

März 2020

Liebe Leserin, lieber Leser,

wir wünschen Ihnen allen ein frohes, gesundes und erfolgreiches neues Jahr 2020. Zugleich sind wir in ein neues Jahrzehnt, die Zwanzigerjahre des 21. Jahrhunderts eingetreten. Damit wollen auch wir Neuland betreten. In unserem Leitthema wollen wir Ihnen diesmal nicht nur trockenen juristischen Stoff bieten, sondern wir präsentieren Ihnen einen Erfahrungsbericht aus unserer Arbeit mit unseren Mandanten. Dabei geht es allerdings weniger um Inhalte – was wiederum nur mehr oder weniger trockene Juristerei wäre – als vielmehr um Methodik. Mit dem vorgestellten Konzept des »Legal Coaching« sollen an einem praktischen Beispielsfall die Vorzüge eines strukturierten Beratungsansatzes, bei dem die Entscheidungsfindung und Lösung komplexer betrieblicher Fragen von Beginn an auch juristisch begleitet und moderiert werden, dargestellt werden. Die Anforderungen der modernen Arbeitswelt, die Digitalisierung, Globalisierung sowie ständige Änderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen erfordern auch in der rechtlichen Begleitung der damit verbundenen Umstrukturierungsprozesse neue Ansätze, um Rechtsberatung möglichst kosteneffizient und für die Unternehmen nützlich zu gestalten. Eine weitere Neuerung stellen unsere Workshops dar, die wir seit letztem Jahr anbieten. Auch hier wollen wir unser Beratungsangebot noch besser an die praktischen Bedürfnisse unserer Mandanten anpassen und getreu unseres Mottos »vorausdenken – effektiv handeln« unseren Mandanten ein Angebot machen, wie sie mögliche rechtliche Fallstricke oder Herausforderungen frühzeitig erkennen und ihnen bereits vorbeugend begegnen und entsprechen können. Workshopangebote finden Sie ab sofort regelmäßig in unserem Veranstaltungsüberblick am Ende des Heftes oder auf unserer Homepage. Im Übrigen informieren wir Sie selbstverständlich in diesem Heft und auch weiterhin vor allem über aktuelle Rechtsentwicklungen in den verschiedenen Rechtsgebieten. Wir wünschen Ihnen – wie immer – auch im neuen Jahr(zehnt) eine erkenntnisreiche Lektüre unseres Battke Briefes, bleiben Sie uns als Leser und Geschäftspartner treu und gewogen.

Ihre Battke Grünberg Rechtsanwälte PartGmbH

N^o 1/2020

> MANDANTENINFORMATION

Schwerpunktthema	02
Gesellschaftsrecht	05
Arbeitsrecht	11
Geistiges Eigentum	17
Medizin- und Sozialrecht	19
Verwaltungsrecht	21
Vergaberecht	22
Über uns	25
Veranstaltungen & Vorträge	26
Impressum	28

SCHWERPUNKTTHEMA

DR. ANDREA BENKENDORFF

Fachanwältin für Arbeitsrecht
Mediatorin (Univ.)
Coach (Univ.)



LEGAL COACHING-STRATEGIEN IM »WAR FOR TALENTS«

Ihre Zufriedenheit ist unser oberstes Gebot. Juristische Fachexpertise ist dafür die Grundvoraussetzung. Neben der rein juristischen Fachbegleitung im und außerhalb des Gerichtssaals helfen in der modernen Rechtsberatung gesonderte Streitbeilegungstechniken (z.B. Mediation, Schlichtungsverfahren). Neu ist das *Legal Coaching*. *Legal Coaching* ist im Gegensatz zur rein juristischen Fachberatung die Begleitung und Unterstützung schon bei der Lösungs- und Entscheidungsfindung für komplexe Problemfelder durch einen erfahrenen Anwalt. Der *Legal Coach* bietet eine Form von professionellem Kommunikations- und Prozessmanagement zur Entwicklung und Erreichung Ihrer Ziele. Wie geht das? Hier ein Beispiel zum »War for Talents«.

Ein Unternehmen bat um Hilfe bei der Nachwuchssuche und Nachbesetzung von Fachkräftenpositionen. Dabei konnten wir dem Unternehmen keine Tatenlosigkeit vorwerfen: Viel wurde unternommen, um junge Talente für sich zu gewinnen. Schülern und Studenten wurden Praktika ermöglicht, das Unternehmen bildete selbst aus und übernahm die Auszubildenden. Doch trotzdem schlägt der Fachkräftemangel voll zu: Geburtenschwache Jahrgänge stoßen auf ein gestiegenes Angebot der öffentlichen Hand und des Arbeitsmarktes. Weiterhin verändern sich die Ansprüche der neuen Mitarbeiter an Arbeitszeiten, die Anforderungen der Unternehmen an effiziente Arbeit in hervorragender Qualität aber nicht. Steigende Gehälter helfen nur bedingt: Zum einen sind steigende Personalkosten nicht immer verkraftbar und zum anderen zieht das Prinzip des »Sweatshops«, also sehr viel Arbeit für sehr

gutes Gehalt, die Generation Y bis Z nicht mehr an. Es sind neue Strategien gefragt. Welche Ressourcen kann man heben? Mit welchen Themen wirkt das Recruiting?

Im Gegensatz zu einer Rechtsberatung wird das Thema im *Legal Coaching* im Unternehmen mit einem Führungsteam und dem Betriebs- bzw. Personalrat aufgegriffen und gemeinsam in drei bis fünf Sitzungen aufgearbeitet. Gemeinsam werden Ziele definiert und gleich juristisch korrekt umgesetzt. Während einseitige Vorgaben zur Personalentwicklung auf Widerstand bei den Personalvertretungsorganen und Führungskräften stoßen, lösen hier die Betroffenen ihre Probleme selbst und helfen bei der Umsetzung. Während ansonsten Veränderungen schwer zu kommunizieren und durchzusetzen sind, schafft das *Legal Coaching* eine offene Kommunikation der Stakeholder und große Transparenz bei der Lösungsfindung.

Vor dem *Legal Coaching* wurde eine Hausaufgabe gefordert: Welcher Typ neuer Mitarbeiter wird für welche Positionen gebraucht? Welche besonderen Wünsche, Bedürfnisse und Lebenseinstellungen hat dieser potentielle Berufsnachwuchs? Hierzu befragten der Betriebsrat im Vorfeld die neue Generation von Kollegen: Sie wünschen sich mehr Mitsprache bei der Einteilung der Arbeit, besseres Feedback und neue Karrierewege auch außerhalb von Führungsverantwortung. Ziel des Coaching war, erstens möglichst kostengünstige Strategien zu entwickeln und zweitens gemeinsam zu entscheiden, wann und wie diese (rechtlich korrekt) umgesetzt werden.

1. Neue Karrierewege

Ein Strategieworkshop zu den Karrierewegen brachte zahlreiche Ideen: Die Ausbildung der jungen Generation ist stärker verschult als die der vorangehenden Generationen. Eine Einarbeitung, die nur aus »learning by doing« oder »learning on the job« besteht, ist nicht mehr zeitgemäß. Durch eine strukturierte Einarbeitung (sog. Onboarding) werden die neuen Mitarbeiter vom ersten Arbeitstag an systematisch und professionell einbezogen, eingearbeitet, unterstützt und sozial integriert. Das Onboarding-Konzept vermittelt unternehmenseinheitlich für bestimmte Berufszweige einen ähnlichen Leistungs- und Wissensstand neuer Mitarbeiter.

Was sind nun aber neue Karrierewege? Geboten wurde eine Karriere bei Übernahme von Personalverantwortung. Die Karriere ist damit abhängig von offenen Führungsstellen und der Fähigkeit zur Personalführung. Alternativ offeriert werden soll nun – so das Ergebnis des Coaching nach Abstimmung mit der Geschäftsführung – eine Fachkarriere auch ohne Führungsverantwortung: Stellt ein Mitarbeiter teamübergreifend und/oder projektleitend seine besondere Fachexpertise dem Unternehmen als intern führender Fachansprechpartner oder als interner Fachberater zur Verfügung, wird er gleich einem Teamleiter behandelt. Dies wurde in Absprache mit der Gewerkschaft im Haustarifvertrag mit neuen Tätigkeitsmerkmalen in der Eingruppierung definiert.

Weitere Ideen sind das Arbeiten in vernetzten Teams, Projektteams oder sog. Scrum-Teams. Unterstellt wird, dass Führungsverantwortung nicht überall dauerhaft übernommen sein muss, sondern auch zeitweise und themenbezogen z. B. für den Sach nächsten in Projekten definiert werden kann. Diese neue Arbeitsform wurde in Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat und der Personalabteilung durch Änderung der Arbeitsverträge sowie Versetzungen als Modell mit ausgewählten Mitarbeitern probiert, die Rotation in der Führung wurde durch eine Zulage abgebildet.

Unterstützt wird ferner fortan die Karriere mit einer gezielten Karrierebegleitung durch einen Mentor, der als unternehmensinterner Berater dem Mitarbeiter

zur Seite steht.

Im Coaching zurückgestellt wurde der Ansatz, Hierarchien zu verflachen (Auflösung der Führungsebene der Abteilungsleiter) und stattdessen eine (rollierende) Teamführung zu installieren.

2. Mehr Mitsprache und Mitverantwortung der (neuen) Mitarbeiter

Und wie kommen wir zu mehr Mitsprache bei der Einteilung der Arbeit, wenn gleichzeitig der Ablauf im Betrieb ungestört sein soll?

Hoch im Kurs steht die Vier-Tage-Woche mit 4 x 10 Stunden Arbeit täglich, die aber eine Bereitschaft zur Arbeit am 5. Tag nicht gänzlich ausschließen darf.

Freiraum schafft bei einer 5-Tage-Woche die mobile Arbeit. Das Arbeiten mit mobilen Endgeräten und direktem Serverzugriff zu unterschiedlichen Arbeitszeiten erlaubt eine bessere Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben. Eine Freiheit, die auch nicht familiengebundenen Arbeitnehmern unabhängig vom Alter und der Lebensphase zusteht. Eine Betriebsvereinbarung muss regeln, welche Position für das mobile Arbeiten geeignet ist, welches Verfahren zur Erlaubnis von mobilem Arbeiten erforderlich ist, wie Versicherungs- und Arbeitsschutz neben Arbeitszeitvorgaben einzuhalten sind und was bei Ausfall der Technik oder des Mitarbeiters geschieht. Soll es noch einen Arbeitsplatz im Unternehmen geben? Wann kann ein Mitarbeiter trotzdem verpflichtet werden, im Betrieb zu arbeiten? Auch hier ist nur eine Lösung unter Beachtung der beidseitigen Interessen von Mitarbeiter und Unternehmen tragfähig. Im Coaching wurde das mobile Arbeiten in den Fokus genommen und die Umsetzung mit einer Guideline begleitet. Die Betriebsvereinbarung hierzu ist zwischenzeitlich abgeschlossen.

