öffentliche Aufgabe der Abwasserbeseitigungspflicht von den Verbandsmitgliedern auf den Abwasserzweckverband übergegangen. Da die Zuständigkeit für die Abwasserbeseitigung, bezogen auf das Verbandsgebiet, mithin allein bei dem Abwasserzweckverband liegt, kann - so das Oberlandesgericht Naumburg - im Hinblick auf diese allein das Verbandsgebiet betreffenden Pflichtaufgaben nicht mehr von einer gemeinsamen Aufgabenerfüllung zwischen Abwasserzweckverband und den Verbandsmitgliedern im Sinne einer horizontalen kommunalen Kooperation gesprochen werden. Vielmehr beabsichtigt der Abwasserzweckverband, sich des Verbandmitgliedes zur Erfüllung bestimmter, ihm zugewiesener technischer Dienstleistungen zu bedienen.

Auch hat das Oberlandesgericht Naumburg in der zu beurteilenden Kooperationsvereinbarung das »kooperative Konzept« vermisst. Beschränkt sich eine Vereinbarung ausschließlich auf Elemente des Leistungsaustausches, nämlich die Erbringung einer marktgängigen Dienstleistung in Gestalt der technischen Betriebsführung gegen Kostenerstattung respektive Entrichtung eines Betriebsführungsentgeltes, fehlt es am erforderlichen kooperativen Miteinander.

Abschließend hat das Oberlandesgericht Naumburg weiter bemängelt, dass in dem vereinbarten Betriebsführungsentgelt mehr enthalten sei, als eine bloße Kostenerstattung. Die Parteien hatten zwar eine Abrechnung auf Selbstkostenerstattung nach der VO PR30/53 vereinbart. Diese eröffnet jedoch grundsätzlich auch die Möglichkeit, im Rahmen

eines kalkulatorischen Gewinnanteils einen Wagnisaufschlag zu berechnen. Ein solcher Wagnisaufschlag sei jedoch bei Vereinbarungen zwischen öffentlichen Auftraggebern im Rahmen einer interkommunalen Zusammenarbeit nicht gerechtfertigt und stehe der Verfolgung ausschließlich im öffentlichen Interesse liegender Ziele entgegen. Zwar hat das Oberlandesgericht Naumburg nach eigenem Bekunden nicht verkannt, dass die in Aussicht gestellte Kooperationsvereinbarung für beide Vertragspartner wirtschaftlich vorteilhaft sein könnte. Dies ändere jedoch nichts daran, dass die vergaberechtlichen Voraussetzungen für eine vergaberechtsfreie interkommunale Zusammenarbeit im konkreten Einzelfall nicht erfüllt waren. Allerdings kann man bei Auswertung der Entscheidung des Oberlandesgerichts Naumburg durchaus »zwischen den Zeilen« Hinweise für eine zulässige Gestaltung der interkommunalen Zusammenarbeit finden. So würde es das Oberlandesgericht Naumburg wohl für die Verfolgung gemeinsamer Ziele ausreichen lassen, wenn sich die Betriebsführung der abwassertechnischen Einrichtungen nicht nur auf solche des

Abwasserzweckverbandes beschränkt, sondern auch abwassertechnische Einrichtungen auf dem Gebiet des Verbandsmitgliedes erfasst. Entsprechende Konstellationen sind denkbar, wenn eine Gemeinde nicht mit sämtlichen Ortsteilen Mitglied eines Abwasserzweckverbandes ist. Auch wird bei der Bestimmung des Kostenerstattungsanspruches zu berücksichtigen sein, dass die Vereinbarung eines Selbstkostenerstattungspreises nicht ausreicht, sondern klarstellend zu vereinbaren ist, dass etwaige Gewinnzuschläge - insbesondere zur Abdeckung der allgemeinen Unternehmenswagnisse - unzulässig sind.

FAZIT

- ▶ Eine vergaberechtsfreie interkommunale Kooperation erfordert ein kooperatives Konzept. Dieses liegt nicht vor, wenn ein Kooperationspartner ausschließlich entgeltliche Dienstleistungen für den anderen Partner erbringt.
- ▶ Die Vereinbarung eines Gewinnzuschlages steht in Widerspruch zur Verfolgung rein öffentlicher Zwecke.

Dr. Ludger Meuten

AUSGEZEICHNET: BATTKE GRÜNBERG GEHÖRT ZU DEN TOPKANZLEIEN IN SACHSEN

Battke Grünberg Rechtsanwälte PartGmbH behauptet ihre starke Positionierung als eine der führenden Wirtschaftskanzleien in Ostdeutschland. Die Redaktion der Branchenzeitschrift JUVE hat Battke Grünberg in der 19. Ausgabe des »JUVE Handbuch Wirtschaftskanzleien« erneut in die Gruppe der Top 5 der Sächsischen Anwaltskanzleien aufgenommen.

Daneben wird Battke Grünberg im Arbeitsrecht als einzige Kanzlei in Ostdeutschland außerhalb Berlins empfohlen.

Wir danken unseren Mandanten für das Vertrauen, aber insbesondere auch für die Erteilung der Referenzen.

Internes

VORTRAGSVERANSTALTUNGEN

I. FRÜHSTÜCKE

Vergaberechtsfrühstück 2017

Das Vergaberechtsfrühstück der Battke Grünberg Rechtsanwälte PartGmbH findet

- am 1. Dezember 2017, 8:30 Uhr bis 12.00 Uhr
- im Hotel Taschenbergpalais Kempinski
statt.

