

Juni 2018

Liebe Leserin, lieber Leser,

der diesjährige Anwaltstag stand unter dem Motto »Fehlerkultur in der Rechtspflege«. Dazu gehören sowohl Gerichte und Richter als auch die Anwälte. Richter haben das Recht und die Gesetze anzuwenden, die die Parlamente uns gegeben haben. Die Anwälte haben die Aufgabe, den Bürgern und Unternehmen den Zugang zu diesem Recht zu gewährleisten und die ihnen vom Gesetz eingeräumten Rechte vor den Gerichten insbesondere auch gegen die staatliche Macht durchzusetzen. Das sind die Regeln und Institutionen, die den Rechtsstaat ausmachen. Dabei werden Fehler gemacht – das zu leugnen wäre angesichts der Komplexität der Aufgaben, die zu bewältigen sind, absurd. Und es wäre gefährlich, weil es den Rechtsstaat und seine Institutionen in Misskredit brächte, wollte man sie als unfehlbar darstellen. Sich dazu zu bekennen, sie aufzuarbeiten und daraus zu lernen stärkt daher das Vertrauen in die Anwaltschaft und ihre Arbeit ebenso wie in die Justiz. Verlören die Institutionen das Vertrauen der Bevölkerung, schwächte das das Recht insgesamt. Und Recht muss stark sein, soll nicht am Ende das Recht des Stärkeren sich durchsetzen. Das durch eine offene Fehlerkultur erlangte Vertrauen in die Zuverlässigkeit der rechtsstaatlichen Gewährleistung des Rechts stärkt vor allem auch den Wirtschaftsstandort Deutschland. Fehler werden aber nicht nur bei Rechtsanwendung und -durchsetzung gemacht. Sie werden auch bei der Rechtsetzung, also der Gesetzgebung gemacht. Wenn ausgerechnet ein Bundestagsabgeordneter die Anwaltschaft pauschal als »Klageindustrie« bezeichnet, stärkt das nicht das Vertrauen in Recht und Rechtsstaat. Solange ein Großteil dieser Klagen vor Gericht erfolgreich ist, erfüllen Anwälte ihre Aufgabe, die Rechte des Einzelnen insbesondere auch gegen die Macht des Staates zur Geltung zu bringen. Es mag sein, dass die von Anwälten und Gerichten anzuwendenden Gesetze womöglich einer Korrektur bedürfen. Dann sollten sich Bundestagsabgeordnete an die ihnen zukommende Arbeit machen und nicht für eigene Versäumnisse andere verantwortlich machen. Auch das gehört zu einem offenen Umgang mit Fehlern und zu einer guten Fehlerkultur.

Ihre Battke Grünberg Rechtsanwälte Part GmbH

N^o 2/2018

> MANDANTENINFORMATION

Schwerpunktthema	02
Aus unserer Tätigkeit	06
Gesellschaftsrecht	08
Internationales	10
Arbeitsrecht	10
Geistiges Eigentum	16
Medizin- und Sozialrecht	18
Kommunalrecht	19
Vergaberecht	20
Sonstiges	21
Veranstaltungen & Vorträge	21
Impressum	24



HASSREDEN, FAKE-NEWS UND BELEIDIGUNGEN IM INTERNET – RECHTSSCHUTZ DURCH DAS NEUE NETZDG

Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern. Das Grundgesetz hat mit Artikel 5 Abs. 1 S. 1 GG damit ein klares Bekenntnis zur Meinungsfreiheit. Und das ist auch gut so. Doch die Realität, mit der Betroffene und Unternehmen im Zuge der Digitalisierung zunehmend konfrontiert sind, ist häufig traurig. Die Grenzen der zulässigen Äußerungen sowie Inhalte werden durch Internet-User mittlerweile häufig überschritten. Sei es, dass Arbeitnehmer über Facebook, Twitter und Co. über Entscheidungen des (ehemaligen) Arbeitgebers hetzen, sei es, dass bei YouTube Videos veröffentlicht werden, die die Rechte der Betroffenen verletzen. Zu einer Dynamisierung der Rechtsverletzung kommt es vor allem durch die Funktionsweise des Internets. Denn außerhalb der digitalisierten Welt fallen Äußerungen häufig nur in einem kleineren Empfängerkreis und geraten mit der Zeit in Vergessenheit. Hingegen erreichen Posts bei Facebook und Co. und Videos bei YouTube dauerhaft einen sehr großen Empfängerkreis von mehreren Tausend Usern: Das Internet vergisst nie!

1. Rechtliche Rahmenbedingungen für einen effizienten Rechtsschutz

Dabei sind die rechtlichen Rahmenbedingungen, sich gegen Hassreden und beleidigende Inhalte zur Wehr zu setzen, ebenso klar und eindeutig. Allerdings gilt es, in der praktischen Rechtsdurchsetzung einige Hürden zu nehmen.

a) Ansprüche gegen Äußerungen

Soweit sich Betroffene gegen Äußerungen zur Wehr

setzen wollen, gilt in der analogen wie auch der digitalen Welt zunächst, dass bei Äußerungen zwischen Tatsachen- und Meinungsäußerungen unterschieden werden muss. Während Tatsachenbehauptungen dem Beweis zugänglich sind, ist dies bei Meinungsäußerungen anders. Meinungsäußerungen sind geprägt durch ein Werturteil. Der Äußernde bringt eine Position zu einem bestimmten Umstand zum Ausdruck, hält mit seiner Aussage gegen oder befürwortet den Umstand. Meinungsäußerungen sind damit nicht dem Beweis zugänglich.

Betroffene können sich gegen unwahre Tatsachenbehauptungen regelmäßig zur Wehr setzen. Meinungsäußerungen sind auf Grund der grundgesetzlich garantierten Meinungsfreiheit hingegen grundsätzlich zulässig, es sei denn, die Äußerungen stellen eine Schmähkritik oder eine Beleidigung dar. Bei einer Schmähkritik kommt es dem Äußernden darauf an, den Betroffenen der Äußerungen gegenüber dem Empfängerkreis verächtlich zu machen, es soll gerade kein sachlicher Diskurs stattfinden.

Da in unserer Beratungspraxis häufig Posts oder Videos mit beleidigendem oder unwahrem Inhalt Anlass zur Mandatierung geben, besteht insoweit eine gute Basis für die Rechtsdurchsetzung. Dies gilt auch, wenn die Äußerungen, gegen die sich die Betroffenen wehren wollen, in rhetorische Stilmittel eingekleidet sind. Tätigt der Internetuser die Äußerungen bspw. nur verdeckt, d.h. »zwischen den Zeilen« oder stellt er die rechtsverletzende Behauptung als rhetorische Frage dar bzw. wird die Aussage mehrdeutig

formuliert, handelt es sich gleichwohl um eine (unwahre) Tatsachenbehauptung, wenn sich dem Leser der mit der Aussage beabsichtigte Inhalt aufdrängt und er so dem Beitrag des Äußernden eine Tatsachenbehauptung entnimmt. Die Rechtsprechung ordnet derartige Äußerungen als Tatsachenbehauptung ein, bei deren Unwahrheit Betroffene Ansprüche durchsetzen können.

b) Unzulässige Verwendung von Bildnissen

Auch soweit in den Posts und Videos Fotos von den betroffenen Personen oder Dritten genutzt werden, liegen häufig Rechtsverletzungen vor. Nach §22 KUG dürfen Bildnisse von Personen, d.h. Bilder bzw. Fotos, auf denen die Personen für Dritte erkennbar werden, ohne die Einwilligung des Betroffenen nicht verbreitet oder zur Schau gestellt werden, es sei denn, es greift eine Ausnahme nach den §§ 23 und 24 KUG. Sind auf den Bildern Minderjährige abgebildet, bedarf es sowohl der Einwilligung der gesetzlichen Vertreter als auch der betroffenen Minderjährigen (wenn die Einsichtsfähigkeit hinsichtlich der Abgabe einer Einwilligungserklärung) vorliegt.

In der Praxis liegt häufig die Einwilligung der Betroffenen oder ein Ausnahmetatbestand für die Veröffentlichung der Bildnisse nicht vor, sodass es bei Posts und Videos mit Hassreden häufig zur Verletzung von mehreren Rechtspositionen kommt.

2. Chancen und Risiken der Rechtsdurchsetzung

Die Rechtsordnung gibt den Betroffenen eine Vielzahl von Ansprüchen gegen den Verletzer in die Hand. Doch gibt es für die Rechtsdurchsetzung verschiedene Stolperfallen, die von den Betroffenen beachtet werden müssen.

a) Ansprüche der Betroffenen

Im Falle der Verletzung der Rechte des Betroffenen durch Internetbeiträge, aber auch rechtswidrige Äußerungen in der analogen Welt (z.B. in Zeitungen), stehen diesem Ansprüche auf Unterlassung, Widerruf und Gegendarstellung sowie ggf. Schadenersatz und Geldentschädigung zu.

Mit der Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs wird sichergestellt, dass der Verletzer die Äußerung künftig nicht mehr aufstellen kann. Ihm droht die Zahlung eines Ordnungsgeldes bzw. einer

hohen Vertragsstrafe, wenn er die rechtswidrige Äußerung erneut tätigt oder verbreitet.

Der Widerrufsanspruch gibt dem Betroffenen die Möglichkeit, den Verletzer zu verpflichten, die getätigte Äußerung zu widerrufen, wenn von dieser eine gewisse Nachhaltigkeit ausgeht. Der Gegendarstellungsanspruch versetzt den Betroffenen in die Lage, an der gleichen Stelle und der gleichen Größe wie die Erstveröffentlichung, den Sachverhalt aus seiner Sicht darzustellen. In unserer äußerungsrechtlichen Beratungspraxis setzen wir die Ansprüche auf Widerruf und Gegendarstellung selten durch. Diese Ansprüche sollten allerdings sorgfältig geprüft werden, da die Betroffenen sich stets vergegenwärtigen müssen, dass Widerruf und Gegendarstellung eine erneute Veröffentlichung des Sachverhalts im Internet oder einem anderen Medium zur Folge haben und der Angelegenheit somit unter Umständen vom Publikum eine Relevanz eingeräumt wird, die nicht beabsichtigt ist. Die Durchsetzung der Ansprüche auf Widerruf und Gegendarstellung in der anwaltlichen Beratung sollte daher gemeinsam mit den Betroffenen besonders abgewogen werden.

Entsteht dem Betroffenen ein Schaden oder handelt es sich um eine besonders schwerwiegende Persönlichkeitsrechtsverletzung, steht diesem noch ein Anspruch auf Schadenersatz sowie Schmerzensgeld (sog. Geldentschädigung) zu.

b) Die Rechtsdurchsetzung in der Praxis

(1) Liegt eine rechtswidrige Äußerung oder Bildnisnutzung vor, ist es geboten, den Verletzer kurzfristig abzumahnern und ihn zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung aufzufordern. Kommt er diesem Begehren nicht nach, kann mit einem Antrag bei Gericht auf Erlass einer einstweiligen Verfügung innerhalb kürzester Zeit sichergestellt werden, dass der Verletzer zur Unterlassung verurteilt wird. Auch der Anspruch auf Gegendarstellung ist im Eilverfahren im Wege der einstweiligen Verfügung durchzusetzen, da die Gegendarstellung zeitnah erscheinen muss, um ihren Zweck zu erfüllen.

Weitergehende Ansprüche, etwa auf Widerruf oder Schadenersatz bzw. Geldentschädigung müssen hingegen im Wege einer normalen Klage geltend gemacht werden.