Die Einführung von neuen und verschiedenen Teilzeitmodellen und Lebensarbeitszeitkonten durch Betriebsvereinbarung und Zusatzverträge mit den Mitarbeitern schafft mehr Raum für Individualismus abhängig von den Anforderungen verschiedener Lebensphasen. Sabbaticals und die Rückkehr auf einen Vollzeitarbeitsplatz sind möglich, aber – im Gegensatz zu gesetzlich den Mitarbeitern erlaubten Auszeiten –

für das Unternehmen planbar.

Pluspunkte sammelt daneben die Personalführung: Entscheidend für die Zufriedenheit in der Arbeit sind die Transparenz von Entscheidungen, die offene Kommunikation, die klaren Perspektiven und das Vertrauen. Wie wäre es in diesem Zusammenhang mit einem »reverse mentoring«, bei dem nicht die Führungskraft den Nachwuchs, sondern der Nachwuchs die Führungskraft zum Beispiel im Thema Digitalisierung schult?

3. Gehalt und andere »Goodies«

Beim Gehalt sind nicht unbedingt Spitzenentgelte gewollt. Solange das Gehalt marktgerecht ist, ist über weiteres Geld allein kein Bewerber zu locken. Einkommenschancen werden nicht auf, wenn eine klare Perspektive fehlt und kein Einfluss auf Entscheidungen besteht.

Modern ist es dagegen, eine Belohnungsstruktur zu schaffen, die weniger über Geld als über Sinnstiftung und Weiterbildung funktioniert. Lohnenswert ist vor allem die Möglichkeit einer Ausbildung in nichtfachlichen Bereichen. Dabei sollte das Weiterbildungsangebot einen individuellen Ansatz erlauben. Dies kann vom Stimmtraining über Kommunikationsstrategien bis hin zum Businessknigge reichen. Kenntnisse könnten auch vermittelt werden durch Webinare oder über einen Unternehmensblog.

Doch Gutes und Neues tun, um Ihre Attraktivität als Unternehmen zu steigern, reicht allein nicht. Im Coaching haben wir geklärt, wie dies auch für Bewerber bekannt wird: Dabei sollte in der Stellenausschreibung nicht nur das Thema »Anfangen«, sondern auch »Bleiben, Entwickeln und Wohlfühlen« dargestellt werden.

Der erste Eindruck zählt. Stellen Sie sicher, dass Aufmachung und Optik Ihrer Website zu Profilen und Inhalten passt. Auf der Homepage soll es jetzt eine beispielhafte Karriereentwicklung geben sowie – zur Darstellung der Arbeitszeitflexibilität – eine authentische Darstellung der Vereinbarkeit von Freizeit und Beruf. Hierzu präsentieren sich bewusst zeitgemäß in kurzen Videosequenzen junge Mitarbeiter, die wich-

tige Aspekte aus Sicht möglicher Bewerber aufgreifen.

Kommunizieren Sie auf gleicher Augenhöhe über sich als Arbeitgeber ohne Standardfloskeln, sondern individuell, was Sie leisten oder nicht leisten können. Auf Veranstaltungen kommt es weniger auf die Außendarstellung des Unternehmens an, sondern ist vielmehr den Interessenten zuzuhören. Es sind die oft gestellten Fragen zu notieren und hierauf auf der Website einzugehen.

Haben Sie schon einen Mitarbeiter zum Blogger oder Influencer für Ihre Interessen in den Social Media ausgebildet und eingesetzt?

Das Beispiel des *Legal Coaching* im »War for talents« zeigt die Rechtsberatung erweitert um eine neue Prozessbegleitung. Entscheidungsprozesse und Problemlösungen werden im Unternehmen mit Coaching-Tools und Coaching-Kompetenzen in einer kollegialen Fallberatung durch die Betroffenen selbst gelöst. Die Umsetzung wird rechtlich korrekt vorgenommen, rechtlich nicht haltbare Entscheidungen und Lösungen von vornherein ausgeklammert.

Gerade in Veränderungsprozessen unterstützt und intensiviert *Legal Coaching* die Wirksamkeit der neuen Strategien. Es bietet eine größere Verständnisplattform und Kommunikationsebene und schafft daher eine größere Akzeptanz in der Belegschaft. Denn *Legal Coaching* hat nicht nur die notwendige Flexibilität und Agilität, da es sehr eng an den Bedürfnissen und Werten des Unternehmens orientiert ist, sondern hilft auch, die Relevanz von Veränderungsprozessen und neuen Zielvorgaben besser zu beurteilen. Es lässt sich daher als Methode nicht nur im hier vorgestellten Bereich aus dem Arbeitsrecht, sondern ebenfalls sehr gut in anderen Bereichen, wie etwa der Vorbereitung von Unternehmensnachfolgen oder -umstrukturierungen, Einführung von Compliance-Management-Systemen und ähnlichen Prozessen einsetzen. Durch die stetige Abstimmung von Zielvorstellungen, beteiligten Interessen und wirtschaftlichen Überlegungen mit den rechtlichen Rahmenbedingungen werden Rechtssicherheit erhöht und Transaktionskosten und Reibungsverluste reduziert.

Dr. Andrea Benkendorff

ENTLASTUNGSBESCHLUSS BEI SCHWERWIEGENDER PFLICHTVERLETZUNG DES GMBH-GESCHÄFTSFÜHRERS

Die Entlastung des GmbH-Geschäftsführers durch die Gesellschafterversammlung hat zur Folge, dass der Geschäftsführer wegen Pflichtverletzungen, die der Versammlung bekannt waren, nicht mehr verfolgt werden kann. In dem vom Oberlandesgericht Frankfurt entschiedenen Fall (Urteil vom 23. Mai 2019, Az.: 5 U 21/18) hatte es der Geschäftsführer unterlassen, den Finanzbuchhalter ordentlich zu überwachen. Dieser hatte die ihm erteilte Kontovollmacht dazu missbraucht, rund eine halbe Million Euro zu unterschlagen. Wegen dieses Vorfalls hatte ein Gesellschafter, wozu er aufgrund der konkreten Umstände ausnahmsweise befugt war, den Geschäftsführer auf Ersatz des entstandenen Schadens an die Gesellschaft in Anspruch genommen. Gleichwohl beschloss die Gesellschafterversammlung gegen die Stimmen des Klägers die Entlastung des Geschäftsführers und entzog der Schadenersatzklage des Minderheitsgesellschafters damit den Boden.

Das Oberlandesgericht Frankfurt erklärte den Beschluss wegen Verstoßes gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht für nichtig. Zwar stehe den Gesellschaftern ein weiter Ermessensspielraum bei der Gewährung der Entlastung zu; der Geschäftsführer habe aber seine Pflichten so gravierend verletzt, dass seine Entlastung treuwidrig sei.

Richtig ist zunächst, dass der Geschäftsführer verpflichtet ist, ein angemessenes System zur Überwachung der von ihm auf Mitarbeiter delegierten Aufgaben zu errichten. Insbesondere hat er dafür Sorge zu tragen, dass im Unternehmen und aus dem Unternehmen heraus keine rechtswidrigen oder gar strafbaren Handlungen begangen werden. Das hatte schon das Landgericht München im Siemens-Neu-

bürger-Fall entschieden. Insofern lag gewiss eine Pflichtverletzung vor, für die der Geschäftsführer der Gesellschaft gegenüber haftete.

Allerdings steht es im freien Ermessen der Gesellschafter, auf die Verfolgung zu verzichten und ihm auch Entlastung zu erteilen. Eine Ausnahme sieht der Bundesgerichtshof bisher nur in den Fällen, in denen der Gesellschaft durch den Verzicht auf die Geltendmachung ein existenzbedrohender Nachteil droht. In diesem Fall reduziere sich diese Ermessensfreiheit und komme nur die Entscheidung für die Verfolgung der Ansprüche im Interesse der Gesellschaft in Betracht. Dazu hatte allerdings das Oberlandesgericht Frankfurt im vorliegenden Fall keine Feststellungen getroffen, weswegen die Gesellschaft den Bundesgerichtshof angerufen hat. Dessen Entscheidung steht noch aus.

FAZIT

- ▶ Wird dem Geschäftsführer von der Gesellschafterversammlung Entlastung erteilt, kann die Gesellschaft ihn wegen Pflichtverletzungen, die der Gesellschafterversammlung bei der Entlastungsentscheidung bekannt waren, nicht mehr auf Schadenersatz in Anspruch nehmen.
- ▶ Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verlangt in der Regel nur bei existenzbedrohenden Folgen einer Pflichtverletzung, dass die Gesellschafter einer Verfolgung von Ersatzansprüchen zustimmen und ein Entlastungsbeschluss wegen Treuwidrigkeit anfechtbar sei.
- ▶ Ob darüber hinaus auch die Schwere der Pflichtverletzung ohne derart gravierende Folgen eine Treuwidrigkeit begründen kann, wird der Bundesgerichtshof im anstehenden Revisionsverfahren prüfen können.

Dr. Ekkehard Nolting

GMBH GESCHÄFTSFÜHRER: GESTALTUNG DES ANSTELLUNGSVERTRAGES BEI BERUFUNG EINES ABHÄNGIG BESCHÄFTIGTEN ZUM GESCHÄFTSFÜHRER

Wird ein angestellter Mitarbeiter zum Geschäftsführer seines bisherigen Arbeitgebers bestellt, stellt sich immer die Frage nach dem Schicksal des bisherigen Arbeitsvertrages und der in dem abhängigen Beschäftigungsverhältnis erworbenen Rechte des bisherigen Arbeitnehmers. Soll das bisherige Arbeitsverhältnis aufgehoben werden, bedarf es dazu der Schriftform; diese wird durch schriftlichen Abschluss des neuen Geschäftsführeranstellungsvertrags gewahrt. Aus Sicht des Arbeitnehmers und jetzigen Geschäftsführers bedeutet dies, dass er alle Arbeitnehmerrechte verliert, insbesondere seinen Kündigungsschutz.