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

II. ARBEITSRECHT

Thema: 3, 2, 1 ... Wirklich nicht meins? Fremdpersonaleinsatz im Unternehmen rechtssicher gestalten

Veranstalter: IKK Classic

Ort: Plauen/Döbeln/Chemnitz/Dresden/Zwickau

Datum: 7. November 2017/17. November 2017

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Tina Lorenz

Anmeldungen sind unter www.ikk-classic.de möglich.

Thema: Arbeitsrecht für Führungskräfte

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Ort: Leipzig

Datum: 6. November 2017

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

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

Thema: Flexibilität im Arbeitsverhältnis durch mobiles Arbeiten - Arbeitswelt 4.0

Veranstalter: Paritätischer Wohlfahrtsverband Landesverband Sachsen e. V.

Ort: Dresden

Datum: 8. November 2017

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

Anmeldungen sind unter www.parisax.de möglich.

Thema: Betriebsratswahlen 2018

Veranstalter: Krankenhausgesellschaft Sachsen e.V.

Ort: Leipzig

Datum: 9. November 2017

Referent: Herr Rechtsanwalt Karsten Matthies

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

Veranstaltung
Vergaberechts
frühstück

Veranstaltungen
Arbeitsrecht

Thema: 3, 2, 1 ... Wirklich nicht meins? Fremdpersonaleinsatz im Unternehmen rechtssicher gestalten

Veranstalter: IKK Classic

Ort: Freiberg/Aue

Datum: 15. November 2017/27. November 2017

Referentin: Frau Rechtsanwältin Cathleen Schiller

Anmeldungen sind unter www.ikk-classic.de möglich.

Thema: Betriebsratswahlen 2018

Veranstalter: Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband Landesverband Sachsen e.V.

Ort: Dresden

Datum: 28. November 2017

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Tina Lorenz

Anmeldungen sind unter www.parisax.de möglich.

Thema: Always on? Mobiles Arbeiten anywhere anytime

Veranstalter: Dresdner International University

Ort: Dresden

Datum: 15. November 2017

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

Verbindliche Anmeldungen per E-Mail an: christiane.geissler@di-uni.de

Thema: Arbeitsrecht im Alltag

Veranstalter: Industrie- und Handelskammer Dresden

Ort: Dresden

Datum: 29. November 2017

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

Anmeldungen sind unter www.dresden.ihk.de möglich.

Thema: Betriebsverfassungsrecht

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Ort: Dresden

Datum: 6. Dezember 2017

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

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

Thema: Arbeitsrecht aktuell 2018

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Ort: Bautzen/Chemnitz/Leipzig/Dresden

Datum: 9. Januar 2018/11. Januar 2018/25. Januar 2018/30. Januar 2018

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

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

Thema: Ausfallmanagement in Zeiten des Fachkräftemangels

Veranstalter: Krankenhausgesellschaft Sachsen e.V.

Ort: Leipzig

Datum: 27. Februar 2018

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

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

Thema: Arbeitsrecht für Führungskräfte

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Ort: Dresden

Datum: 21. März 2018

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

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

Thema: Arbeitsrecht - Praxisrelevante Themen - Trainee Programm

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Ort: Dresden

Datum: 19. April 2018

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

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

III. GESELLSCHAFTSRECHT

Veranstaltungen
Gesellschaftsrecht

Thema: 35. Fachanwaltslehrgang Handels- und Gesellschaftsrecht – Verfahrens- und Prozessführung, Gesellschaftstreitigkeiten, menschenrechtliche Bezüge des Handels- und Gesellschaftsrechts

Veranstalter: Deutsche Anwaltakademie

Ort: Dortmund

Datum: 10. November 2016

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ekkehard Nolting

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.anwaltsakademie.de

IV. VERGABERECHT

Veranstaltungen
Vergaberecht

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

Veranstalter: SDV Vergabe GmbH

Ort: Dresden

Datum: 28. November 2017/ 6. Februar 2018

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

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

Thema: Vergaberecht 2017/2018 - Das neue Vergaberecht in seiner Struktur und praxisgerechter Anwendung

Veranstalter: SDV Vergabe GmbH

Ort: Dresden

Datum: 14. November 2017/ 5. Dezember 2017/ 9. Januar 2018/ 27. Februar 2018

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

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

V. GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ UND WETTBEWERBSRECHT

Thema: Erwerb, Schutz & Verlust von Know-How und Geistigem Eigentum

Veranstalter: Gemeinschaftsveranstaltung der Industrie- und Handelskammer Dresden mit dem Patentinformationszentrum (PIZ) der TU Dresden

Ort: Dresden

Datum: 7. November 2017

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Daniel Schöneich

Anmeldungen sind unter www.dresden.ihk.de möglich.

Veranstaltungen
Gewerblicher
Rechtsschutz

V. ENERGIEWIRTSCHAFTSRECHT

Thema: Umlage der Kosten der Wärmelieferung auf den Mieter:

Die Vorgaben der WärmelV für die Vertragsgestaltung

Veranstalter: Forum Contracting e.V.

Ort: Berlin

Datum: 14. November 2017

Referent: Herr Rechtsanwalt Dirk Grünberg

Anmeldungen sind unter www.forum-contracting.de möglich.

Veranstaltung
Energie-
wirtschaftsrecht

HINWEIS FÜR UNSERE LESER

Ab 2018 wird der Battkebrief nur noch elektronisch versandt. Soweit Sie ihn nicht bereits per E-Mail erhalten, teilen Sie uns dies bitte per E-Mail an info@battke-gruenberg.de mit, an welche E-Mail-Adresse wir ihn Ihnen zukünftig senden dürfen.



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