Besonders bemerkenswert ist, dass in der Praxis Betroffene häufig vor der Rechtsdurchsetzung zurückschrecken, weil sie die damit verbundenen Kosten scheuen. Allerdings obliegt es dem Verletzer, im Falle seines Unterliegens bei Gericht die Kosten der Rechtsdurchsetzung zu übernehmen. Dies umfasst sowohl die außergerichtlichen Kosten der Abmahnung als auch die entstandenen Prozesskosten. Da im Äußerungs-/Presserecht die Streitwerte hoch sind, führt die Kostenerstattungspflicht des Verletzers häufig dazu, dass auch bei Abschluss von Stundenhonorarvereinbarungen keine Kostenlücke zwischen den Kosten, die für den eigenen Anwalt aufzubringen sind und den Kosten, die der Gegner zu erstatten hat, entsteht.

(2) Sehr problematisch ist, dass die Verletzer ihre Posts sowie Beiträge auf YouTube etc. häufig unter Pseudonymen veröffentlichen. Insoweit ergibt sich für die Rechtsdurchsetzung die Schwierigkeit, dass die in Anspruch zu nehmende Person nicht ohne Weiteres identifiziert werden kann.

Abhilfe kann manchmal dadurch geschaffen werden, dass das Pseudonym in Suchmaschinen eingegeben wird. Denn nicht selten gibt es auch andere Webseiten, auf denen der Verletzer neben seinem Pseudonym auch seinen Klarnamen angibt, sodass die für die Rechtsdurchsetzung erforderlichen Daten recherchiert werden können. Auch besteht grundsätzlich die Möglichkeit, Strafanzeige zu stellen, da die Äußerungen häufig die Tatbestände der Beleidigung, Verleumdung sowie üblen Nachrede erfüllen, sodass die Aufnahme strafrechtlicher Ermittlungen angezeigt ist. Soweit dann im Rahmen der Ermittlungen die Täter identifiziert werden, kann gegen diese ebenfalls vorgegangen werden.

3. Neue Wege durch das Netzwerkdurchsetzungsgesetz?

a) Gegenstand des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes

Die Recherchemöglichkeiten im Internet nach Klarnamen sowie die Hoffnung auf kurzfristige Auskünfte im Rahmen des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens sind jedoch begrenzt. Der Gesetzgeber hat dies zum Anlass genommen, das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (kurz NetzDG) zu verabschieden,

um den Betroffenen eine weitere Handhabe gegen Verletzungen zu ermöglichen.

Hierdurch werden soziale Netzwerke stärker in die Pflicht genommen. Diese haben die bußgeldbewehrte Pflicht, ein Verfahren zum Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte vorzuzulassen, wonach offensichtlich rechtswidrige Inhalte innerhalb von 24 Stunden und sonstige rechtswidrige Inhalte in der Regel innerhalb von sieben Tagen zu löschen oder zu sperren sind.

Die Regelungen des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes gelten für soziale Netzwerke, die als Diensteanbieter mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben, die dazu bestimmt sind, dass Nutzer beliebige Inhalte mit anderen Nutzern teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen. Ein Sitz oder eine Niederlassung des Anbieters in Deutschland ist nicht erforderlich. Allerdings sind journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote oder Plattformen zur Individualkommunikation von den Wirkungen des Gesetzes ausgenommen. Dies führt in der Praxis dazu, dass Anbieter wie Facebook, Twitter und Instagram unter den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, während Amazon, Xing und LinkedIn von diesen ausgenommen sind. Eine weitere Beschränkung des Anwendungsbereiches ergibt sich für soziale Netzwerke mit weniger als 2 Mio. registrierten Nutzern im Inland, da für diese weder die Berichtspflicht (§ 2 NetzDG) noch die Vorgaben zum Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte gem. § 3 NetzDG gelten. Als Nutzer im Inland gilt, wer in Deutschland seinen Wohnsitz hat. Liegt die Nutzerzahl unter 2 Mio. registrierten Nutzern, besteht für das Netzwerk jedoch zumindest die Pflicht, einen inländischen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen sowie bestimmte Auskunftsrechte der Betroffenen zu erfüllen.

b) Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte

Die Netzwerke müssen ein Verfahren schaffen, mit dem Betroffene rechtswidrige Inhalte melden können. Das Verfahren muss für die Nutzer leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar sein. Bei Facebook ist das Verfahren beispielsweise über den Link zum Impressum erreichbar. Für den Umgang mit den Beschwerden ist die Rechtswidrigkeit des Inhalts entscheidender Maßstab.

Rechtswidrige Inhalte sind nur solche, die auf sozialen Medien mit anderen Nutzern geteilt oder der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, und die bestimmte, im Einzelnen aufgeführte Straftatbestände erfüllen wie etwa das Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen, die verfassungsfeindliche Einwirkung auf Bundeswehr und öffentliche Sicherheitsorgane, die Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat, die Volksverhetzung, Gewaltdarstellung oder Belohnung und Billigung von Straftaten, die Verbreitung pornografischer Schriften, Beleidigungen, üble Nachrede oder Verleumdung.

Die Normen beziehen sich im Wesentlichen auf den Bereich des Schutzes des Demokratischen Rechtsstaats, der öffentlichen Ordnung, der persönlichen Ehre sowie der sexuellen Selbstbestimmung.

Muss der Anbieter von einem offensichtlichen rechtswidrigen Inhalt und damit von einem offensichtlichen Verstoß gegen vorgenannte Straftatbestände ausgehen, muss er den betreffenden Inhalt innerhalb von 24 Stunden entfernen oder sperren, es sei denn, der Anbieter hat mit der zuständigen Strafverfolgungsbehörde einen längeren Zeitraum für die Löschung oder Sperrung vereinbart. Da nach der Gesetzesbegründung die Anbieter nicht von vornherein von einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit der Inhalte ausgehen sollen, ist es Aufgabe der Betroffenen, die Offensichtlichkeit der Rechtsverletzung umfassend und substantiiert darzustellen, um eine kurzfristige Löschung zu erreichen.

Muss der Anbieter nicht von einem offensichtlich rechtswidrigen Inhalt ausgehen, hat er in der Regel sieben Tage Zeit, den Beitrag zu entfernen oder zu sperren. Die Frist kann allerdings überschritten werden, wenn die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit von der Unwahrheit einer Tatsachenaussage oder erkennbar von anderen tatsächlichen Umständen abhängt. Häufig kommt es in diesen Fällen dazu, dass die Äußernden die Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten, damit sich die Anbieter ein umfassendes Bild von der rechtlichen Würdigung machen können.

Gelangt der Anbieter jeweils zu der Erkenntnis, dass ein rechtswidriger Inhalt vorliegt und wird

eine Löschung oder Sperrung des Beitrages vollzogen, sind die Betroffenen hiervon zu unterrichten und die Inhalte zu Beweis Zwecken für eine Dauer von zehn Wochen zu sichern. Damit soll die Strafverfolgung ermöglicht bleiben.

c) Angabe eines Zustellungsbevollmächtigten

Eine weitere Erleichterung bei der Durchsetzung von Ansprüchen Betroffener schafft die nach § 5 Abs. 1 NetzDG vorgesehene Pflicht für die Anbieter sozialer Netzwerke, im Inland einen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen und auf ihrer Plattform in leicht erkennbarer Weise anzugeben, um Zustellungen in Bußgeldverfahren oder Gerichtsverfahren zu erleichtern. Zudem ist für Auskunftersuchen von Strafverfolgungsbehörden eine empfangsberechtigte Person im Inland zu benennen, die verpflichtet ist, innerhalb von 48 Stunden nach einer Anfrage zu antworten.

Die Regelung hat den großen Vorteil, dass eine inländische Korrespondenzadresse existiert. Noch vor Inkrafttreten des NetzDG musste eine Kontaktaufnahme bei Facebook, Twitter, Instagram und Co. häufig bei den Stammsitzen in Silicon Valley (USA) erfolgen, was die Rechtsdurchsetzung deutlich erschwerte.

d) Auskunftsrechte der Betroffenen

Mit Umsetzung des NetzDG wurde auch die Vorschrift des § 14 TMG dahingehend erweitert, dass die Medienanbieter künftig auch Auskunft über die bei ihnen vorhandenen Bestandsdaten erteilen, soweit diese zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche aufgrund rechtswidriger Inhalte im Sinne des NetzDG erforderlich sind. Bislang konnten Anbieter auf Auskunftersuchen der Betroffenen, wer für den jeweiligen Post verantwortlich ist, auf den bestehenden Datenschutz hinweisen und mussten die Klarnamen hinter den Pseudonymen nicht offenbaren. Nun besteht die Möglichkeit bei der jeweiligen Zivilkammer des Landgerichts, in dessen Bezirk der Verletzte seinen Wohnsitz oder eine Niederlassung hat, ein Auskunftersuchen geltend zu machen. Hierdurch bietet sich für den Betroffenen die Chance, kurzfristig in Erfahrung zu bringen, wer hinter dem Pseudonym bei dem sozialen Netzwerk steckt.

e) Anbietern drohen hohe Bußgelder

Verstöße gegen die für Anbieter bestehenden Berichts-

pflichten oder die Verfahrensvorgaben zum Umgang mit den Beschwerden über rechtswidrige Inhalte können Bußgelder von bis zu EUR 50 Mio. zur Folge haben. Verstößen die Anbieter gegen die Regelung zur Bestellung von inländischen Zustellungsbevollmächtigten oder Auskunftspflichtigen, können die Behörden diese Verstöße mit bis zu EUR 5 Mio. ahnden. Die Anbieter haben daher einen hohen Druck, den Vorgaben des NetzDG zu entsprechen.

4. Zusammenfassung und Bewertung

Die rechtlichen Rahmenbedingungen, sich gegen rechtswidrige Äußerungen und unzulässige Bildnisveröffentlichungen zur Wehr zu setzen, sind gut. Eine Rechtsdurchsetzung ist unbedingt zu empfehlen, wenn die Beiträge im Internet unwahre Tatsachenbehauptungen, Schmähungen oder Beleidigungen enthalten. Auch bei einer Verwendung eines Bildnisses ohne die eigene Zustimmung sollte über eine Inanspruchnahme der Verwender nachgedacht werden. Die Inanspruchnahme kann kurzfristig durch eine Abmahnung mit einer Unterlassungserklärung sowie bei Nichtabgabe der Erklärung im Wege eines einstweiligen Verfügungsverfahrens erfolgen. Auch sollte erwogen werden, Strafanzeige zu stellen.

Spätestens mit Inkrafttreten des NetzDG ist für die Betroffenen darüber hinaus die Rechtsdurchsetzung erleichtert worden, wenn diese gegen Beiträge in

sozialen Netzwerken vorgehen möchten, die rechtswidrige Inhalte zum Gegenstand haben. Dies ist zum einen gegen Inhalte möglich, deren Urheber mit Klarnamen erkennbar ist. Die Durchsetzung bietet sich aber vor allem an, wenn der rechtswidrig handelnde Nutzer nur unter einem Pseudonym auftritt.

Soweit es um die Löschungspflicht von rechtswidrigen Inhalten geht, bringt das NetzDG allerdings nicht wirklich eine Neuerung, da Telemedienanbieter aufgrund ihrer sog. Störerhaftung auch schon vor Inkrafttreten des NetzDG verpflichtet waren, rechtswidrige Inhalte ab Kenntniserlangung zu löschen. Eine wirkliche Neuerung bringt hingegen, dass die sozialen Netzwerke verpflichtet sind, die Verletzer zu benennen. Angesichts der drohenden hohen Bußgelder ist jedoch zu befürchten, dass Anbieter sozialer Netzwerke Löschungen von Beiträgen eher vornehmen werden, als die Beiträge im Netz zu belassen. Dies ist sicherlich mit Blick auf die bestehende Meinungs-, Presse- und Kunstfreiheit problematisch.