Erfolgt die Bestellung und Anstellung als Geschäftsführer jedoch nicht bei dem bisherigen Arbeitgeber sondern einer dritten – in der Regel konzernverbundenen – Gesellschaft, bedarf es zur Aufhebung des Arbeitsvertrags einer ausdrücklichen schriftlichen Vereinbarung mit dem bisherigen Arbeitgeber. Geschieht das nicht, wird das abhängige Beschäftigungsverhältnis unbefristet fortgesetzt mit der Folge, dass der Arbeitnehmer nach der Beendigung seines Geschäftsführerdienstvertrags in sein unverändertes altes Arbeitsverhältnis zurückkehrt.

In dem Fall, den das Bundesarbeitsgericht unlängst zu entscheiden hatte (Urteil vom 12. Juni 2019, Az.: 7 AZR 428/17), hatten die Arbeitsvertragsparteien die Frage dahingehend gelöst, dass sie den Arbeitsvertrag für die zunächst auf fünf Jahre befristete Bestellung zum Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft ruhend gestellt hatten. Bei einer Verlängerung der Bestellung und Fortsetzung des Geschäftsführerdienstvertrags sollte das Arbeitsverhältnis hingegen nur noch zum Zweck der Fortführung der betrieblichen Altersversorgung aufrechterhalten bleiben und insoweit mit Ausscheiden aus

dem Geschäftsführerverhältnis automatisch enden. Das Bundesarbeitsgericht hat diese Vereinbarung sowohl unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten als auch des Verbots nach dem Teilzeitbefristungsgesetz, Arbeitsverträge unter auflösende Bedingung zu stellen, geprüft und gehalten: Sie sei von einem berechtigten Interesse des Arbeitgebers gedeckt und benachteilige den Arbeitnehmer nicht unangemessen. Es sei wirksam vereinbart worden, dass das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der ersten Bestellung bei erneuter Bestellung nur noch für die Fortsetzung der betrieblichen Altersversorgung fortbestehen, im Übrigen aber beendet sein sollte. Eine Fortsetzung des inhaltlich so reduzierten Vertragsverhältnisses nach dem endgültigen Ausscheiden aus dem Geschäftsführeramt und damit aus dem Beschäftigungsverhältnis im Konzern sei sinnentleert. Daher sei die auflösende Bedingung der Beendigung des Geschäftsführeranstellungsvertrages, die automatisch auch zur Beendigung des Arbeitsvertrags führt, auch nach dem Teilzeitbefristungsgesetz zulässig, da sie durch sachliche Gründe gerechtfertigt sei.

FAZIT

- ▶ Bei der Bestellung angestellter Mitarbeiter zu Geschäftsführern ist das weitere Schicksal des bisherigen Arbeitsvertrags zu bedenken und rechtssicher zu klären.
- ▶ Die Regelungen dazu müssen klar, verständlich und transparent erfolgen, um der AGB-rechtlichen Kontrolle standzuhalten.
- ▶ Die automatische Beendigung des Arbeitsvertrags bei Beendigung des Geschäftsführeranstellungsvertrags ist als auflösende Bedingung zulässig, wenn sie durch einen Sachgrund gerechtfertigt ist.

Dr. Ekkehard Nolting

TEILNEHMER AN EINER KATALOGSTRAFTAT KANN NICHT GMBH-GESCHÄFTSFÜHRER SEIN

Der GmbH-Geschäftsführer verwaltet fremdes Vermögen. Dabei hat er die Interessen der Gesellschaft, der Gesellschafter und im Rahmen der Kapitalaufbringungs-, -erhaltungs- und insolvenzrechtlichen

Vorschriften auch der Gläubiger und des Rechtsverkehrs insgesamt zu wahren. Von ihm wird daher eine gewisse Integrität erwartet. Das GmbH-Gesetz schließt daher Personen von diesem Amt aus, die sich

einer der Straftaten schuldig gemacht haben, die im Gesetz im Einzelnen aufgeführt sind und in besonderem Konflikt mit dieser Vertrauensstellung stehen. Es handelt sich dabei im Großen und Ganzen um Vermögens- und Insolvenzstraftaten. Bei seiner Bestellung hat jeder Geschäftsführer gegenüber dem Handelsregister eidesstattlich zu versichern, dass er in den letzten fünf Jahren nicht wegen einer solchen Straftat rechtskräftig verurteilt worden ist.

Ungeklärt war bisher, ob der Bestellung auch entgegensteht, wenn der Geschäftsführer nicht selbst die Straftat beging, sondern lediglich Beihilfe dazu geleistet hat (sog. »Teilnahme«). Das hat der Bundesgerichtshof jetzt im Fall eines Geschäftsführers bejaht, der einem anderen Beihilfe zum Bankrott geleistet hat, indem er beim Beiseiteschaffen von Vermögenswerten

geholfen hat (Urteil vom 3. Dezember 2019, Az.: II ZR 18/19). Auch er habe sich als unzuverlässig erwiesen, sodass ihm entsprechend dem präventiven Charakter der Ausschlussvorschrift das verantwortungsvolle Amt nicht anvertraut werden könne. Deswegen komme es auch nicht auf das Strafmaß an. Insbesondere sei unbeachtlich, dass der Betroffene nicht durch Urteil, sondern lediglich durch einen Strafbefehl zu einer Geldstrafe verurteilt worden sei.

FAZIT

► Als GmbH-Geschäftsführer ist nicht nur disqualifiziert, wer eine der Katalogstraftaten des § 6 Abs. 2 S. 2 GmbHG selbst begangen hat, sondern auch, wer dazu nur Beihilfe geleistet oder angestiftet hat.

Dr. Ekkehard Nolting

BEI BESTEHEN MEHRERER DIENSTVERHÄLTNISSE KANN PFLICHTVERLETZUNG IM RAHMEN EINES DIENSTVERHÄLTNISSES ZUR KÜNDIGUNG SÄMTLICHER DIENSTVERTRÄGE FÜHREN

Das Oberlandesgericht München befasste sich mit Urteil vom 4. Dezember 2019 (Az.: 7 U 2464/18) mit der Kündigung eines Vorstandsvertrages aus wichtigem Grund. Der zugrundeliegende Sachverhalt war dadurch geprägt, dass der spätere Kläger als Vorstand einer Aktiengesellschaft und deren 100%igen Tochtergesellschaft, bei der es sich ebenfalls um eine Aktiengesellschaft handelte, bestellt war. Zwischen dem Kläger und den Aktiengesellschaften bestanden entsprechende Vorstandsdienstverträge.

In der Folgezeit wurden beide Vorstandsdienstverträge durch die Aktiengesellschaften fristlos gekündigt. Die Kündigungen wurden darauf gestützt, dass der Kläger Pflichtverletzungen gegenüber einer der beiden Aktiengesellschaften begangen hatte. Im Streit stand u.a., ob Pflichtverletzungen gegenüber einer Aktiengesellschaft auch zur Kündigung des mit der anderen Aktiengesellschaft bestehenden Vorstandsdienstvertrages berechtigten.

Das Oberlandesgericht München betonte den allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach Dienstverhältnisse fristlos gekündigt werden können, wenn es unter Abwägung der Interessen beider Parteien dem Kündigenden unzumutbar ist, das Dienstverhältnis

bis zum Eintritt des Befristungstermins oder der erstmaligen ordentlichen Kündigungsmöglichkeit fortzusetzen. Die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Dienstverhältnisses kann sich insbesondere dann ergeben, wenn das wechselseitige Vertrauen zwischen den Parteien durch einen vom Kündigungsempfänger zu verantwortenden Umstand soweit zerstört ist, dass eine vertrauensvolle Zusammenarbeit nicht mehr möglich erscheint.

In diesem Kontext hob das Oberlandesgericht München hervor, dass in Fällen, bei denen Dienstverhältnisse zu einer Muttergesellschaft und deren Tochtergesellschaft bestehen, Pflichtverletzungen gegenüber der einen Gesellschaft aus dem Vorstandsdienstvertrag auch zur Kündigung des mit der anderen Gesellschaft bestehenden Dienstverhältnisses berechtigen können. Maßgebend hierfür ist, dass das Vertrauen der einen Gesellschaft in den Dienstnehmer auch durch Pflichtverletzungen gegenüber der anderen Gesellschaft erschüttert wird. Dies gilt umso mehr, als die Mutter- und Tochtergesellschaft über ihre jeweiligen Vermögensinteressen nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich verbunden sind.

FAZIT

► Die Entscheidung des Oberlandesgerichts München ist zu begrüßen. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass die Zerstörung des wechselseitigen Vertrauens zwischen den Parteien insgesamt und nicht nur auf den jeweiligen Dienstvertrag bezogen betrachtet werden muss.

► Diese vom Oberlandesgericht München benannten Grundsätze gelten nicht nur bei Dienstverhältnissen mit Aktiengesellschaften, sondern finden auch bei GmbHs Anwendung.

Jörg Dieter Battke

»RICHTIGER« ZEITPUNKT DES EINTRITTS DES PERSÖNLICH HAFTENDEN GESELLSCHAFTERS BEIM FORMWECHSEL EINER GMBH IN EINE KG

Mit Beschluss vom 19. Dezember 2019 (Az.: 12 B 133/19) nahm das Oberlandesgericht Oldenburg zu der Frage Stellung, zu welchem Zeitpunkt der Eintritt des persönlich haftenden Gesellschafters beim Formwechsel einer GmbH in eine KG möglich und notwendig ist. Eine GmbH sollte in eine Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) & Co. KG umgewandelt werden. Hierbei war beabsichtigt, dass die Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) erst mit Eintragung des Formwechsels im Handelsregister der KG als deren persönlich haftende Gesellschafterin beitrifft.

Den Antrag auf Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister wies das Registergericht unter Hinweis auf das Prinzip der Kontinuität der Gesellschaft zurück. Dieses Prinzip soll sicherstellen, dass diejenigen Gesellschafter, die zum Zeitpunkt der Eintragung des Formwechsels Anteilsinhaber der umzuwandelnden Gesellschaft sind, auch Mitglieder des umgewandelten Rechtsträgers werden. Diese Voraussetzung war bei der Umwandlung der GmbH nicht erfüllt, da die Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) an dieser noch nicht beteiligt war und erst mit Eintragung des Formwechsels im Handelsregister persönlich haftende Gesellschafterin der aus der Umwandlung hervorgehenden KG werden sollte.

Eine Ausnahme von dem Prinzip der »Kontinuität der Mitgliedschaft« lässt das Oberlandesgericht Oldenburg allerdings bei solchen Konstellationen zu, bei denen sich sämtliche Beteiligte über die Umwandlung sowie den späteren Eintritt eines Dritte als weiteren Gesellschafter einig sind und der Wechsel

im Gesellschafterbestand nicht durch den Formwechsel, sondern auf Grundlage der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten, wie Anteilsübertragung, Eintritt und Austritt etc. herbeigeführt wird.

Diese Voraussetzungen waren bei dem vom Oberlandesgericht Oldenburg zu beurteilenden Sachverhalt erfüllt. Denn der alleinige Gesellschafter der GmbH und die Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) waren sich sowohl über den Formwechsel als auch über deren Beitritt als persönlich haftende Gesellschafterin im Moment des Wirksamwerdens des Formwechsels einig. Im Ergebnis sah daher das Oberlandesgericht Oldenburg keinen Grund, weshalb sich die Beteiligten nicht auch auf einen Beitrittszeitpunkt genau im Moment des Wirksamwerdens des Formwechsels verständigen konnten.

FAZIT

► Der Beschluss des Oberlandesgerichts Oldenburg ist zu begrüßen. Er ermöglicht und vereinfacht Formwechsel, bei denen bisher nicht beteiligte Dritte Gesellschafter der umgewandelten Gesellschaft werden sollen.

► Zu beachten ist, dass das Einvernehmen sämtlicher Beteiligter hinsichtlich des Formwechsels und des Eintritts eines bisher nicht Beteiligten für Zwecke des Registerverfahrens in der gebotenen Form dokumentiert werden sollte.

Jörg-Dieter Battke

KEINE HAFTUNG DES ERWERBERS FÜR ALTSCHULDEN BEI KAUF EINES HANDELSGEWERBES AUS DER INSOLVENZ

Grundsätzlich muss der Erwerber eines Handelsgewerbes auch für alle Verbindlichkeiten einstehen, die im Betrieb des Geschäfts vom früheren Inhaber begründet worden sind, wenn er die Firma und das Geschäft weiterführt. Dies sieht § 25 Abs. 1 S. 1 HGB zwingend vor. Abweichungen lässt das Gesetz nur dann zu, wenn die abweichende Vereinbarung in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht oder dem Dritten mitgeteilt worden ist.

Es war allerdings durch die höchstrichterliche Rechtsprechung und in der Literatur bereits anerkannt, dass § 25 Abs. 1 S. 1 HGB beim Verkauf des Handelsgeschäfts durch einen Insolvenzverwalter im eröffneten Insolvenzverfahren keine Anwendung findet. Der Bundesgerichtshof hat nun in seiner Entscheidung vom 3. Dezember 2019 (Az.: II ZR 457/18) klargestellt, dass dies auch dann gilt, wenn die Eigenverwaltung angeordnet worden ist. Bei der Eigenverwaltung bleibt der Schuldner während der Dauer des Insolvenzverfahrens berechtigt, unter der Aufsicht eines Sachwalters die Insolvenzmasse zu verwalten und über sie zu verfügen. Der Bundesgerichtshof entschied, dass auch in diesem Fall die Haftung des Erwerbers bei Firmenfortführung gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 HGB nicht gelten soll. Eine andere Entscheidung würde den Grundsätzen des Insolvenzverfahrens

zuwiderlaufen.

Die Entscheidung ist zu begrüßen und sorgt für Rechtsklarheit. Es kann keinen Unterschied machen, ob der Erwerb eines Unternehmens aus der Insolvenz heraus durch den Insolvenzverwalter oder den bisherigen Inhaber im Rahmen der Eigenverwaltung abgewickelt wird. Es ist auch angemessen, in solchen Fällen den Regeln und Grundsätzen des Insolvenzrechts Vorrang gegenüber dem Handelsrecht einzuräumen. Eine Anwendung des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB würde zu einer sachgrundlosen Ungleichbehandlung der Gläubiger führen. Zudem würde es einer bestmöglichen Verwertung der Masse entgegenstehen, da ein Verkauf des Unternehmens als Ganzes durch die Haftung des Erwerbers für die Altschulden des bisherigen Inhabers unattraktiv wäre.

FAZIT

► Der Erwerber eines Unternehmens haftet nicht für Verbindlichkeiten, die der bisherige Inhaber begründet hat, wenn der Erwerb aus der Insolvenz heraus stattfindet. Ob der Kauf durch einen bestellten Insolvenzverwalter durchgeführt wird oder der bisherige Inhaber in Eigenverwaltung den Verkauf vornimmt, ist unerheblich.

Karla Graupner

KEINE AUFRECHNUNG MIT ZUR INSOLVENZTABELLE ANGEMELDETEN VERGÜTUNGSANSPRÜCHEN DES GESCHÄFTSFÜHRERS GEGEN DEN ANSPRUCH AUS GESCHÄFTSFÜHRERHAFTUNG

In der Krise der GmbH dürfen aus dem Vermögen der Gesellschaft keine Auszahlungen mehr vorgenommen werden. Der Geschäftsführer soll einen Insolvenzantrag stellen und die Masse für das Insolvenzverfahren erhalten. Für Verstöße haftet der Geschäftsführer persönlich, der dem Insolvenzverwalter alle Vermögensabflüsse zur Masse zu erstatten hat. Mit Beschluss vom 15. Oktober 2019 (Az.: II ZR 425/18) nahm der Bundesgerichtshof u. a. zu der Frage Stellung, ob ein

Geschäftsführer mit seinen zur Insolvenztabelle angemeldeten Vergütungsansprüchen gegen einen solchen Erstattungsanspruch aufrechnen kann.

Der Bundesgerichtshof bestätigte die im Schrifttum und der Rechtsprechung vorherrschende Auffassung, wonach der wirksamen Aufrechnung die Eigenart des Ersatzanspruches i. S. d. § 64 GmbHG entgegensteht. Zweck dieser Vorschrift ist es, die Insolvenzmasse zu sichern und damit Masseverkür-

zungen im Vorfeld des Insolvenzverfahrens zu verhindern. Für den Fall, dass Geschäftsführer dieser Massesicherungspflicht nicht entsprechen und z.B. verbotswidrige Zahlungen vornehmen, ist es ebenfalls Ziel dieser Regelung die (Wieder-) Auffüllung des Gesellschaftsvermögen sicherzustellen, damit es anlässlich des Insolvenzverfahrens zur ranggerechten und gleichmäßigen Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger zur Verfügung steht.

Die Möglichkeit des Geschäftsführers mit Insolvenzforderungen aus Vergütungsansprüchen gegen diesen Anspruch aufzurechnen, würde diesem Zweck

und damit einer ranggerechten und gleichmäßigen Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger entgegenstehen.

FAZIT

► Über die Vergütungsansprüche des Geschäftsführers hinaus berechtigen sämtliche Forderungen, die dem Anspruch aus Geschäftsführerhaftung wegen Verstoßes gegen die Insolvenzantragspflicht entgegengehalten werden, nicht zur Aufrechnung. Dies würde dem Schutzzweck des § 64 GmbHG widersprechen.

Jörg-Dieter Battke

KEIN ANSPRUCH EINES VORSTANDSMITGLIEDS AUF ZAHLUNG FREIWILLIGER ZUWENDUNGEN

Der Bundesgerichtshof hatte sich im Urteil vom 24. September 2019 (Az.: II ZR 192/18) erneut mit der Vergütung von Vorstandsmitgliedern befasst.

Der Kläger war zunächst als Arbeitnehmer in der Aktiengesellschaft angestellt. Anschließend wurde er in den Vorstand der Gesellschaft berufen. Er schloss einen Vorstandsdienstvertrag mit der Gesellschaft ab. Sein Vorstandsdienstvertrag sah neben einem Grundgehalt vor, dass der Aufsichtsrat der Gesellschaft ihm nach billigem Ermessen zusätzlich Sonderleistungen einmalig oder wiederholt gewähren kann. Die Klausel enthielt zudem den Hinweis, dass es sich dabei um freiwillige Zuwendungen handele, aus denen kein Rechtsanspruch abgeleitet werden kann. Im darauf folgenden Jahr zahlte die Gesellschaft dem Vorstandsmitglied eine Vergütung von ca. EUR 1 Mio. aus. Davon entsprachen EUR 325.000,00 der Grundvergütung. Der restliche Betrag setzte sich aus Bonuszahlungen zusammen. Im nächsten Jahr kündigte das Vorstandsmitglied seinen Dienstvertrag, um zu einem Konkurrenzunternehmen zu wechseln und legte sein Amt als Vorstand vorzeitig nieder. Das Vorstandsmitglied verklagte anschließend die Aktiengesellschaft auf Zahlung der Sonderleistungen.

Der Bundesgerichtshof kam zu dem Ergebnis, dass dem klagenden Vorstandsmitglied kein Anspruch auf Zahlung von Sonderleistungen zur Seite stehe und hob das Urteil der Berufungsinstanz auf, das die Aktiengesellschaft noch zur Zahlung eines angemessenen

Bonus in Höhe von EUR 500.000,00 verurteilt hatte. Aus dem Wortlaut der Klausel des Dienstvertrages ergebe sich hinreichend deutlich, dass der Aufsichtsrat in seiner Entscheidung über die Gewährung von Sonderleistungen frei sein sollte. Auch der Hinweis auf die Freiwilligkeit und das Fehlen eines Rechtsanspruches sprächen dafür. Daraus ergebe sich laut Bundesgerichtshof auch, dass dem Vorstandsmitglied kein Anspruch auf eine Entscheidung nach billigem Ermessen im Sinne des § 315 BGB zustehen solle. Zudem sei aus der Verwendung des Begriffs »Grundgehalt« nicht zu schließen, dass die Parteien eine Gesamtvergütung vereinbart hätten, die sich zwingend aus einer Fixvergütung und einer Sonderleistung zusammensetze. Die Klausel hält abschließend auch einer AGB-Inhaltskontrolle stand. Entgegenstehende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu solchen Klauseln in Arbeitsverträgen, könne auf den hier zu beurteilenden Vorstandsdienstvertrag nicht angewendet werden. Zwischen Arbeits- und Vorstandsdienstverträgen und der Stellung von Arbeitnehmern und Vorständen bestünden erhebliche Unterschiede, so der Bundesgerichtshof.

FAZIT

► Der Bundesgerichtshof trifft mit dem Urteil eine praxisrelevante Entscheidung zur Vorstandsvergütung einer Aktiengesellschaft.
► Mit der richtigen vertraglichen Gestaltung kann eine

Aktiengesellschaft den Anspruch eines Vorstandsmitglieds auf die Gewährung von Sonderleistungen wie Tantiemen, Boni und Ähnliches wirksam ausschließen.