Allerdings sind die vom NetzDG erfassten Anbieter im erheblichen Maß kommerziell tätig, sodass eine ausgewogene rechtliche Bewertung der Inhalte erwartet werden kann. Für die Betroffenen bietet daher das NetzDG neben den ohnehin bestehenden Ansprüchen eine gute Möglichkeit, sich gegen Hassreden, Cybermobbing und Onlinehetze zur Wehr zu setzen.

Dr. Daniel Schöneich

Aus unserer Tätigkeit

DEUTSCH-CHINESISCHER RECHTSANWALTSAUSTAUSCH BEI BATTKE GRÜNBERG

Im Rahmen eines von der Bundesrechtsanwaltskammer und der Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit organisierten und von der Robert-Bosch-Stiftung finanzierten Rechtsanwaltsaustauschs besuchte eine chinesische Anwaltsdelegation in der letzten Maiwoche Sachsen, um sich über das anwaltliche Berufsrecht, das Umweltschutzrecht und das Rechtssystem in Deutschland zu informieren. Dabei fanden u.a. ein Besuch des Bundesverwaltungsgerichts in Leipzig mit einem Gespräch mit dessen Präsidenten und ein Kolloquium in den Räumen der Kanzlei Battke Grünberg im »Lebendigen

Haus« am Zwinger statt. Im Anschluss an die fachliche Diskussion begrüßte der Partner Dr. Ekkehard Nolting die chinesische Anwaltsdelegation auf einem Empfang der Kanzlei Battke Grünberg auf der Dachterrasse über ihren Kanzleiräumen. Er warb in seinen Begrüßungsworten für Investitions- und Rechtssicherheit durch verlässliche Regeln, unabhängige Gerichte und Anwälte, die für Mandanten bei ihrem Handel und Investitionen in China von wesentlicher Bedeutung sind. Der Austausch zwischen deutschen und chinesischen Anwälten findet zweimal im Jahr zu verschiedenen rechtlichen Themen statt, um

die juristische Zusammenarbeit zwischen beiden Ländern zu verbessern und vor allem für das den deutschen Mandanten vertraute Rechtssystem zu werben. Rechtsanwalt Dr. Schöneich, der bei Battke Grünberg für das China-Geschäft zuständig ist, konnte bereits an zwei Treffen in München und der

chinesischen Stadt Kunming zu dem im deutsch-chinesischen Rechtsverkehr wichtigen Rechtsgebiet des Geistigen Eigentums (Marken, Urheberrechte, Patente und Wettbewerbsrecht) teilnehmen und dort gute Kontakte zu den chinesischen Kollegen aufbauen.



© Foto: GENG Yuan

ARBEITSRECHTSFRÜHSTÜCK 2018 – ERNEUT EIN VOLLER ERFOLG

Auch in diesem Jahr war unser Arbeitsrechtfrühstück, welches am 13. April 2018 im Hotel Taschenbergpalais Kempinski in Dresden stattfand, wieder ein voller Erfolg. Etwa 250 Teilnehmer informierten sich in insgesamt fünf Vorträgen über aktuelle arbeitsrechtliche Themen. Den Teilnehmern standen in Block 1 die Vorträge »Arbeiten anytime? Das Arbeitszeitgesetz und Flexibilisierungsmöglichkeiten« (Referenten: Frau Dr. Lorenz und Herr Pflöging) sowie »Narrenfreiheit für Betriebsräte? Handlungsmöglichkeiten für Arbeitgeber« (Referenten: Herr Thomsen und Herr Matthieß) zur Auswahl. Nach einer ausgedehnten Frühstückspause, die aufgrund des guten Wetters in diesem Jahr im Innenhof des Taschenbergpalais Kempinski im frühlinghaften Ambiente stattfand, konnten sich die Teilnehmer in Block 2 über »Arbeitnehmerdatenschutz« (Referentinnen: Frau Dr. Lorenz und Frau Guhl) oder über »Digital Employment« (Referenten: Frau Dr. Benkendorff und Herr Matthieß) informieren. Wie immer schloss die Veranstaltung mit einem Überblick über die aktuelle Rechtsprechung und Entwicklungen im Arbeitsrecht durch Frau Dr. Benkendorff und Herrn Thomsen ab.

Wir freuen uns über das umfangreiche, positive Feedback, welches die Teilnehmerinnen und Teilnehmer auf den ausgelegten Fragebögen hinterlassen haben und bedanken uns für die zahlreichen Anregungen für die kommenden Frühstücksveranstaltungen. Sollten Sie ein interessantes Thema für das Arbeitsrechtfrühstück im Frühjahr 2019 vorschlagen wollen, sind wir dafür jederzeit offen. Sie können uns diese Anregungen gerne in einer E-Mail an info@battke-gruenberg.de zukommen lassen.

Wenn Sie am Arbeitsrechtfrühstück 2018 nicht teilnehmen konnten und Interesse am Download der PowerPoint-Präsentationen haben, finden sie diese unter: <http://www.battke-gruenberg.de/vergangene-veranstaltungen.html>

Die Zugangsdaten lauten:
Benutzername: 2018fruestueck
Passwort: 1304arbeitsrecht2018

Wir freuen uns darauf, Sie auch bei unseren zukünftigen Frühstücksveranstaltungen begrüßen zu können.

Ihr Arbeitsrechtsteam Battke Grünberg

KEINE ABFINDUNG FÜR KÜNDIGENDEN GESELLSCHAFTER EINER GESELLSCHAFT BÜRGERLICHEN RECHTS MIT FORTSETZUNGSKLAUSEL BEI LIQUIDATION DER GESELLSCHAFT

Kündigt ein Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) den Gesellschaftsvertrag, ist die Gesellschaft nach dem Gesetz aufgelöst. Bei unternehmenstragenden und Publikumsgesellschaften (Anlagegesellschaften) soll die damit verbundene Zerschlagung des Unternehmenswertes vermieden werden. In den Gesellschaftsverträgen werden daher regelmäßig sog. »Fortsetzungsklauseln« vereinbart: Im Fall einer Kündigung scheidet der Kündigende dann aus der Gesellschaft aus, die unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt wird, und erhält eine am Unternehmenswert orientierte Abfindung, deren Berechnung sich nach einer zuvor im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Bewertungsmethode richtet.

Das ist nach einer kürzlich veröffentlichten Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 6. Februar 2018, Az.: II ZR1/16) jedoch anders, wenn die Gesellschafter die Gesellschaft nach der Kündigung durch einen einzelnen Gesellschafter nicht mehr fortsetzen wollen, sondern noch während der laufenden Kündigungsfrist die Liquidation beschließen. In diesem Fall scheidet der Kündigende nicht mehr aus der dann bestehenden – Liquidationsgesellschaft aus und erhält keine Abfindung, sondern er bleibt Mitglied der Gesellschaft und erhält (erst) nach Abschluss der Liquidation seinen Anteil am Liquidationsüberschuss und damit i. d. R. nur an den Zerschlagungswerten.

Die Fortsetzungsklausel ist in diesem Fall nicht mehr anzuwenden, da ihr Zweck nicht mehr erreicht werden kann. Sie dient allein dem Interesse der verbleibenden Gesellschafter am Erhalt der geschaffenen

Werte, sie soll nicht den Kündigenden mit einem Abfindungsanspruch privilegieren. Wird die Gesellschaft nicht fortgesetzt und das Gesellschaftsvermögen zerschlagen, besteht kein Grund mehr, den Kündigenden vorzeitig aus der Gesellschaft zu entlassen und für ihn ein gesondertes Abfindungsguthaben zu berechnen.

Für die Gestaltung von GbR-Verträgen, jedenfalls für eine unternehmenstragende Gesellschaft, gehört es zum Standard, Fortsetzungsklauseln vorzusehen, um das Unternehmen zu bewahren und fortzusetzen, wenn ein Gesellschafter kündigt. Ebenso sollte aber daran gedacht werden, den verbleibenden Gesellschaftern die Möglichkeit zu geben, der Kündigung die Ausscheidensfolge zu nehmen und ohne Mitwirkung des Kündigenden die Auflösung zu beschließen, wenn die Fortsetzung ohne den Kündigenden nicht mehr erfolgversprechend erscheint.

FAZIT

► Kündigt der Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts den Gesellschaftsvertrag und beschließen anschließend die Gesellschafter die Liquidation der Gesellschaft, scheidet der Kündigende auch bei einer Fortsetzungsklausel nicht aus der Gesellschaft aus, sondern bleibt Mitglied der Liquidationsgesellschaft und erhält nach Beendigung der Liquidation seinen Anteil am Liquidationsüberschuss.

► Die Fortsetzungsklausel sollte die Option für die übrigen Gesellschafter enthalten, wegen der Kündigung ohne Auswirkung des Kündigenden die Auflösung herbeizuführen.

Dr. Ekkehard Nolting

DER FALL WINTERKORN UND DIE D&O-VERSICHERUNG

VW prüft Schadensersatzansprüche in Milliardenhöhe gegen seinen ehemaligen Vorstandschef Martin Winterkorn wegen der Diesellaffäre. Auf das harte Organhaftungsregime hatten wir an dieser Stelle bereits wiederholt hingewiesen. Der Fall Winterkorn gibt aber Anlass, den Blick einmal auf die D&O-Versicherung zu lenken und an dieser Stelle auf ein paar Fallstricke hinzuweisen:

Besonders deutlich wird an diesem Fall das Risiko von Sammel- und Konzernpolicen, mit denen mehrere Organe versichert werden. Ist die Deckungssumme erschöpft, sind weitere Schadensfälle auch kleinerer Art etwa von Geschäftsführern in kleinen Tochterunternehmen des Konzerns nicht mehr gedeckt. Verschärft wird das Problem durch das »claims-made-Prinzip«: Es kommt dabei auf die Deckung im

Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs, nicht auf den Zeitpunkt der Pflichtverletzung an. Macht die Gesellschaft in einer Periode mehrere verschiedene Ansprüche gegen mehrere Organe geltend, steht dafür unabhängig davon, wann diese begründet worden sind, die Deckungssumme nur einmal zur Verfügung. Bei Schadensersatzsummen wie im Fall Winterkorn können schon allein die Kosten der Rechtsverteidigung die Deckungssumme erheblich aufzehren, wenn sie nicht gesondert eingedeckt sind. Oftmals versichert der D&O-Versicherer auch nur Anwaltskosten in Höhe der gesetzlichen Gebühren, was die freie Anwaltswahl erheblich einschränken kann. Bei Sammelpolicen für Vorstand und Aufsichtsrat tritt oftmals ein Interessenkonflikt zwischen beiden Organen und deren Mitgliedern auf; die unbefangene Wahrnehmung der Interessen des Versicherten ist der Versicherung in diesem Fall nicht mehr möglich. Liegen Obliegenheitspflichtverletzungen oder wissentliche Pflichtverletzungen einzelner Versicherter vor, die die Versicherung von ihrer Leistungspflicht befreien, besteht auch für die übrigen Versicherten das Risiko, dass die Versicherung nicht leistet, sondern sie auf den Gesamtschuldnerregress gegen das schuldhaft handelnde Organ verweist. Und schließlich ist zu bedenken, dass die Gesellschaft den Versicherungsvertrag kündigt oder die Konditionen ändert, nachdem das Organ ausgeschieden ist. Soweit ein Strafrechtsschutz enthalten ist, kommt es häufig zur Kündigung, wenn das Unternehmen nach Ausscheiden des Organs auf strafrechtlich relevante Sachverhalte stößt oder solche Sachverhalte zum Anlass fristloser Kündigungen des Anstellungsvertrages nimmt, weil in diesen Fällen kein Interesse mehr an einer erfolgreichen Strafverteidigung bestehen kann.