► Die strengere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist auf Vorstandsdienstverträgen nicht

anwendbar. Dies ist angesichts der schwächeren (Verhandlungs-)position eines Arbeitnehmers im Vergleich zu einem Vorstand auch interessengerecht.

Karla Graupner

Arbeitsrecht

ZEITPUNKT DES ZUGANGES EINER KÜNDIGUNG

Wann eine Kündigung einem Arbeitnehmer zugegangen ist, ist aus verschiedenen Gründen wichtig. So bestimmt der Zeitpunkt des Zuganges einer Kündigung, ob der Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung tatsächlich innerhalb der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB ausgesprochen hat, oder der Arbeitgeber die zu beachtende Kündigungsfrist gewahrt hat. Zudem hängt von dem Zeitpunkt des Zuganges einer Kündigung auch ab, ob der Arbeitnehmer eine Kündigungsschutzklage fristgemäß erhoben hat.

Erhebliche Unsicherheiten über den Zugangszeitpunkt einer Kündigung können entstehen, wenn die Kündigung in den Hausbriefkasten des Arbeitnehmers eingeworfen wird. Denn mit dem bloßen Einwurf des Kündigungsschreibens ist dessen Zugang noch nicht erfolgt. Vielmehr tritt dieser erst ein, sobald nach der Verkehrsanschauung mit der nächsten Entnahme der Post aus dem Briefkasten zu rechnen ist.

Das Bundesarbeitsgericht musste sich in seinem Urteil vom 22. August 2019 (Az.: 2 AZR 111/19) mit der Frage befassen, wann ein Kündigungsschreiben zugeht, das dem Arbeitnehmer am 27. Januar 2017 (einem Freitag) gegen 13:25 Uhr in den Hausbriefkasten eingeworfen wurde, wenn die allgemeine Postzustellung an dem Wohnort des Arbeitnehmers bis gegen 11:00 Uhr vormittags beendet ist. Der Arbeitnehmer erhob nämlich erst am 20. Februar 2017 (einem Montag) Kündigungsschutzklage, weswegen die Vorinstanz diese abwies. Der Arbeitnehmer hätte die Kündigungsschutzklage nämlich nicht innerhalb der Dreiwochenfrist des § 4 S. 1 KSchG erhoben.

Die Vorinstanz ging davon aus, dass dem Arbeitnehmer das Kündigungsschreiben schon am 27. Januar 2017 zugegangen sei. Nach den gewöhnlichen Verhältnissen und den Gepflogenhei-

ten des Verkehrs könne mit einer Kenntnisnahme von Schriftstücken, die in den Hausbriefkasten eines Arbeitnehmers eingeworfen würden, bis 17:00 Uhr gerechnet werden. Auf den Zeitpunkt der Beendigung der örtlichen Postzustellung komme es nicht mehr an.

Das Bundesarbeitsgericht sah dies anders: Bundesarbeitsgericht und Bundesgerichtshof hätten bislang die Annahme einer Verkehrsanschauung, wonach bei Hausbriefkästen im allgemeinen mit einer Leerung unmittelbar nach Abschluss der üblichen Postzustellzeiten zu rechnen sei, die allerdings stark variieren könnten, nicht beanstandet. Gerichte könnten zur Bestimmung des Zugangszeitpunktes auch eine gewandelte Verkehrsanschauung feststellen, die beispielsweise aufgrund geänderter Lebensumstände eine spätere Leerung des Hausbriefkastens – etwa mehrere Stunden nach dem Einwurf oder bezogen auf eine feste Uhrzeit am Tag – zum Gegenstand haben. Die Frage nach der Verkehrsanschauung könne auch regional unterschiedlich zu beurteilen sein und die Antwort sich im Laufe der Jahre ändern. Zu den tatsächlichen Grundlagen einer gewandelten Verkehrsanschauung müsse das Gericht aber tatsächliche Feststellungen treffen.

Dieses hätte das Vordergericht schon nicht getan. Es sei nämlich nicht einmal die Hälfte der Bevölkerung kernerwerbstätig. Nachtarbeiter, flexible Arbeitszeitmodelle und im Home-Office Tätige hätte es auch nicht berücksichtigt. Warum die Lebensumstände der in einem normalen Arbeitsverhältnis tätigen Minderheit der Bevölkerung die Verkehrsauffassung betreffend die Leerung von Hausbriefkästen der Gesamtbevölkerung bestimmen sollten, hätte das Vordergericht auch nicht begrün-

Arbeitsrecht

det. Überdies hätte das Vordergericht übersehen, dass die Zustellung des Kündigungsschreibens am Wohnort des Klägers in Frankreich erfolgt sei. Deswegen könnten alle Deutschland betreffenden statistischen Werte auch nicht herangezogen werden, um die Verkehrsanschauung an diesem Zustellungsort zu begründen. Das Bundesarbeitsgericht hat deswegen das Urteil des Vordergerichtes aufgehoben und das Verfahren an dieses zurückverwiesen mit der Aufforderung, Tatsachenfeststellungen zu einer gegebenenfalls gewandelten Verkehrsanschauung betreffend den Zeitpunkt der Leerung von Hausbriefkästen in dem von ihm als maßgeblich angesehenen räumlichen Gebiet – französische Republik, Département Bas-Rhin oder Wohnort des Klägers – zu treffen.

FAZIT

- ▶ Arbeitgeber sollten Arbeitnehmern danach eine Kündigung möglichst nicht am letzten Tag der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB oder an dem letzten Tag, der die zu beachtende Kündigungsfrist noch wahr, zustellen.
- ▶ Sollte dies nicht zu vermeiden sein, sollte die Zustellung des Kündigungsschreibens/der Einwurf des Kündigungsschreibens in den Hausbriefkasten des Arbeitnehmers möglichst früh am letzten Tag erfolgen, spätestens jedenfalls bis zu den üblichen Postzustellzeiten am Wohnort des Arbeitnehmers. Sollte auch dies nicht möglich sein, sollte zusätzlich versucht werden, ein weiteres Kündigungsschreiben dem Arbeitnehmer im Laufe des Tages noch persönlich zu übergeben.

Frank Martin Thomsen

KIRCHLICHES ARBEITSRECHT: WIRKSAME VEREINBARUNG DER AUSSCHLUSSFRIST

Ein Mitarbeiter einer Kirchengemeinde hatte auf Differenzvergütung wegen angeblich fehlerhafter Eingruppierung geklagt. Er war auf Grundlage eines Arbeitsvertrages mit der Bezugnahme auf die katholische kirchliche Arbeits- und Vergütungsordnung (KAVO) beschäftigt. Diese sieht eine sechsmonatige Ausschlussfrist für Vergütungsansprüche vor. Der Arbeitgeber verweigerte die Zahlung, weil die Ansprüche nicht innerhalb Ausschlussfrist geltend gemacht worden waren. Der Arbeitnehmer berief sich daraufhin auf die Unwirksamkeit der Ausschlussregelung und verlangte hilfsweise Schadensersatz, da ihm der Arbeitgeber die Ausschlussfrist nicht hinreichend nachgewiesen habe.

Das Bundesarbeitsgericht urteilte überraschend, dass die Inbezugnahme der Arbeitsvertragsrichtlinien zwar auch die Ausschlussfrist erfasse, die damit zum Bestandteil des Arbeitsverhältnisses werde. Die Ausschlussfrist müsse aber als wesentliche Arbeitsbedingung i.S.v. § 2 Abs. 1 Satz 1 NachwG im Arbeitsvertrag benannt werden. Die bloße Bezugnahme genüge für den erforderlichen Nachweis nicht. Bei kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen,

welche als ähnliche Regelungen nach dem Willen des Gesetzgebers nur im Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 bis 9 und § 2 Abs. 2 Nr. 2 und 3 sowie gem. § 3 Satz 2 NachwG bei Änderungen der kirchlichen Regelungen erleichterten Nachweismöglichkeiten unterliegen sollen. Die Ausschlussfrist falle aber nicht unter diese Erleichterungen.

Der kirchliche Arbeitgeber muss also dem Arbeitnehmer die Ausschlussfrist in ihrem vollen Wortlaut gesondert – im Arbeitsvertrag oder einem gesonderten Schreiben – nachweisen. Ansonsten kann der Arbeitnehmer einen Schadensersatz wegen Verletzung des Nachweisgesetzes verlangen und müsste daher so gestellt werden, als ob er die Frist nicht versäumt hätte.

FAZIT

- ▶ Für Neueinstellungen sollte die Ausschlussfrist in den Arbeitsvertrag integriert werden.
- ▶ Bestandsmitarbeiter sollten ein Schreiben erhalten – und den Erhalt quittieren –, das gesondert auf die Ausschlussfrist hinweist.

Dr. Andrea Benkendorff

FAHRZEITEN EINES AUSSENDIENSTMITARBEITERS

Der Arbeitnehmer ist als Servicetechniker im Außendienst tätig. Er erhält aus der Hauptverwaltung seines Arbeitgebers am Nachmittag des Vortages die Aufträge und fährt regelmäßig – wie auch die übrigen Außendienstmitarbeiter – von Zuhause direkt zum ersten Kunden und abends auch direkt vom letzten Kunden nach Hause zurück. Eine Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit für Servicetechniker regelt unter anderem, dass die Fahrzeiten zum ersten und Abfahrzeiten vom letzten Kunden nicht zur Arbeitszeit zählen, wenn sie 20 Minuten nicht übersteigen. Demgemäß verbucht der Arbeitgeber die ersten bzw. letzten maximal 20 Minuten der Fahrzeit der Servicetechniker zu bzw. von einem Kunden nicht als Arbeitszeit auf dem Arbeitszeitkonto.

Der Arbeitnehmer wandte sich gegen diese Handhabung unter Berufung auf das Urteil des Bundesarbeitsgerichtes vom 22. April 2009 (Az.: 5 AZR 292/08). Auch die erste Fahrt von Zuhause zum Kunden und die letzte Fahrt vom Kunden nach Hause stellten einen Teil seiner Hauptleistungspflicht und damit Arbeitszeit dar, die der Arbeitgeber uneingeschränkt zu vergüten habe. Das Verhältnis zwischen seiner Arbeitszeit und ihrer Vergütung sei im Arbeitsvertrag geregelt und könnte nicht durch eine Betriebsvereinbarung zu seinen Lasten verschoben werden. Der Arbeitnehmer beehrte deswegen unter anderem für das laufende Jahr, seinem Arbeitszeitkonto insgesamt 4.160 Minuten gutzuschreiben.

Zu Unrecht, wie das Landesarbeitsgericht Düsseldorf in seinem Urteil vom 14. Dezember 2018 (Az.: 10 Sa 193/18) feststellte. Zwar ging auch das Landesarbeitsgericht Düsseldorf davon aus, dass die Zeit, die der Arbeitnehmer für die Fahrt von Zuhause zum ersten Kunden und vom letzten Kunden zurück aufwendet, grundsätzlich Arbeitszeit darstellt, für die ein Außendienstmitarbeiter auch grundsätzlich von der ersten bis zur letzten Minute Vergütung beanspruchen kann. Vorliegend bestünde dieser Anspruch

jedoch nicht. Denn die Regelung in der Betriebsvereinbarung verdränge die grundsätzlich gegebene Vergütungspflicht für die strittigen Fahrzeiten. Die Regelung in der Betriebsvereinbarung sei auch wirksam, weil sie die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG nicht verletze. Sie regle nämlich nicht, wie der Arbeitgeber die Arbeitsleistungen des Außendienstmitarbeiters zu vergüten habe. Auch das sogenannte Günstigkeitsprinzip sei nicht anwendbar. Es sei nämlich davon auszugehen, dass der Arbeitsvertrag des Arbeitnehmers als Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne der §§ 305 ff BGB betriebsvereinbarungsoffen ausgestaltet sei. Denn mit der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen mache der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer erkennbar deutlich, dass im Betrieb einheitliche Vertragsbedingungen gelten sollen. Deswegen könne es aus Sicht eines verständigen und redlichen Arbeitnehmers auch nicht zweifelhaft sein, dass es sich bei den vom Arbeitgeber gestellten Arbeitsbedingungen um solche handele, die einer Änderung durch Betriebsvereinbarung zugänglich seien.

FAZIT

- ▶ Die Fahrten eines Außendienstmitarbeiters (Vertreters, Reisenden), die dieser zum ersten Kunden und vom letzten Kunden zurücklegt, bilden mit seiner übrigen Tätigkeit eine Einheit. Sie gehören danach zu der vertraglich geschuldeten Hauptleistung, für die der Arbeitnehmer grundsätzlich eine Vergütung erhält.
- ▶ Tarifvertraglich, einzelvertraglich, aber auch in einer Betriebsvereinbarung können abweichende Regelungen vereinbart werden.
- ▶ Das Günstigkeitsprinzip gilt nicht, wenn ein Arbeitsvertrag ausdrücklich oder konkludent betriebsvereinbarungsoffen gestaltet ist. Eine solche konkludente Vereinbarung kann angenommen werden, wenn der Vertragsgegenstand in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist und einen kollektiven Bezug hat.

Frank Martin Thomsen

ENTGELTFORTZAHLUNG IM KRANKHEITSFALL – BEWEISLAST DES ARBEITNEHMERS BEI EINER WEITEREN ERKRANKUNG

In der betrieblichen Praxis begegnet uns häufig, dass ein Mitarbeiter nach Ablauf des sechswöchigen Entgeltfortzahlungszeitraumes eine weitere Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegt, die als Erstbescheinigung ausgestellt ist. Streit entsteht dann regelmäßig darüber, ob die ursprüngliche Erkrankung ausgeheilt war und damit Entgeltfortzahlung tatsächlich für einen weiteren Zeitraum von sechs Wochen zu leisten ist. Das Bundesarbeitsgericht hatte bereits in einer Entscheidung vom 25. Mai 2016 (Az.: 5 AZR 318/15) klargestellt, dass der Entgeltfortzahlungszeitraum von sechs Wochen auch dann endet, wenn während der bestehenden Arbeitsunfähigkeit eine neue Krankheit hinzutritt, die ebenfalls eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat. Ein neuer Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die Dauer von maximal sechs Wochen entsteht nur dann, wenn die zuerst aufgetretene krankheitsbedingte Arbeitsverhinderung bereits beendet war, wenn die weitere Erkrankung zur erneuten Arbeitsunfähigkeit führte.

Diese Linie bestätigte das Bundesarbeitsgericht nunmehr mit Urteil vom 11. Dezember 2019 (Az.: 5AZR 505/18). In dem zugrundeliegenden Fall war eine Mitarbeiterin zunächst wegen psychischen Leiden arbeitsunfähig erkrankt und erhielt Entgeltfortzahlung für einen Zeitraum von sechs Wochen und anschließend Krankengeld durch die Krankenkasse. Zeitlich nachfolgend unterzog sie sich einer gynäkologischen Operation und wurde von der Frauenärztin mit einer Erstbescheinigung für einen

weiteren Zeitraum arbeitsunfähig geschrieben. Im Anschluss an diese Arbeitsunfähigkeit begab sich die Arbeitnehmerin in eine psychotherapeutische Behandlung. Der Arbeitgeber zahlte für die Zeit der von der Frauenärztin attestierten Arbeitsunfähigkeit keine Vergütung. Die Arbeitnehmerin klagte auf Zahlung der Vergütung und verlor letztlich vor dem Bundesarbeitsgericht. Das Bundesarbeitsgericht hielt fest, dass in einem Streitfall bei engem zeitlichen Zusammenhang zu einer weiteren Erkrankung der Arbeitnehmer darzulegen und zu beweisen habe, dass die vorangegangene Arbeitsunfähigkeit zum Zeitpunkt des Eintritts der weiteren Erkrankung bereits geendet hatte. Dieser Nachweis gelang der Klägerin im vorliegenden Fall nicht.

FAZIT

- ▶ Bei engem zeitlichen Zusammenhang zweier Erkrankungen ist im Streitfall der Arbeitnehmer darlegungs- und beweispflichtig, dass die zunächst begonnene Arbeitsunfähigkeit bereits während des Bestehens der weiteren Erkrankung geendet hatte.
- ▶ Ab Beginn einer Arbeitsunfähigkeit infolge einer Erkrankung ist der Arbeitgeber verpflichtet, bis zu sechs Wochen das Entgelt fortzuzahlen. Nach Ablauf der sechs Wochen entsteht ein erneuter Entgeltfortzahlungsanspruch auch bei Vorliegen einer weiteren Erkrankung nur dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit durch die erste Erkrankung beendet war.

Karsten Mattheiß

OJE! ÜBERSCHREITUNG DER HÖCHSTGRENZE FÜR SACHGRUNDLOSE BEFRISTUNG

Der Arbeitgeber (wohl das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge) schloss mit dem Arbeitnehmer einen befristeten Arbeitsvertrag, der am 5. September 2016 begann und nach Verlängerung mit Ablauf des 4. September 2018 enden sollte. Der Arbeitnehmer sollte zunächst eine dreiwöchige Schulung erhalten, die am

5. September 2016 um 09:00 Uhr in O. beginnen sollte.

Der Arbeitgeber erklärte sich auf entsprechende Nachfrage mit der Anreise des Arbeitnehmers an den weiter entfernt liegenden Schulungsort O. schon am 4. September 2016 (Sonntag) sowie mit der Übernahme der Reisekosten sowie der Hotelübernachtungskosten

vom 4. September 2016 auf den 5. September 2016 einverstanden. Der Arbeitnehmer nahm an der Schulung teil und übte anschließend eine Tätigkeit aus. Gegen Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses erhob er Klage mit dem Ziel der Feststellung, dass er in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis stünde.

Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf gab dem Arbeitnehmer in seinem Urteil vom 9. April 2019 (Az.: 3 Sa 1126/18) Recht. Wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer darüber einigten, dass der Arbeitnehmer zu einer im betrieblichen Interesse erforderlichen und angeordneten Schulung, die am frühen Morgen des Tages beginnen soll, der zunächst als Vertragsbeginn vorgesehen war, bereits am Vortag anreist, weil der Schulungsort weit vom Dienort entfernt liegt, handelt es sich bei der Fahrtzeit für die dienstlich erforderliche Anreise um Arbeitszeit im arbeitsvertragsrechtlichen Sinne. Der Arbeitnehmer erbringt damit bereits die versprochenen Dienste. Da es eine vertragsrechtliche Arbeitszeit ohne einen Arbeitsver-

trag nicht gebe, hätte das Arbeitsverhältnis schon am 4. September 2016 begonnen. Folge sei, dass die vereinbarte Befristung den für sachgrundlose Befristungen maximal zulässigen Zeitraum von zwei Jahren um einen Tag überschritten hätte. Die Befristungsabrede sei deswegen unwirksam.

Welch ein Pech für den Arbeitgeber.

FAZIT

► Reist ein Arbeitnehmer schon am Vortag vor dem eigentlichen Vertragsbeginn zu einer im betrieblichen Interesse liegenden und vom Arbeitgeber angeordneten Schulung an, weil der Schulungsort weit vom Dienort entfernt liegt und andernfalls eine rechtzeitige Anreise nicht möglich oder unzumutbar wäre, handelt es sich bei der Fahrtzeit um Arbeitszeit. Dadurch kann es zu einer Vorverlegung des Vertragsbeginns eines Arbeitsvertrages und einer ungewollten Überschreitung der Höchstdauer für eine sachgrundlose Befristung kommen.

Frank Martin Thomsen

WAS ÄNDERT SICH DURCH DAS FACHKRÄFTEEINWANDERUNGSGESETZ?

Das Fachkräfteeinwanderungsgesetz, das nach umfangreichen Beratungen im Sommer 2019 beschlossen wurde, tritt zum 1. März 2020 in Kraft.

Betroffen von den Änderungen sind nur Drittstaatsangehörige, die nicht die Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaates der Europäischen Union besitzen. Diese benötigen – anders als Bürger mittlerweile aller EU-Mitgliedsstaaten – für eine Beschäftigung in Deutschland sowohl eine Aufenthalts-, als auch eine Beschäftigungserlaubnis (umgangssprachlich als Arbeiterlaubnis bezeichnet). An diesem System ändert sich durch das Fachkräfteeinwanderungsgesetz nichts. Zwar ist nun normiert, dass ein Aufenthaltstitel in der Regel auch zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit berechtigen soll, gleichzeitig wurden jedoch bisherige Regelungen weitestgehend als Ausnahmen von diesem Grundsatz beibehalten.