Diesen Risiken kann im Rahmen der Gestaltung des Anstellungsvertrages des Organs mit seiner Gesellschaft entgegengewirkt werden, indem die Gesellschaft verpflichtet wird, für eine Deckung zu entsprechenden Konditionen zu sorgen und sie auch über das Ende der Anstellung hinaus vorzuhalten: Denkbar ist zunächst, auf den Abschluss einer Einzelpolice hinzuwirken, wodurch zahlreiche Probleme bereits beseitigt werden. Bei Sammelpolicen sollte darauf geachtet werden, dass keine Zurechnung von Obliegenheits-

pfllichtverletzungen anderer Versicherter erfolgt, dass eine ausreichende Mindestversicherungssumme vereinbart ist, die Gesellschaft verpflichtet bleibt, die Versicherungsdeckung auch nach Beendigung der Organstellung bis zum Ablauf der Verjährungsfrist für eventuelle Schadensersatzansprüche zu unveränderten Konditionen aufrechtzuerhalten (»Verschaffensklausel«), die Nachhaftungsfrist bis zum Ablauf der Verjährungsfrist erstreckt ist und eine sogenannte »Umstandsmeldung« ausreicht. Schließlich sollten für die Rechtsverteidigung die marktüblichen Stundensätze für Rechtsanwälte auch über die RVG-Gebühren hinaus gedeckt sein und ein individuelles Abwehrkostenlimit vereinbart sein. Wichtig ist schließlich für das Organ die Deckung eines aktiven Rechtsschutzes: Wird das Organ von seiner Gesellschaft im Rahmen von Ausscheidens- und Abfindungsverhandlungen mit Vorwürfen konfrontiert, muss es dem Organ möglich sein, sich aktiv gegen solche Vorhaltungen auch gerichtlich zur Wehr zu setzen, wenn es meint, sich nichts vorwerfen lassen zu müssen. Andernfalls ist seine Verhandlungsposition erheblich geschwächt. Zur Prüfung auf eventuelle Deckungslücken und -risiken sollte schließlich ein unabhängiger Versicherungsberater eingeschaltet werden, der wertvolle Hinweise liefern kann, worauf das Organ anlässlich des Abschlusses seines Anstellungsvertrages achten sollte.

Unabhängig davon sollte jedes Organ prüfen, ob es nicht zusätzlich eine eigene persönliche Vermögens- und Strafrechtsschutzversicherung abschließt, um so den Gefahren eines Deckungsverlustes bei der Haftpflichtversicherung der Gesellschaft auszuweichen.

FAZIT

► Organhaftungsansprüche werden von den Gesellschaften immer öfter verfolgt und nehmen auch schon bei mittelständischen Unternehmen existenzvernichtende Größenordnungen an.

► Eine D&O-Versicherung ist daher für Organe heute unverzichtbar; die Konditionen sollten vor Antritt der Organstellung und Abschluss des Anstellungsvertrages genau geprüft werden und im Anstellungsvertrag konkret abgesichert werden.

Dr. Ekkehard Nolting

EUROPÄISCHER GERICHTSHOF ERKLÄRT INVESTITIONSSCHIEDSGERICHTSBARKEIT INNERHALB DER EUROPÄISCHEN UNION FÜR RECHTSWIDRIG

Der Europäische Gerichtshof hat mit einer Vorabentscheidung vom 6. März 2018 in der Rechtssache Achmea (RS 284/16) auf Ersuchen des Bundesgerichtshofs für Aufsehen und Beunruhigung gesorgt: Danach verstoßen Vereinbarungen in einem internationalen Vertrag zwischen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union gegen Art. 267 und 344 AEUV, nach denen ein Investor eines der Vertragsstaaten im Fall einer Streitigkeit über seine Investition in dem anderen Vertragsstaat gegen diesen ein Verfahren vor einem Schiedsgericht einleiten darf, dem sich die Vertragsstaaten für diesen Fall unterworfen haben. Es geht um die durch TTIP in die öffentliche Diskussion geratene in völkerrechtlichen Investitionsschutzabkommen vereinbarte Investitionsschiedsgerichtsbarkeit.

Ausgangspunkt war ein Rechtsstreit zwischen der zu einer niederländischen Versicherungsgruppe gehörenden Versicherung Achmea und der Slowakei. Achmea hatte in der Slowakei eine Tochtergesellschaft gegründet, über die sie in der Slowakei private Krankenversicherungen anbot. 2006 machte die Slowakei die Liberalisierung des Versicherungsmarktes rückgängig und verbot die Ausschüttung von Gewinnen. Das Gesetz wurde später vom slowakischen Verfassungsgerichtshof für verfassungswidrig erklärt und wieder aufgehoben. Achmea beehrte Schadensersatz und rief auf Grundlage des Investitionsschutzabkommens zwischen den Niederlanden und der Slowakei ein ad-hoc-Schiedsgericht mit Schiedsort in Frankfurt am Main an. Die Slowakei focht den Schiedsspruch zugunsten Achmeas vor dem Oberlandesgericht Frankfurt und dem Bundesgerichtshof an und letzterer legte die nun entschiedene Rechtsfrage dem Europäischen Gerichtshof

vor. Mit dessen Entscheidung sind nunmehr Investitionsschiedsverfahren aufgrund von Investitionsschutzabkommen zwischen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union innerhalb der Europäischen Union nicht mehr möglich. Verfahren mit Schiedsort außerhalb der Europäischen Union hingegen sind nach Ansicht von Schiedsexperten weiterhin möglich. Das wird insbesondere Schiedsorte in der Schweiz und nach dem Brexit in Großbritannien – vor allem London – freuen. Allerdings wird man aus solchen Schiedsurteilen nicht mehr in Vermögenswerte vollstrecken können, die in der Europäischen Union belegen sind, sondern wird auf das in Drittstaaten vorhandene Vermögen des Unterlegenen verwiesen bleiben. Hinzuweisen ist schließlich darauf, dass das Urteil lediglich die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit – also die Investor-Staat-Verfahren auf Grundlage von völkerrechtlichen Investitionsschutzabkommen – betrifft, nicht hingegen die auf Parteiautonomie beruhende Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Letztere hat auch der Europäische Gerichtshof bereits gebilligt (Rechtssache Eco-Swiss, Az.: C-126/97).

FAZIT

- Schiedsvereinbarungen in internationalen Investitionsschutzabkommen zwischen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union werden in der Europäischen Union nicht anerkannt.
- Schiedsverfahren können zwar noch an einem Schiedsort außerhalb der Europäischen Union durchgeführt werden; zuvor sollte aber geprüft werden, ob der Beklagte über ausreichend verwertbares Vermögen außerhalb der Europäischen Union verfügt.

Dr. Ekkehard Nolting

Arbeitsrecht

»AUFDRÄNGEN« EINES UNERWÜNSCHTEN NEUEN ARBEITGEBERS DURCH UMSTRUKTURIERUNG?

Die komplizierten Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs nach § 613 a BGB, insbesondere das nach § 613 a Abs. 6 BGB bestehende Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer gegen den Übergang ihres

Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber als (ggf. unerwünschten, weil z. B. nichtsolventen) neuen Arbeitgeber, veranlassten Unternehmen bei Umstrukturierungen schon immer zu kreativen Lösungen.

Im Jahre 2008 hatte das Bundesarbeitsgericht (BAG 8. Senat, Urteil vom 21. Februar 2008, Az.: 8 AZR 157/07) beispielsweise den Fall zu entscheiden, dass die Komplementärin einer GmbH & Co. KG aus dieser ausgetreten war und damit kraft Gesetzes alle Aktiva und Passiva der Gesellschaft auf die einzige Kommanditistin, eine GmbH, als verbleibende Gesellschafterin übergegangen waren. Das Bundesarbeitsgericht entschied, dass es mit Blick auf die durch grundgesetzlich gewährleistete Vertrags- und Berufsfreiheit des Arbeitnehmers eines Widerspruchsrechts nach § 613 a Abs. 6 BGB der Arbeitnehmer zur Abwehr des aufgedrängten Vertragspartners nicht bedürfe, wenn der bisherige Arbeitgeber nach Maßgabe der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften erloschen sei. Wolle der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis nicht bei dem neuen Arbeitgeber fortsetzen, so könne er nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts ohne Rechtsverlust von seinem Kündigungsrecht Gebrauch machen. Dieses in der Literatur viel kritisierte Urteil führte in der Praxis außerdem dazu, dass die Unternehmen in ähnlich gelagerten Fällen ihre Arbeitnehmer gar nicht mehr gemäß § 613 a Abs. 5 BGB umfassend unterrichteten, sondern bei einem solchen Betriebsübergang im Wege des sogenannten »Anwachungsmodells« nur noch lapidar mitteilten, dass dem Arbeitnehmer gegen den neuen »aufgedrängten« Arbeitgeber ein außerordentliches Kündigungsrecht zusteht.

Ganz so einfach macht es das Bundesarbeitsgericht den Unternehmen allerdings nicht immer: Im Urteil vom 19. Oktober 2017 (Az.: 8 AZR 63/16 = NZG 2018, 470) hatte die Muttergesellschaft stets Aufträge an eine Tochtergesellschaft erteilt. Die Tochtergesellschaft war zur Kostenersparnis gemäß § 126 Umwandlungsgesetz (UmwG) in zwei neue GmbHs aufgespalten worden und die Aufträge wurden fortan von der Muttergesellschaft an diese beiden neuen Gesellschaften vergeben. Während eine der beiden GmbHs (die Beklagte) dauerhaft bestehen sollte, war bei der zweiten GmbH von vornherein beabsichtigt, dass deren Betrieb nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt aufrechterhalten und dann vollständig geschlossen werden sollte. Die Klägerin war vorher in der Tochtergesellschaft beschäftigt und wurde durch eine Mitarbeiterliste, die dem mit dem Betriebsrat

geschlossenen Interessenausgleich beigefügt war, der zweiten GmbH zugeordnet. Hiergegen setzte sie sich zur Wehr: Sie stimmte dem Übergang auf die zweite GmbH nicht zu und beantragte die gerichtliche Feststellung, dass sie ein Arbeitsverhältnis mit der ersten, dauerhaft bestehenden GmbH habe.

Das Bundesarbeitsgericht gab der Klägerin Recht. Aufgrund der Vorschriften des Umwandlungsgesetzes sah es die Betriebspartner bei der Zuordnung an die zwingenden Vorgaben des § 613 a BGB gebunden. Da die Betriebspartner dies beim Interessenausgleich nicht beachtet hatten, erachtete das Bundesarbeitsgericht diesen wegen grober Fehlerhaftigkeit für unverbindlich. Einen (Teil)Betriebsübergang gemäß § 613 a BGB auf die zweite GmbH verneinte das Bundesarbeitsgericht im konkreten Fall wegen fehlender Identität der wirtschaftlichen Einheit. Es verneinte auch einen Übergang des Arbeitsverhältnisses im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge nach dem Umwandlungsgesetz auf diese zweite GmbH, denn jedenfalls im Fall der Aufspaltung muss nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts hinzukommen, dass der betroffene Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf einen der übernehmenden Rechtsträger zustimmt. Fehlt es wie hier an der erforderlichen Zustimmung des Arbeitnehmers, hat dieser nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts ein Wahlrecht, mit welchem der übernehmenden Rechtsträger er sein Arbeitsverhältnis fortsetzen möchte. Dies gebiete die grundgesetzlich geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers. Da die Klägerin das ihr hiernach zustehende Wahlrecht ausgeübt hatte und bei der dauerhaft weiterbestehenden GmbH beschäftigt werden wollte, war ein entsprechendes Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Das Bundesarbeitsgericht sah hierin keinen Widerspruch zur Entscheidung aus 2008, da im vorliegenden Fall – anders als damals – das Arbeitsverhältnis der Klägerin gerade nicht auf den Rechtsträger übergegangen war, mit dem sie das Arbeitsverhältnis nicht fortsetzen wollte.

FAZIT

- Ist der bisherige Rechtsträger erloschen und der neue Arbeitgeber nach Maßgabe der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in

die Arbeitsverhältnisse eingetreten, so hat der Arbeitnehmer jedenfalls in den Fällen des sogenannten »Anwachungsmodells« kein Widerspruchsrecht nach § 613 a Abs. 6 BGB, sondern nur ein Kündigungsrecht zur Abwehr des aufgedrängten neuen Vertragspartners, und muss auch (nur!) über dieses informiert werden.

► Handelt es sich nicht um einen Betriebsübergang gemäß § 613 a BGB, sondern um einen Übergang des Arbeitsverhältnisses im Wege der (partiellen) Gesamt-

rechtsnachfolge nach dem Umwandlungsgesetz, und hat der Arbeitnehmer diesem nicht zugestimmt, so hat er ein Wahlrecht, mit welchem der übernehmenden Rechtsträger er sein Arbeitsverhältnis fortsetzen möchte.

► Entscheidend ist immer der Einzelfall. Damit dem Arbeitgeber keine folgenschweren und kostenträchtigen Fehler unterlaufen, sollte er deshalb rechtzeitig vor einer anstehenden Umstrukturierung Rechtsrat einholen.

Dr. Tina Lorenz / Jan Rolla, LL.M. (Eur. Integration)

MAV HAT BEI BEIHILFEREGELUNGEN NACH § 26 AVR EIN MITBESTIMMUNGSRECHT

Der Kirchengerichtshof der EKD (nachfolgend: KGH) hat in einem Beschluss vom 26. Februar 2018 (Az.: I-270821-2016) festgestellt, dass die Mitarbeitervertretung (MAV) hinsichtlich einer einrichtungseigenen Beihilferegelung ein Mitbestimmungsrecht hat.

Der KGH leitet dieses aus § 40 m) MVG.EKD (Gewährung von Unterstützungen oder sonstigen Zuwendungen, auf die kein Rechtsanspruch besteht) her. Er führt in seinem Beschluss aus, dass zwar auf die Beihilfen nach § 26 Abs. 2, 3 AVR ein Rechtsanspruch bestehe, nicht aber auf abweichende einrichtungsbezogene Leistungen. Dazu, dass § 40 m) MVG.EKD eigentlich Leistungen im Blick hat, mit welchen den Mitarbeitern in einer sozialen bzw. wirtschaftlichen Notlage geholfen wird, die in den typischen Beihilfekonstellationen aber nicht immer gegeben ist (die Beihilfen nach §§ 26 Abs. 2, 3 AVR werden unabhängig von einer konkreten Notsituation bei entsprechendem Anlass jedem Mitarbeiter gewährt), äußert sich der KGH im Beschluss nicht. Nach Ansicht des KGH können einrichtungsbezogene Leistungen ohne Zustimmung der MAV kollektivrechtlich nicht wirksam in Kraft gesetzt werden, der Dienstgeber kann nach Auffassung des KGH nicht durch einseitige

Beihilferegelungen das Niveau des § 26 Abs. 3 AVR unterschreiten. Dies sei nur auf Grundlage einer mitbestimmten Regelung nach § 40 m) MVG.EKD möglich. »Zuständige Organe« i. S. d. § 26 Abs. 1 AVR sind nach Ansicht des KGH deshalb die handlungsbefugten Gremien des jeweiligen Rechtsträgers, die rechtsverbindliche Regelungen treffen können, d. h. das gesetzliche Vertretungsorgan des Rechtsträgers und die zuständige Mitarbeitervertretung. Die Entscheidung erging zwar zu den AVR-DD und nicht zu den AVR Sachsen, die streitentscheidende Regelung ist aber in Sachsen wortgleich. Es ist also davon auszugehen, dass der KGH demnächst auch zu § 26 AVR Sachsen entsprechend entscheiden wird.

FAZIT

► Dienstgebern ist zu raten, unter ordnungsgemäßer Beteiligung der MAV eine einrichtungseigene Regelung zu treffen, wenn sie das noch nicht getan haben, weil sie ansonsten mit sehr großer Wahrscheinlichkeit Beihilfe nach § 26 Abs. 2, 3 AVR Sachsen leisten müssen.

► Der KGH hält eine Dienstvereinbarung in dieser Frage für zulässig.

Dr. Tina Lorenz

KIRCHLICHE ARBEITGEBER KÖNNEN NICHT MEHR PAUSCHAL EINE KIRCHENZUGEHÖRIGKEIT IN STELLENAUSSCHREIBUNGEN FORDERN

Ein diakonischer Arbeitgeber kann nicht in jedem Falle in jeder Ausschreibung fordern, dass ein Bewerber einer bestimmten Religion angehören muss.

Das entschied der Europäische Gerichtshof (EuGH) am 17. April 2018 in einem deutschen Fall (Az.: C-414/16). Ein diakonischer Arbeitgeber hatte eine

Referentenstelle für ein Projekt ausgeschrieben, das sich mit rassistischer Diskriminierung beschäftigte. In der Stellenausschreibung war enthalten, dass der Bewerber Mitglied einer evangelischen oder der Arbeitsgemeinschaft Christlicher Kirchen in Deutschland angehören der Kirche sein sollte. Eine konfessionslose Bewerberin wurde beim Auswahlverfahren nicht berücksichtigt und klagte auf Zahlung einer Entschädigung, da sie aus Gründen der Religion benachteiligt worden sei. In Deutschland beschränkt sich die gerichtliche Kontrolle wegen des kirchlichen Privilegs der Selbstbestimmung auf eine Plausibilitätskontrolle der von der Kirche geforderten Ausschreibungsgrundsätze. Das Bundesarbeitsgericht legte dem Europäischen Gerichtshof die Frage vor, ob eine solche beschränkte gerichtliche Kontrolle mit der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vereinbar sei. Der Europäische Gerichtshof stellte klar, dass ein Gericht zwischen dem Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und dem Recht der Arbeitnehmer, nicht wegen ihrer Religion diskriminiert zu werden, abwägen müsse.

So muss das Gericht prüfen, ob die Religion nach der Art der betreffenden Tätigkeit oder den vorgesehenen Umständen der Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung ist. Nur über das zugrunde liegende Ethos hätten die Gerichte nicht zu befinden. Die Gerichte haben daher zu prüfen, ob die Anforderung notwendig und objektiv geboten ist. Zudem muss sie angemessen erforderlich sein.

FAZIT

► Kirchliche Arbeitgeber können nicht mehr pauschal eine Kirchenzugehörigkeit in Stellenausschreibungen fordern. Um Entschädigungszahlungen zu vermeiden, ist vor jeder Stellenausschreibung im Einzelfall zu prüfen, ob die Kirchenzugehörigkeit für die konkret ausgeschriebene Stelle gerechtfertigt und erforderlich ist.

► Hierbei ist auch im Hinblick auf die neue Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) besondere Vorsicht geboten, da mit der Kirchenzugehörigkeit besonders sensible personenbezogene Daten abgefragt werden und Verstöße gegen die DS-GVO mit empfindlichen Bußgeldern geahndet werden können.

Dr. Andrea Benkendorff

VORGABEN ZUR MINDESTBESETZUNG MIT PFLEGEKRÄFTEN DURCH DIE EINIGUNGSSTELLE UNZULÄSSIG

Das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein hat in einer aktuellen Entscheidung vom 25. April 2018 (Az.: 6 Ta BV 21/17) geklärt, dass eine Einigungsstelle durch einen Spruch keine Mindestbesetzung mit Pflegekräften auf einer Station einer Klinik festlegen kann. Hintergrund des Streits war folgender: Zwischen Betriebsrat und dem Arbeitgeber, einer Klinik, kam es zu Auseinandersetzungen darüber, ob auf bestimmten Stationen eine gewisse Mindestbesetzung im Pflegedienst einzuhalten sei. Es wurde eine Einigungsstelle gebildet. Die Einigungsstelle holte Gutachten zu Belastungs- und Gefährdungssituationen des Pflegepersonals auf diesen Stationen ein. Diese stellten fest, dass eine gewisse physische und psychische Belastung des Personals vorhanden sei und eine kritische Grenze erreiche. Da sich Betriebs-

rat und Arbeitgeber auch in der Einigungsstelle nicht einigten, kam es zum Spruch der Einigungsstelle. Dieser legte für die jeweiligen Stationen fest, wieviele examinierte Pflegekräfte im Früh- und Spätdienst für eine bestimmte Patientenzahl zu planen seien.

Der Spruch wurde von der Arbeitgeberin vor dem Arbeitsgericht angefochten. In der ersten Instanz unterlag die Arbeitgeberin vor dem Arbeitsgericht Kiel. Das Arbeitsgericht war der Auffassung, dass einer Gesundheitsgefährdung der Beschäftigten durch eine Mindestbesetzung mit Pflegepersonal begegnet werden könne und dies auch Gegenstand eines Spruchs der Einigungsstelle sein könne (Arbeitsgericht Kiel, Beschluss vom 26. Juli 2017, Az.: 7 BV 67c/16). Die Entscheidung des Arbeitsgerichts Kiel wurde durch das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein aufgehoben.

Das Landesarbeitsgericht begründete die Aufhebung damit, dass die Einigungsstelle von einer konkreten Gefährdung ausgegangen sei, die nicht hinreichend begründet war. Des Weiteren könne die Einigungsstelle selbst bei einer konkreten Gefährdung durch einen Spruch keine Mindestbesetzung für die Stationen festlegen. Die Personalplanung sei Angelegenheit des Arbeitgebers, über die er den Betriebsrat nur zu unterrichten und diese mit ihm zu beraten habe. Dem Betriebsrat stehe an dieser Stelle kein erzwingbares Mitbestimmungsrecht zu und damit könne eine Einigungsstelle nicht durch Spruch eine verbindliche Entscheidung treffen. Der Schutz der Mitarbeiter vor Überlastung müsse durch andere Maßnahmen als die Vorgabe der Anzahl der Beschäftigten etwa auf

organisatorischer Ebene gewährleistet werden. Die Rechtsbeschwerde zum Bundesarbeitsgericht wurde zugelassen.

FAZIT

- Eine Einigungsstelle darf durch Spruch keine Vorgaben zur Mindestbesetzung mit Pflegekräften auf Stationen einer Klinik machen. Gleiches gilt auch für andere Einrichtungen, beispielsweise Altenpflegeheime.
- Arbeitgeber, die sich mit der Forderung ihrer Betriebsräte nach einer Mindestbesetzung konfrontiert sehen, können sich auf die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein berufen.

Karsten Matthieß

STRAFTATEN REICHEN FÜR EINE KÜNDIGUNG NICHT? NEUES AUS DER RECHTSPRECHUNG

Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf hatte in einer Entscheidung vom 12. April 2018 (Az.: 11 Sa 319/17) darüber zu befinden, ob die rechtskräftige Verurteilung eines Chemielaboranten wegen eines in seiner Freizeit verübten Versuchs eines Sprengstoffvergehens dann gerechtfertigt ist, wenn der Mitarbeiter durch seine Tätigkeit Zugang zu gefährlichen Sprengstoffen habe. Das Gericht entschied, dass zwar auch bei außerdienstlichem Fehlverhalten eine Kündigung in Betracht komme, wenn das Fehlverhalten die Eignung bzw. die Zuverlässigkeit des Arbeitnehmers entfallen lässt. Dabei seien jedoch die Art und Schwere des Delikts, die konkret nach dem Arbeitsvertrag geschuldete Tätigkeit und die Stellung im Betrieb zu berücksichtigen. Hierzu reiche es nicht aus, dass der Mitarbeiter durch seine Arbeit Zugang zu gefährlichen Stoffen habe. Eine Kündigung war nicht gerechtfertigt.