Vereinfachen sollen sich die Voraussetzungen, unter denen Drittstaatsangehörige eine Aufenthalts- und Beschäftigungserlaubnis erhalten. Erreicht werden soll dies durch die Einschränkung der Vorrang-

prüfung, die nunmehr nicht nur für bestimmte Mangelberufe oder Hochschulabsolventen, sondern auch bei in Deutschland anerkannten Berufsausbildungen entfällt. Im Rahmen der Vorrangprüfung wird vor Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis geprüft, ob die Stelle nicht mit Arbeitskräften aus Deutschland oder anderen EU-Mitgliedstaaten besetzt werden kann. Verfügen Drittstaatsangehörige über eine anerkannte Berufsausbildung, reicht es zukünftig also aus, einen Arbeitsvertrag oder ein konkretes Arbeitsplatzangebot eines deutschen Unternehmens vorzuweisen.

Der Erfolg dieser Regelungen wird entscheidend davon abhängen, in welchem Umfang und in welcher Effektivität ausländische Berufsausbildungen anerkannt werden. Abhilfe schaffen soll hier eine Vereinfachung der Anerkennungsverfahren und eine Bündelung der Zuständigkeiten sowie ein beschleunigtes Verfahren, in dem Behörden und Arbeitgeber zusammenarbeiten.

Daneben wird auch die Einreise ohne ein

konkretes Arbeitsvertragsangebot für Fachkräfte aus Drittstaaten erleichtert. Bei Nachweis deutscher Sprachkenntnisse und ausreichender Mittel für den Lebensunterhalt können diese nunmehr für einen Zeitraum von bis zu sechs Monaten in Deutschland nach einer Beschäftigung suchen. Zudem sollen durch den Bund und die Länder gezielt Maßnahmen der Anwerbung ausländischer Fachkräfte gefördert und koordiniert werden.

FAZIT

- ▶ Vereinfacht wird die Beschäftigung von Fachkräften aus Drittstaaten in Berufen, die weder einen akademischen Abschluss voraussetzen, noch bisher als Mangelberuf anerkannt waren.
- ▶ Die Effektivität der Regelungen wird davon abhängen, ob die Anerkennung von Abschlüssen, die beschleunigten Verfahren und die Fördermaßnahmen effektiv umgesetzt werden.

Kristian Glowe

KOOPERATION MIT UNTERNEHMEN AUS DEM EU-AUSLAND ZUR BESCHÄFTIGUNG VON FACHKRÄFTEN

Die Beschäftigung von Fachkräften aus Drittstaaten (ohne Staatsbürgerschaft eines EU-Mitgliedsstaates) kann auch durch Auftragsvergabe an Unternehmen aus dem EU-Ausland erfolgen. So haben die östlichen EU-Mitgliedsstaaten, allen voran Polen und Tschechien, bereits eine Vielzahl von Fachkräften aus dem Nicht-EU-Ausland in ihren Arbeitsmarkt integriert. Allein in Polen werden z. B. derzeit ca. 1,3 Millionen ukrainische Staatsbürger beschäftigt. Vielfach handelt es sich hierbei um ausgebildete Fachkräfte, die die höheren Löhne sowie die politisch stabilere Situation nutzen.

Sind die Arbeitnehmer bereits legal bei einem Unternehmen innerhalb der Europäischen Union beschäftigt, kann dieses die Mitarbeiter ohne die Notwendigkeit einer Aufenthalts- oder Beschäftigungserlaubnis zur Tätigkeitserbringung nach Deutschland entsenden. Grundlage hierfür ist die europarechtlich verankerte Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV), die im deutschen Recht in Ausnahmeregelungen ihren Niederschlag gefunden hat (§ 38a AufenthG i.V.m. § 17a AufenthV). Dauert die Beschäftigung länger als 90 Tage innerhalb eines Zeitraumes von zwölf Monaten, muss für diese Mitarbeiter jedoch ein sog. VanderElst-Visum beantragt werden, welches ohne spezielle Anforderungen erteilt wird und keine Vorrangprüfung beinhaltet. Diese Begrenzung verstößt allerdings gegen das – vorrangige – Schengen-Durchführungsübereinkommen (SDÜ), wonach ein Visum erst bei mehr als 90 Tagen Aufenthalt innerhalb von 180 Tagen erforderlich ist (so auch: VG München, Urteil

vom 27. Juli 2010, Az.: M 10 K 09.4571). Auch (Melde-) Pflichten der Arbeitnehmerentsendung sind zu berücksichtigen.

Die Dienstleistung kann auch darin bestehen, dass die Fachkräfte als Leiharbeiter überlassen werden. In diesem Fall muss der Verleiher aus dem EU-Ausland jedoch über eine deutsche Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügen und die im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz normierten Pflichten beachten. Nicht erfasst von dieser Freiheit sind dagegen Drittstaatsangehörige, die in einem EU-Mitgliedsstaat selbständig tätig sind. Diese müssen bei einer Tätigkeit in Deutschland eine Arbeits- und Beschäftigungserlaubnis besitzen.

FAZIT

- ▶ Bei Auftragsvergabe an Unternehmen aus dem EU-Ausland, die Drittstaatsangehörige beschäftigen, sind erst bei Arbeiten von mehr als 90 Tagen (innerhalb von 180 oder 365 Tagen) Nachweise über ein Visum erforderlich.
- ▶ Fachkräfte aus Drittstaaten können auch von Entleihern aus dem EU-Ausland beschäftigt werden, sofern diese über eine Erlaubnis nach dem AÜG verfügen.
- ▶ Bei der Vergabe an selbständige Auftragnehmer, die über keine Staatsbürgerschaft eines EU-Mitgliedsstaates verfügen, ist dagegen das Erfordernis einer Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis zu beachten.

Kristian Glowe

KEINE NOTWENDIGE BETEILIGUNG DER SCHWERBEHINDERTENVERTRETUNG VOR ENTSCHEIDUNG ÜBER GLEICHSTELLUNGSANTRAG

Eine Schwerbehindertenvertretung muss vor einer personellen Einzelmaßnahme, die einen Arbeitnehmer mit einem anerkannten Grad der Behinderung von 30 betrifft, nicht beteiligt werden, wenn der Arbeitnehmer zwar bereits einen Antrag auf Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen gestellt hat, über den Gleichstellungsantrag aber noch nicht entschieden wurde. Das entschied am 22. Januar 2020 das Bundesarbeitsgericht (Az.: 7 ABR 18/18).

Die Arbeitnehmerin hatte ihrer Arbeitgeberin, einem Jobcenter, mitgeteilt, dass sie den Antrag auf Gleichstellung gestellt hatte. Ein halbes Jahr später wurde sie für die Dauer von sechs Monaten in ein anderes Team umgesetzt. Der Arbeitgeber hatte die Schwerbehindertenvertretung hierüber weder unterrichtet, noch sie dazu angehört. Hiergegen wandte sich die Schwerbehindertenvertretung im Beschlussverfahren und erhielt vor dem Arbeitsgericht Berlin jedenfalls z.T. noch Recht. Das Landesarbeitsgericht wies die Anträge der Schwerbehindertenvertretung jedoch ab. Zu Recht, entschied das Bundesarbeitsgericht.

Auch wenn die Anerkennung einer Gleichstellung gemäß § 151 Abs. 2 S. 2 SGB IX auf den Tag des Antrags zurückwirke, müsse der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung nicht vor der Entscheidung über den Gleichstellungsantrag vorsorglich

für den Fall, dass der Antrag positiv beschieden wird, über eine geplante Umsetzung unterrichten und die Schwerbehindertenvertretung hierzu anhören. Zwar muss der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung nach § 178 Abs. 2 S. 1 SGB IX in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren, unverzüglich und umfassend unterrichten, vor einer Entscheidung anhören und ihr die getroffene Entscheidung unverzüglich mitteilen. Das gilt aber nach § 151 Abs. 1 SGB IX nur für schwerbehinderte und diesen gleichgestellte behinderte Menschen, nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts aber nicht für Menschen, über deren Antrag auf Gleichstellung noch nicht entschieden wurde. Das Bundesarbeitsgericht geht davon aus, dass dieses Ergebnis mit den Vorgaben des Unionsrechts und der UN-Behindertenrechtskonvention vereinbar ist.

FAZIT

► Solange über den Gleichstellungsantrag eines Arbeitnehmers noch nicht entschieden wurde, muss die Schwerbehindertenvertretung nicht – auch nicht vorsorglich – über die den Arbeitnehmer betreffenden Maßnahmen unterrichtet und auch sonst nicht beteiligt werden.

Daniela Guhl

Geistiges Eigentum

ZULÄSSIGKEIT DER BEWERTUNGSDARSTELLUNG VON UNTERNEHMEN AUF BEWERTUNGSPORTAL

Im ersten Battke Brief 2019 haben wir über die Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 13. November 2018 (Az.: 18 U 1280/16 Pre) berichtet. Das Oberlandesgericht München befand die auf der Bewertungsplattform »yelp« vorgenommene Ermittlung und Darstellung der durchschnittlichen Gesamtbewertung von Unternehmen für unzulässig. Dieses Urteil hat der Bundesgerichtshof aufgehoben (Urteil vom 14. Januar 2020, Az.: VI R 496/18) und die Bewertungsdarstellung auf »yelp« unbeanstandet gelassen.

Gegenstand des Verfahrens ist die Frage, ob sich »yelp« zur Ermittlung und Darstellung der Gesamtbewertung eines Unternehmens auf die »empfohlenen Beiträge« beschränken darf. Empfohlene Beiträge bei »yelp« sind die unter allen Nutzerbewertungen automatisch durch eine Software nach bestimmten Kriterien herausgefilterten Beiträge. Geklagt hatte ein bewertetes Unternehmen, dessen Fitnessstudios mit einer Gesamtbewertung von zweieinhalb bzw. drei von fünf möglichen Sternen im Gesamtdurchschnitt bewertet wurden, wobei die Gesamtbewertung jeweils

nur auf zwei bzw. drei sogenannten »empfohlenen Beiträgen« beruhte. Die weiteren 74 bzw. 75 für die beiden Fitnessstudios der Klägerin abgegebenen Einzelbewertungen fanden keinen Eingang in die Gesamtbewertung der Beklagten. Auf sie wird lediglich unter dem Link »74 bzw. 75 andere Beiträge, die momentan nicht empfohlen werden« hingewiesen.

Das Oberlandesgericht München stufte die Bewertungsdarstellung auf »yelp« als unwahre Tatsachenbehauptung des Plattformbetreibers ein, da der Nutzer der Plattform einen möglichst vollständigen Überblick über alle abgegebenen Bewertungen erwartete. Wenn mehr als 95 Prozent der abgegebenen Bewertungen nicht bei der abgegebenen Gesamtbewertung berücksichtigt würden, entstehe ein insgesamt verzerrtes Gesamtbild. Dieser Fehlvorstellung würde der Nutzer der Bewertungsplattform, der sich in der Regel nur einen flüchtigen Eindruck von der Gesamtbewertung eines Unternehmens macht, regelmäßig erliegen.