Auch das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein hielt am 21. März 2018 (Az.: 3 Sa 398/17) eine Verdachtskündigung wegen eines Verdachts einer Straftat wegen der nicht ausreichenden Anhörungsfrist für unwirksam. Zwar bestehe im vorliegenden Fall ein schwerer Verdacht einer Straftat. Eine Verdachtskündigung sei aber nur rechtlich wirksam, wenn der Arbeitgeber den betroffenen Mitarbeiter vorher

zu den Vorwürfen anhört. Dabei ist dem Mitarbeiter eine angemessene Zeit für die Beantwortung einzuräumen. Setzt der Arbeitgeber dagegen eine zu kurze Frist und kündigt dem Arbeitnehmer nach deren Ablauf, ohne dass die Stellungnahme des Betroffenen vorliegt, so ist die Kündigung als Verdachtskündigung unwirksam. Der anwaltlich vertretene Arbeitnehmer erhielt im vorliegenden Fall eine Frist zur Stellungnahme zu den Vorwürfen von insgesamt vier Tagen, davon anderthalb Arbeitstage (Freitag bis Montag Mittag). Diese Frist war nach Auffassung des Gerichts unangemessen kurz. Dies gelte umso mehr, als der Arbeitgeber das Anhörungsschreiben nicht auch dem Prozessbevollmächtigten des Klägers zusandte und der Kläger arbeitsunfähig erkrankt war.

FAZIT

- Auch eine Kündigung wegen einer Straftat muss sorgfältig vorbereitet werden. Allein das Vorliegen oder der dringende Verdacht einer Straftat reicht nicht immer für die Rechtfertigung einer Kündigung.
- Ist ein Arbeitnehmer auch anwaltlich vertreten, so ist die Anhörung neben dem Arbeitnehmer auch dem Anwalt zuzustellen.

Dr. Andrea Benkendorff

PROBEZEITVEREINBARUNG KANN UNWIRKSAM SEIN

Die Parteien stritten sich vor dem Landesarbeitsgericht Niedersachsen insbesondere darüber, ob ihr Arbeitsverhältnis aufgrund einer Probezeitvereinbarung im Arbeitsvertrag mit einer Frist von 14 Tagen gekündigt werden konnte oder eine Kündigungsfrist von vier Wochen zum Monatsende (§ 622 Abs. 1 BGB) zu wahren war.

Der Arbeitsvertrag der Parteien, den der Arbeitgeber entworfen hatte und allgemein verwendete, umfasste 22 Paragraphen. Die Befristung des Arbeitsverhältnisses war in § 1 und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in § 14 geregelt. Die Regelung zur Probezeit befand sich in § 21 unter der Überschrift »Sonstiges« zwischen der durch Fettdruck hervorgehobenen Ausschlussklausel (§ 20) und einer Regelung zur »Vertragsaushändigung« (§ 22).

Das Landesarbeitsgericht Niedersachsen entschied in seinem Urteil vom 27. Februar 2018 (Az.: 10 Sa 25/17), dass es sich bei der Probezeitvereinbarung in § 21 des Arbeitsvertrages um eine überraschende Klausel im Sinne des AGB-Rechts handele, die nicht Vertragsbestandteil geworden sei. Der Arbeitnehmer hätte nämlich nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, nicht damit rechnen müssen, dass sich unter Überschrift »Sonstiges« eine Probezeitvereinbarung befinden

würde. Die Regelung hätte entweder in die Regelung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgenommen oder durch eine eigene Überschrift »Probezeit« hervorgehoben werden müssen.

Danach endete das Arbeitsverhältnis der Parteien erst mit Ablauf der Kündigungsfrist von vier Wochen zum Monatsende mit der Folge, dass der Arbeitnehmer noch weitere Vergütung und Urlaubsabgeltung von dem Arbeitgeber beanspruchen konnte. Das Landesarbeitsgericht Niedersachsen schloss sich in seinem Urteil im Übrigen der Meinung an, dass die gesetzliche Regelung des § 288 Abs. 5 BGB zur Verzugskostenpauschale (EUR 40,00) auch im Arbeitsrecht Anwendung finde.

FAZIT

- Für den Arbeitnehmer belastende Regelungen sollten nicht unter Überschriften wie »Sonstiges« oder »Schlussbestimmungen« in einen Arbeitsvertrag aufgenommen werden. Das gilt auch für die Vereinbarung einer Probezeit.
- Für den Arbeitnehmer belastende Regelungen sollten möglichst durch eine eigene Überschrift oder auf andere Weise drucktechnisch hervorgehoben werden.
- Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes, ob der § 288 Abs. 5 BGB (Verzugskostenpauschale) auch im Arbeitsrecht Anwendung findet, bleibt abzuwarten.

Frank Martin Thomsen

EIN BETRIEBSRATSMITGLIED WIRD DURCH EINEN AUFHEBUNGSVERTRAG NICHT BEGÜNSTIGT

Ein Betriebsratsmitglied, dem durch den Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen werden soll, wird durch den Abschluss eines – auch hoch dotierten Aufhebungsvertrages – nicht unzulässig begünstigt. Das Betriebsverfassungsgesetz sieht im § 78 Satz 2 BetrVG vor, dass ein Betriebsratsmitglied aufgrund seiner Amtstätigkeit nicht begünstigt werden darf. Der Abschluss eines auch hoch dotierten Aufhebungsvertrages stellt keine Begünstigung in diesem Sinn dar. Dies hat das Bundesarbeitsgericht noch einmal mit Urteil vom 21. März 2018 (Az.: 7 AZR 590/16) zutreffend festgestellt. Der der Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt ist famos:

Der Arbeitgeber hatte ein Verfahren vor dem Arbeitsgericht auf Zustimmungsersetzung zum Ausspruch der außerordentlichen Kündigung des Vorsitzenden des Betriebsrates eingeleitet. Im Verfahren schlossen Arbeitgeber und der Betriebsratsvorsitzende im Juli 2013 einen außergerichtlichen Aufhebungsvertrag. Dieser sah die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. Dezember 2015, die Freistellung des Betriebsratsvorsitzenden sowie eine noch auszuzahlende Abfindung in Höhe von EUR 120.000,00 netto vor. Nachdem der Betriebsratsvorsitzende vereinbarungsgemäß von seinem Betriebsratsamt zurückgetreten war und die Abfindung erhalten hatte, machte er

gerichtlich den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses über den 31. Dezember 2015 hinaus geltend. Sein Argument war, dass er durch den Aufhebungsvertrag unzulässig begünstigt und dieser Aufhebungsvertrag daher nichtig sei.

Der Betriebsratsvorsitzende unterlag in allen drei Instanzen, zuletzt auch beim Bundesarbeitsgericht. Dieses machte deutlich, dass auch hoch dotierte Bedingungen eines Aufhebungsvertrages keine unzulässige Begünstigung eines Betriebsmitgliedes darstellten. Die Verhandlungsposition von Betriebs-

ratsmitgliedern sei in der Regel einfach besser, weil Betriebsratsmitgliedern ein besonderer Kündigungsschutz gemäß §§ 15 KSchG und § 103 BetrVG zustünde.

FAZIT

► Auch hoch dotierte Aufhebungsvereinbarungen mit Betriebsratsmitgliedern sind nicht aufgrund einer Begünstigung des betreffenden Betriebsratsmitglieds unwirksam.

Karsten Matthieß

SCHADENSERSATZANSPRUCH BEI RECHTSWIDRIGER VERSETZUNG

Das Landesarbeitsgericht Hessen sprach einem Arbeitnehmer, der rechtswidrig an einen anderen Arbeitsort versetzt worden war, einen Anspruch auf Schadensersatz für die Kosten der Begründung eines Zweitwohnsitzes am neuen Arbeitsort und die Kosten für Heimfahrten an jedem zweiten Wochenende zu (LAG Hessen, Urteil vom 10. November 2017, Az.: 10 Sa 964/17). Die darüber hinaus geforderte Vergütung der Zeit für die Heimfahrten als Arbeitszeit sowie die Zahlung von Tagesgeld lehnte das Landesarbeitsgericht ab. Das Landesarbeitsgericht vertrat die Auffassung, dass bei der Ermittlung des durch die rechtswidrige Versetzung erlittenen finanziellen Nachteils des Arbeitnehmers das Leitbild der öffentlich-rechtlichen Reisekostenregelungen,

namentlich die Trennungsgeldverordnung, zugrunde zu legen sei.

FAZIT

► Arbeitgeber sollten sorgfältig prüfen, ob eine geplante Versetzung zulässig ist und insbesondere billigem Ermessen entspricht. Nachdem das Bundesarbeitsgericht im vergangenen Jahr mit Urteil vom 18. Oktober 2017 (Az.: 10 AZR 330/16) entschied, dass der Arbeitnehmer nicht verpflichtet ist, einer unbilligen Weisung Folge zu leisten, riskiert der Arbeitgeber nunmehr, dass der Arbeitnehmer der Weisung zwar zunächst nachkommt, jedoch gerichtlich gegen sie vorgeht und zudem die durch die unbillige Versetzung verursachten Kosten geltend macht.

Daniela Guhl

Geistiges Eigentum

WERBEBLOCKER BLEIBEN ERLAUBT

Der für das Wettbewerbsrecht zuständige 1. Zivilsenat entschied am 19. April 2018 (Az.: I ZR 154/16), dass das Computerprogramm Adblock Plus nicht gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb verstößt. Adblock Plus ist ein Programm, mit dem ein Internetnutzer Werbung auf Internetseiten unterdrücken kann. Dabei wird die Werbung von der Filterregelung des Programms ausgenommen, die auf einer sogenannten Whitelist des beklagten Unternehmens gelistet ist. Voraussetzung für die Aufnah-

me in die Whitelist ist, dass die Werbung die Voraussetzungen einer »akzeptablen Werbung« erfüllt und die Unternehmen das beklagte Unternehmen am Umsatz beteiligen. Gegen dieses Programm wendete sich die Klägerin, ein Verlag, der seine redaktionellen Inhalte auch auf seinen Internetseiten zur Verfügung stellt. Die Klägerin finanziert dieses Angebot durch Werbung. Sie hält den Vertrieb des Werbeblockers für wettbewerbswidrig und rügt das Vorliegen einer gezielten Behinderung im Sinne von § 4 Nr. 4 UWG

bzw. einer aggressiven geschäftlichen Handlung, § 4a Abs. 1, Abs. 2 UWG.

Der Zivilsenat sieht in dem Computerprogramm keinen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht. Er führt zur Begründung aus, dass das beklagte Unternehmen mit dem Programm keine Verdrängungsabsicht verfolge, da es in erster Linie die Beförderung ihres eigenen Wettbewerbs verfolge. Die Beklagte erziele dadurch Einnahmen, dass sie Unternehmen die Möglichkeit der Freischaltung von Werbung durch Aufnahme in die Whitelist ermögliche. Die Beklagte wirke mit ihrem Programm auch nicht unmittelbar auf die von der Klägerin angebotenen Dienstleistungen ein, da letztlich das Programm nur aufgrund einer autonomen Entscheidung des Internetnutzers zur Anwendung komme. Die verbleibende mittelbare Beeinträchtigung sei letztlich nicht unlauter, da das Programm keine gegen Werbeblocker gerichteten Schutzvorkehrungen des Internetangebots der Klägerin unterlaufe. Auch die vom Zivilsenat

durchgeführte Interessenabwägung mit Blick auf das Grundrecht der Pressefreiheit fiel schließlich zum Nachteil der Klägerin aus, da es ihr möglich sei, den von dem Programm ausgehenden Beeinträchtigungen zu begegnen. Der Zivilsenat entschied weiter, dass Adblock Plus auch keine aggressive geschäftliche Handlung gegenüber Unternehmen darstelle, die an der Schaltung von Werbung auf den Internetseiten der Klägerin Interesse hätten. Die Beklagte würde ihre Machtposition nicht in einer Weise ausnutzen, die die Fähigkeit der Marktteilnehmer zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränke.

FAZIT

► Werbeblocker sind wettbewerbsrechtlich erlaubt.
► Es bleibt abzuwarten, ob sich nunmehr das Bundesverfassungsgericht mit der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von Werbeblockern befasst, wie es die Klägerin ankündigte.

Manuela Leinung

BUNDESGERICHTSHOF ENTSCHEIDET ZU KONKURRENZPRODUKTEN IM SUCHERGEBNIS BEI AMAZON

Der Bundesgerichtshof hat am 15. Februar 2018 entschieden, dass die bei Amazon über die Suchfunktion generierte Trefferliste die Marke oder das Unternehmenskennzeichen eines Dritten nicht verletzt, wenn die Trefferliste nach Eingabe der Marke oder der unter der Marke vertriebenen Produkte auch Konkurrenzprodukte anzeigt.

Klägerin in diesem Verfahren ist die exklusive Lizenznehmerin der Marke »ORTLIEB«. Sie vertreibt unter dieser Marke über ein selektives Vertriebssystem wasserdichte Taschen und Transportbehälter. Über Amazon sind ihre Produkte nicht erhältlich. Das Unternehmen sieht eine Verletzung der Marke »ORTLIEB« darin, dass nach Eingabe des Suchbegriffs »ORTLIEB« in die plattforminterne Suchmaschine in der Trefferliste auch Produkte anderer Hersteller erscheinen. Es werden nicht nur Produkte angezeigt, die unter dem Hinweis »Verkauf und Versand durch Amazon« vertrieben werden, sondern auch Angebote von Drittanbietern. Nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 Marken-

gesetz ist es Dritten untersagt, ohne Zustimmung des Inhabers der Marke im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die mit denjenigen identisch sind, für die sie Schutz genießt. Der Bundesgerichtshof hat im konkreten Fall eine Nutzung der Marke »ORTLIEB« durch Amazon bejaht, da die Suchmaschine so programmiert sei, dass bei Eingabe der Marke eine Trefferliste zu dem Zweck generiert werde, den Internetnutzern Produkte zum Kauf anzubieten. Diese Nutzung könne die Klägerin aber nur untersagen, wenn nach Eingabe der Marke als Suchwort in der Ergebnisliste Angebote von Produkten gezeigt werden, bei denen der Internetnutzer nicht oder nur schwer erkennen kann, ob sie von dem Markeninhaber oder von einem Dritten stammen.

In einem ähnlich gelagerten Fall entschied der Bundesgerichtshof am 15. Februar 2018 (Az.: I ZR 201/16), dass die Verwendung eines fremden Unternehmenskennzeichens in der automatischen Such-

wortvervollständigung bei Amazon zulässig ist. Geklagt hatte ein in Österreich geschäftsansässiges Unternehmen, welches unter der Bezeichnung »goFit« in Deutschland eine Fußreflexzonenmassagematte vertreibt. Über Amazon werden ihre Produkte wiederum nicht vertrieben. Das Unternehmen beanstandete, dass bei Eingabe des Suchbegriffs »goFit« in die Suchmaske bei Amazon automatisch in einem Drop-Down-Menü unter anderem die Suchwortvorschläge »gofit matte«, »gofit gesundheitsmatte« oder »gofit Fußre-

flexzonenmassagematte« erscheinen. Hierdurch, so der Bundesgerichtshof, würde die Funktion des Unternehmenskennzeichens, auf das Unternehmen hinzuweisen, nicht beeinträchtigt werden.

FAZIT

► Händler und Shopinhaber sind nicht gezwungen, ihre Suchleisten und Suchergebnisse anzupassen, sofern die Trefferliste klar aufzeigt, ob die Produkte von dem Markeninhaber oder einem Dritten stammen.

Manuela Leinung

Medizin- und Sozialrecht

VERFAHREN ZUR KÜRZUNG DER PFLEGEVERGÜTUNG NACH § 115 ABSATZ 3 UND 3A SGB XI VERÖFFENTLICHT

Am 28. März 2018 wurde im Namen des Bundesministeriums für Gesundheit die Bekanntmachung der Geschäftsstelle des Qualitätsausschusses Pflege »Vereinbarung nach § 115 Abs. 3 b des Elften Buches Sozialgesetzbuch (SGB XI) über das Verfahren zur Kürzung der Pflegevergütung nach § 115 Abs. 3 und 3 a SGB XI vom 22. Dezember 2017« vom 27. Februar 2018 im Bundesanzeiger veröffentlicht. Die Vereinbarung regelt das Verfahren zur Kürzung der Pflegevergütung nach § 115 Abs. 3 und 3 a SGB XI.

Hält die Pflegeeinrichtung ihre gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtungen, insbesondere ihre Verpflichtungen zu einer qualitätsgerechten Leistungserbringung aus dem Versorgungsvertrag (§ 72 SGB XI) oder gemäß den vereinbarten Leistungs- und Qualitätsmerkmalen (§ 84 Abs. 5 und 6 SGB XI) ganz oder teilweise nicht ein, sind gemäß § 115 Abs. 3 S. 1 SGB XI die nach dem Achten Kapitel SGB XI vereinbarten Pflegevergütungen für die Dauer der Pflichtverletzung unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und der Umstände des Einzelfalls entsprechend zu kürzen.

Eine Verletzung der Verpflichtungen zu einer qualitätsgerechten Leistungserbringung im Sinne

von § 115 Abs. 3 S. 1 SGB XI wird unwiderlegbar vermutet bei einem planmäßigen und zielgerichteten Verstoß des Trägers der Einrichtung gegen seine Verpflichtung zur Einhaltung der vereinbarten Personalausstattung (§ 84 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 SGB XI) oder bei nicht nur vorübergehenden Unterschreitungen der vereinbarten Personalausstattung. Entsprechendes gilt bei Nichtbezahlung der zugrunde gelegten Gehälter (tarifvertraglich vereinbarte Vergütungen bzw. entsprechende Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen; § 84 Abs. 2 S. 5 SGB XI, § 89 Abs. 1 S. 4 SGB XI)

Das Verfahren zur Kürzung der Pflegevergütung kommt grundsätzlich zur Anwendung, wenn die Pflichtverletzung erheblich (d. h. nicht nur geringfügig oder temporär) ist. Die Vereinbarung ist zum 1. April 2018 in Kraft getreten.

FAZIT

► Seit dem 1. April 2018 ist das Verfahren zur Kürzung der Pflegevergütung geregelt.
► Die geltende Regelung in vollständiger Fassung ist auf der Website des GKV Spitzenverbandes (www.gkv-spitzenverband.de) zu finden.

Sebastian Stücker, M.mel.

SOZIALDATENSCHUTZ UND DATENSCHUTZKLAUSELN IN HEIM- UND PFLEGEVERTRÄGEN

Seit dem 25. Mai 2018 gilt in Deutschland die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO). Die DS-GVO ist unmittelbar anwendbar und verdrängt die vorher geltenden datenschutzrechtlichen Regelungen. An einigen Stellen der DS-GVO ist der nationale Gesetzgeber ermächtigt, die Regelungen der Verordnung zu konkretisieren und zu ergänzen (sogenannte Öffnungsklauseln).

Hiervon hat der Gesetzgeber Gebrauch gemacht, beispielsweise durch die Schaffung eines neuen Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG). Auch für den Bereich des Sozialdatenschutzes sind neue Regelungen erlassen worden, die ebenfalls zum 25. Mai 2018 in Kraft getreten sind.

Die Regelung zum Sozialgeheimnis in § 35 SGB I sowie das gesamte 2. Kapitel im SGB X – »Schutz der Sozialdaten« (§§ 67 – 85 a SGB X) – wurden neu gefasst und an die DS-GVO angepasst. Die Änderungen des bisherigen Rechts waren notwendig, um den Sozialdatenschutz in terminologischer und systemischer Hinsicht an die DS-GVO anzupassen und dadurch eine ansonsten eintretende Europarechtswidrigkeit des bestehenden nationalen Datenschutzrechts zu vermeiden. Den Vorschriften zum Sozialdatenschutz in den Sozialgesetzbüchern kommt künftig die Rolle

der spezifischeren Bestimmungen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 und 3 DS-GVO zu, sie bilden aber auch die Rechtsgrundlage der Verarbeitung im Rahmen von Art. 6 Abs. 1c) bzw. d) DS-GVO. Viele Sozialdaten werden auch zu den besonderen Kategorien von Daten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DS-GVO zählen.

Vor diesem Hintergrund müssen vielfach auch die Regelungen in den Heim- und Pflegeverträgen angepasst werden. Die Einrichtungen sind dazu verpflichtet, für Transparenz zu sorgen und unterliegen umfangreichen Informationspflichten. Auch Einwilligungserklärungen müssen an die neuen Vorschriften und Vorgaben angepasst werden. Bei Verstößen gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen drohen Bußgelder, unter Umständen auch strafrechtliche Sanktionen und die Konfrontation mit Schadensersatzansprüchen.

FAZIT

► Seit dem 25. Mai 2018 gelten auch für den Sozialdatenschutz neue bzw. neu gefasste Vorschriften.
► Datenschutzklauseln in Heim- und Pflegeverträgen müssen geprüft und gegebenenfalls angepasst werden.

Sebastian Stücker, M.mel.

Kommunalrecht

GESCHLECHTERPARITÄT IM AUFSICHTSRAT

Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Ein Grundsatz, der verfassungsrechtlich in Art. 3 Abs. 2 GG verankert ist und auch die kommunale Selbstverwaltung erfasst. Das Oberverwaltungsgericht Schleswig entschied mit Urteil vom 6. Dezember 2017 (Az.: 3 LB 11/17), dass ein Gemeinderatsbeschluss, der die Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern durch die als Mehrheitsgesellschaft an einer GmbH beteiligte Gemeinde zum Gegenstand hat und hierbei die Geschlechterparität nicht berücksichtigt, rechtswidrig ist.

Der streitgegenständliche Gemeinderatsbeschluss sah vor, vier Männer und lediglich eine Frau als Mitglied in den Aufsichtsrat der kommunalen GmbH zu

entsenden. Dem gegenüber waren im Vorfeld dieses Beschlusses vier Männer und drei Frauen von den im Gemeinderat vertretenen Fraktionen vorgeschlagen worden.

Das Oberverwaltungsgericht Schleswig sah in dem Beschluss einen Verstoß gegen den Wortlaut und Regelungszweck des § 15 Gleichstellungsgesetz Schleswig-Holstein. Dieser sieht u. a. vor, dass bei der Entsendung »von Vertreterinnen und Vertretern für (...) Aufsichtsräte, (...) Frauen und Männer jeweils hälftig berücksichtigt werden« sollen. Bedenken gegen die Anwendbarkeit des § 15 GStG auf die Entsendung von Vertreterinnen und Vertretern der Gemeinden in den

Aufsichtsrat einer GmbH hatte das Oberverwaltungsgericht Schleswig nicht; weder der weit auszulegende Wortlaut der Norm, noch der Regelungszweck sprechen nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts Schleswig dagegen.

Für Sachsen ist das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Schleswig bedeutsam, da ein dem Gleichstellungsgesetz Schleswig-Holstein entsprechender Gesetzentwurf zur »Gleichstellung von Frauen und Männern im öffentlichen Dienst im Freistaat Sachsen« (SächsGleichG) bereits die erste Lesung passiert hat. Dieser Entwurf sieht in § 30 SächsGleichG unter anderem die paritätische Besetzung von Gremien vor, zu denen auch Aufsichtsräte gehören. Diese Norm ähnelt § 15 GStG aus Schleswig-Holstein. Etwaige Zweifel an dessen Anwendbarkeit hat das Oberverwaltungsgericht Schleswig im Vorhinein beseitigt. Entsprechendes wird man auch für Sachsen zu konstatieren haben. Ferner besteht nun Klarheit darüber, wann ein entsprechender Entschendungsbeschluss rechtswidrig

sein kann. Insofern werden Gemeinderäte darauf zu achten haben, keine »voreiligen« Beschlüsse hinsichtlich der personellen Besetzung von Aufsichtsräten zu fassen. Dies gilt umso mehr, als eine ausreichende Anzahl von qualifizierten Frauen und Männern zur Besetzung von Aufsichtsräten vorgeschlagen werden. Die Geschlechterparität ist mithin streng zu wahren.

FAZIT

- ▶ Das SächsGleichG wird nach dessen Inkrafttreten auf die Entsendung von Vertreterinnen und Vertretern von Gemeinden in Aufsichtsräte kommunaler Gesellschaften anwendbar sein.
- ▶ Ein Beschluss, der gegen die Bestimmungen des § 30 SächsGleichG verstößt, wird rechtswidrig sein.
- ▶ Gemeinderäte sind gut beraten, bei der Entsendung von Vertreterinnen und Vertretern sämtliche Vorschläge umfassend (auch) unter dem Aspekt der Geschlechterparität zu würdigen.

Jörg-Dieter Battke

AUGEN AUF BEI DER WAHL DER REFERENZGEBER

Die Eignung der Bieter im Hinblick auf ihre technische und berufliche Leistungsfähigkeit wird regelmäßig und zulässigerweise unter anderem über die Angabe von Referenzen geprüft. In einem von der VK Hessen zu entscheidenden Sachverhalt hatte der Auftraggeber zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit eine Liste mit mindestens drei geeigneten Referenzen gefordert, die in Art und Umfang dem zu vergebenden Auftrag entsprechen mussten. Der veranschlagte Umfang der ausgeschriebenen Leistung umfasste ca. 41.366 Stunden für die Ausführung von Sicherheitsdienstleistungen pro Jahr. Die von einem Bieter angegebenen Referenzen umfassten jedoch nur 21.500 Stunden respektive 7.200 pro Jahr. Weiterhin hatte ein Referenzgeber auf die Anfrage der Vergabestelle, ob die Leistungen ordnungsgemäß erbracht worden sind, nicht geantwortet. Dies führte zum Ausschluss des Bieters. Zu Recht wie die Vergabekammer Hessen in ihrem Beschluss vom 18. Dezember 2017 (VK Hessen, Beschluss vom 18. Dezember 2017,

Az.: 69 D-VK-2-38/2017) entschieden hat. Fordert der Auftraggeber, dass die Referenzen der ausgeschriebenen Leistung entsprechen müssen, ist davon auszugehen, dass gemäß dem allgemeinem Wortverständnis der Begriff »entsprechend«, »etwas übereinstimmen«, »einer Sache gleichkommend« bedeutet. Mit der Forderung nach »entsprechenden Leistungen« ist im Ergebnis nichts anderes gemeint, als dass es sich bei den Referenzleistungen um mit der ausgeschriebenen Leistung »vergleichbare Leistungen« handeln muss.

Referenzleistungen sind mit der ausgeschriebenen Leistung jedoch nicht mehr hinreichend vergleichbar, wenn ihr Umfang – wie vorliegend – nur ca. 52 % bzw. lediglich ca. 17 % der Jahresleistungsstunden der ausgeschriebenen Leistung erfasst. Bereits aus diesem Grund war der Ausschluss des Bieters gerechtfertigt.

Abschließend hat die Vergabekammer Hessen darauf hingewiesen, dass in den Fällen, in denen die vorgelegte Referenz nicht überprüft werden kann, weil der Referenzgeber auf eine Anfrage der Vergabe-

stelle nicht antwortet, es vom Beurteilungsspielraum des Auftraggebers gedeckt ist, solche Referenzen nicht zu berücksichtigen.

Nicht mehr zu entscheiden brauchte die Vergabekammer die Frage, ob das ausgeschlossene Unternehmen überhaupt antragsbefugt war. Zwar hat dieses durch die Abgabe eines Angebotes ein unmittelbares Interesse am Auftrag bekundet, jedoch lag es nach Durchführung der Wertung auf Platz 5 der Rangliste. Zuschlagskriterium war ausschließlich der niedrigste Preis. Selbst wenn daher die Eignung des Bieters bejaht worden wäre, könnte die Vergabestelle wegen des Angebotspreises nicht den Zuschlag auf das Angebot des Unternehmens erteilen. Gründe warum sämtliche vorrangig platzierten Unternehmen gegebenenfalls von der Ausschreibung hätten ausgeschlossen werden müssen, hatte der Bieter nicht angeführt.

FAZIT

- ▶ Die Vergleichbarkeit von Referenzleistungen orientiert sich regelmäßig an der ausgeschriebenen Leistung. Für eine Vergleichbarkeit ist es erforderlich, dass Art und Umfang jedenfalls annäherungsweise an die ausgeschriebene Leistung heranreichen.
- ▶ Verweigert der Referenzgeber eine Auskunft gegenüber der Vergabestelle, ist diese berechtigt, die Referenz nicht zu berücksichtigen. Unternehmen sind daher gut beraten, im Vorfeld mit den Referenzgebern abzustimmen, ob die Benennung als Referenz erfolgen kann.
- ▶ Liegt ein Unternehmen auf Platz 5 der Wertungsskala, hat dieses regelmäßig darzulegen, warum ungeachtet dessen trotzdem eine potenzielle Chance auf Zuschlagserteilung besteht.

Dr. Ludger Meuten

ES LÄUFT BEI BATTKE GRÜNBERG

Auch in diesem Jahr hat unsere Kanzlei wieder mit drei Teams und insgesamt zwölf Läufern am REWE-Teamlauf teilgenommen, der am 23. Mai 2018 in der Dresdner Innenstadt stattgefunden hat. Dabei erzielten unsere Läufer zwar keinen Zeit-, aber einen Spaßrekord und genossen anschließend gemeinsam

den heimlichen Höhepunkt des Teamlaufs: Das kühle Getränk danach, welches getreu unserem Motto: »Vorausdenken. Effektiv handeln.« von den am Rand anfeuernden Kollegen für die ehrgeizigen und engagierten Läufer bereitgehalten wurde. Am Ende waren sich alle einig: Nächstes Jahr wieder!

I. FRÜHSTÜCKE

Grünes Frühstück 2018

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

- ▶ am 22. Juni 2018, 8:30 Uhr bis 12:00 Uhr
- ▶ im Hotel Taschenbergpalais Kempinski Dresden statt.

Gesellschaftsrechtsfrühstück 2018

Das Gesellschaftsrechtsfrühstück der Battke Grünberg Rechtsanwälte PartGmbH findet

- ▶ am 7. September 2018, 9:00 Uhr bis 12:00 Uhr
- ▶ im Hotel Taschenbergpalais Kempinski Dresden statt.

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

II. ARBEITSRECHT

Thema: **Arbeitsrecht für Führungskräfte**

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Ort: Chemnitz

Datum: 14. Juni 2018

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

Anmeldungen sind unter www.rkw-sachsen.de möglich.Thema: **Dienst- und Schichtplangestaltung: effizient, flexibel und rechtssicher**

Veranstalter: Krankenhausgesellschaft Sachsen e.V.

Ort: Leipzig

Datum: 18. Juni 2018

Referent: Herr Rechtsanwalt Karsten Mattheiß

Anmeldungen sind unter www.kgs-online.de möglich.Thema: **»Personal- und Personalentwicklungsrecht« (Jahreskurs)**

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

Ort: Moritzburg

Datum: Jahreskurs ab August 2018

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

Anmeldungen sind unter www.diakademie.de möglich.Thema: **»Aktuelle Entwicklungen im Arbeitsrecht«**

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

Ort: Moritzburg

Datum: 8. November 2018

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

Anmeldungen sind unter www.diakademie.de möglich.Thema: **Arbeitsrecht für Führungskräfte**

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Ort: Leipzig

Datum: 13. November 2018

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

Anmeldungen sind unter www.rkw-sachsen.de möglich.Thema: **Arbeitsrecht**

Veranstalter: Industrie- und Handelskammer Dresden

Ort: Dresden

Datum: 14. November 2018

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

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

III. GESELLSCHAFTSRECHT

Thema: **»Der Prokurist - Risiken und Nebenwirkungen«**

Veranstalter: vdw Sachsen Verband der Wohnungs- & Immobilienwirtschaft

Ort: Dresden

Datum: 27. Juni 2018

Referent: Herr Rechtsanwalt Jörg-Dieter Battke

Anmeldungen sind unter www.vdw-sachsen.de möglich.Thema: **Gesellschaftsrecht Intensivkurs (Deutsche Anwaltsakademie)**

Ort: Düsseldorf

Datum: 20. bis 24. August 2018

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Nolting referiert im Rahmen des Lehrgangs

am 20./21. August 2018 zum Personengesellschaftsrecht

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.anwaltakademie.deThema: **»Der Prokurist - Risiken und Nebenwirkungen«**

Veranstalter: Krankenhausgesellschaft Sachsen e. V.

Ort: Leipzig

Datum: 28. August 2018

Referenten: Herr Rechtsanwalt Jörg-Dieter Battke und Herr Rechtsanwalt Jan Rolla LL.M. (Eur. Integration)

Anmeldungen sind unter www.kgs-online.de möglich.Thema: **Grundlagenwissen für Aufsichtsräte der Wohnungswirtschaft**

Veranstalter: vdw Sachsen Verband der Wohnungs- & Immobilienwirtschaft

Ort: Dresden

Datum: 12. bis 14. November 2018

Referent: Herr Rechtsanwalt Jörg-Dieter Battke sowie weitere externe Referenten

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

IV. VERGABERECHT

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

Veranstalter: SDV Vergabe GmbH

Ort: Dresden

Datum: 21. August 2018, 13. November 2018

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

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

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

Veranstalter: SDV Vergabe GmbH

Ort: Dresden

Datum: 26. Juni 2018, 11. September 2018, 23. Oktober 2018, 27. November 2018

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

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

V. GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ UND WETTBEWERBSRECHT

Veranstaltungen
Gewerblicher
Rechtsschutz

Thema: Geistige Schöpfungen unter Konkurrenzdruck - Bestandsaufnahme zum Urheberrecht des Architekten

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

Ort: Dresden

Datum: 12. September 2018

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Daniel Schöneich

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

Thema: Rechtliche Anforderungen an die Gestaltung von Werbeauftritten

Veranstalter: Krankenhausgesellschaft Sachsen e.V.

Ort: Leipzig

Datum: 28. November 2018

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Daniel Schöneich

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

VI. MEDIZIN- UND SOZIALRECHT

Veranstaltungen
Medizin- und
Sozialrecht

Thema: Pflegeversicherung A-Z - Welche Ansprüche hat ein Pflegebedürftiger?

Veranstalter: parikom - Paritätisches Kompetenzzentrum für soziale Innovation GmbH

Ort: Dresden

Datum: 11. September 2018

Referent: Herr Rechtsanwalt Sebastian Stücker, M.Mel.

Anmeldungen sind unter www.parisax.de möglich.



BATTKE GRÜNBERG

vorausdenken. effektiv handeln.

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

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

Verantwortlich: Dr. Ekkehard Nolting

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