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs ist genau das Gegenteil der Fall. Der unvoreingenom-

mene und verständige Nutzer des Bewertungsportals könne der Bewertungsdarstellung auf »yelp« genau entnehmen, wie viele Beiträge die Grundlage für die Durchschnittsberechnung bilden, und daraus schließen, dass Grundlage für die Durchschnittsberechnung ausschließlich der »empfohlene Beitrag« sei. Es komme daher gerade nicht zu einer Fehlvorstellung des Nutzers der Bewertungsplattform, es würde sich bei dem angezeigten Bewertungsdurchschnitt um das Ergebnis der Auswertung aller für das Unternehmen abgegebenen Beiträge handeln. Eine unwahre Tatsachenbehauptung des Plattformbetreibers liege daher nicht vor. Auch sei die Einstufung und Veröffentlichung von Nutzerbewertungen in »empfohlene« und »nicht empfohlene Beiträge« von der Berufs- und Meinungsfreiheit gedeckt.

FAZIT

► Bewertungsplattformen dürfen Nutzerbewertungen anhand bestimmter Kriterien aussortieren.

Manuela Pokern

EU-RICHTLINIE ZUM WHISTLEBLOWING VERÖFFENTLICHT

Am 26. November 2019 wurde im EU-Amtsblatt die Richtlinie 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, veröffentlicht. Die Richtlinie verpflichtet juristische Personen des öffentlichen Sektors sowie juristische Personen des privaten Sektors, wenn sie mehr als 50 Arbeitnehmer beschäftigen, effektive, vertrauliche und sichere Meldekanäle für Hinweisgeber einzurichten. Diese Meldekanäle können dann nicht nur die Arbeitnehmer der juristischen Person, sondern auch bspw. Freiwillige, Praktikanten und nicht geschäftsführende Mitglieder nutzen. Den Mitgliedstaaten wird dabei freigestellt, ob sie Gemeinden mit weniger als 10.000 Einwohnern oder weniger als 50 Arbeitnehmern von der Verpflichtung zur Einrichtung sicherer Meldekanäle ausnehmen.

Um den Hinweisgebern die Angst vor Repressalien bei der Nutzung der Meldekanäle zu nehmen, werden die juristischen Personen zur Einhaltung einer

Reihe von Schutzvorkehrungen für die Hinweisgeber verpflichtet. So dürfen Hinweisgeber bspw. nicht mit Suspendierungen, Kündigungen, Aufgabenverlagerung oder negativen Leistungsbeurteilungen »bestraft« werden.

Neben der Einrichtung von Meldekanälen sieht die Richtlinie aber auch vor, dass entsprechende Verfahren für interne Meldungen und für Folgemaßnahmen einzurichten sind. So sollten juristische Personen auf die Meldungen innerhalb von sieben Tagen mit einer Eingangsbestätigung reagieren sowie ordnungsgemäße Folgemaßnahmen ergreifen und dies dem Hinweisgeber innerhalb von maximal drei Monaten mitteilen.

Zum jetzigen Zeitpunkt können die Unternehmen und Behörden noch aufatmen. Die Richtlinie gilt nicht unmittelbar in den Mitgliedstaaten, sondern sie ist von den Mitgliedstaaten in nationales Recht erst einmal umzusetzen. Hierfür hat Deutschland bis spätestens zum 17. Dezember 2021 Zeit. Die

Zeit bis zur Umsetzung in nationales Recht sollte aber ab sofort genutzt werden, um ein effektives Hinweisgebersystem im Unternehmen bzw. in der Behörde bereits jetzt umzusetzen. Denn gerade in Zusammenschau mit dem neuen Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, das Whistleblowing vom Tatbestand der verbotenen Handlung ausnimmt, bietet sich die Einrichtung interner Meldekanäle an, um Meldungen von Verstößen, die unter Umständen

(auch) Geschäftsgeheimnisse betreffen, intern abzu- helfen, statt sie in der Öffentlichkeit ausdiskutieren.

FAZIT

► Spätestens jetzt sollten Unternehmen über die Einrichtung eines geeigneten Meldesystems für Verstöße gegen Gesetze oder unternehmensinterne Compliance-Regeln nachdenken.

Manuela Pokern

Medizin- und Sozialrecht

DIE FOLGEN LÜCKENHAFTER DOKUMENTATION IM ARZTHAFTUNGSPROZESS

Grundsätzlich ist in § 630 f BGB geregelt, dass der behandelnde Arzt verpflichtet ist, »in der Patientenakte sämtliche aus fachlicher Sicht für die derzeitige und künftige Behandlung wesentlichen Maßnahmen und deren Ergebnisse aufzuzeichnen, insbesondere die Anamnese, Diagnosen, Untersuchungen, Untersuchungsergebnisse, Befunde, Therapien und ihre Wirkungen, Eingriffe und ihre Wirkungen, Einwilligungen und Aufklärungen. Arztbriefe sind in die Patientenakte aufzunehmen.« Werden wesentliche Maßnahmen und ihr Ergebnis nicht dokumentiert, wird vermutet, dass die Maßnahme nicht getroffen wurde.

Allerdings beschränkt sich diese gesetzliche Vermutung allein auf die Tatsache, dass die Maßnahme nicht stattfand. Weitere Beweiserleichterungen folgen daraus nicht. Diese können sich allenfalls daraus ergeben, dass das unterlassene oder unvollständige Dokumentieren für sich einen groben Behandlungsfehler darstellt oder das Unterlassen einer Diagnostik mit behandlungspflichtigem Ergebnis indiziert.

Wird auf Grund fehlender Dokumentation das Fehlen der ärztlichen Maßnahme vermutet, obliegt es dem behandelnden Arzt, dies zu widerlegen. In der Praxis wird dies schwierig sein, da es sich hierbei in der Regel um streitige Sachverhalte handelt. An Behandlungen, die Jahre zurück liegen, wird man selten eine konkrete Erinnerung haben.

In der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 22. Oktober 2019 (Az.: VI ZR 71/17) ging es ebenfalls um die Frage, welche Folgen die fehlende

Dokumentation eines Arztes hat. Im konkreten Fall hatte der Arzt nicht dokumentiert, dass der von ihm angelegte Gipsverband gespalten worden war. Zu Lasten des Arztes wurde wegen der fehlenden Dokumentation unterstellt, dass dieser ungespalten belassen wurde, was der beauftragte Sachverständige als behandlungsfehlerhaft bewertete. Die Vorinstanz verwarf darüber hinaus auch die Dokumentation des Arztes im Übrigen. Da die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit in einem Punkt erschüttert sei, wurde dies auch hinsichtlich der übrigen Dokumentation unterstellt.

Der Bundesgerichtshof stellte jedoch ausdrücklich klar, dass es zu weit gehe, allein aus der fehlenden Dokumentation zu Gunsten des Patienten zu vermuten, dass der von ihm vorgetragene Sachverhalt für den Befund als bestätigt gilt. Der Eintritt des vom Patienten behaupteten Befundergebnisses muss zumindest hinreichend wahrscheinlich sein. Diese Bewertung leuchtet mehr als ein, zumal im konkreten Fall der Sachverständige ausführte, dass der Patient bei Anlage eines ungespaltenen Gipses hätte zeitnah unter rasenden Schmerzen und einer massiven Schwellung leiden müssen, was sich jedoch aus der weiteren Arztdokumentation nicht ergab.

Auch der letzte Satz des Urteils des Bundesgerichtshofes ist wegweisend: Es existiert keine Beweisregel, wonach dann, wenn die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Dokumentation in einem entscheidendem Punkt erschüttert

ist, andere Teile der Dokumentation nicht isoliert betrachtet werden dürfen und die diesbezügliche Vermutensregel der Richtigkeit und Vollständigkeit nicht mehr gilt.

FAZIT

► Die Entscheidung zeigt einmal mehr, wie wichtig eine ordnungsgemäße und vollständige Dokumentation, sowohl im Arzthaftungsprozess als auch bei Abrechnungsstreitigkeiten ist.

Jedida von Sachsen

VERSICHERTE ERHALTEN EINEN GESETZLICHEN ANSPRUCH AUF BEHANDLUNGSMETHODEN »MIT POTENTIAL« DURCH DIE ÄNDERUNG VON § 39 SGB V

Seit Jahren gibt es ein Wechselspiel zwischen der Rechtsprechung des 1. Senates des Bundessozialgerichtes und dem Gesetzgeber. Dies betrifft unter anderem die Frage, ob und wann Behandlungsmethoden, zu denen der GBA (Gemeinsame Bundesausschuss) bislang keine Entscheidung nach § 137 c Abs. 1 SGB V getroffen hat, im Rahmen einer Krankenhausbehandlung zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen im Rahmen einer Krankenhausbehandlung angewandt werden dürfen. Bereits im Jahre 2015 hatte sich der Gesetzgeber gezwungen gesehen, einen neuen Absatz 3 in § 137 c SGB V einzufügen, der ausdrücklich bestimmte, dass auch solche Untersuchungs- und Behandlungsmethoden zu denen der GBA noch keine Entscheidungen getroffen hat, im Rahmen einer Krankenhausbehandlung angewandt werden dürfen, wenn sie das Potential einer erforderlichen Behandlungsalternative bieten und ihre Anwendung nach den Regeln der ärztlichen Kunst erfolgt.

Ungeachtet dessen setzte das Bundessozialgericht seinen Kurs fort. Auch zuletzt in einer Entscheidung vom 8. Oktober 2019 wird der neu eingefügte § 137 c Abs. 3 SGB V lediglich als Raum dafür angesehen, dass der GBA Richtlinien zur Erprobung einer Behandlungsmethode beschließen kann, soweit sie das Potential einer erforderlichen Behandlungsalternative bietet. In der Entscheidung heißt es: »Der Gesetzgeber hat die grundsätzliche Ausrichtung der Leistungsansprüche Versicherter am Qualitätsgebot auch bei Krankenhausbehandlung bisher nicht beseitigt.« (BSG, Urteil vom 8. Oktober 2019, Az.: B 1 KR 2/19 R). Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG bedeutet dies, dass im Rahmen des Qualitätsgebotes nur solche Behandlungsmethoden im Rahmen einer Krankenhausbehandlung erbracht werden dürfen, die von der

großen Mehrheit der Fachleute (Ärzte, Wissenschaftler) befürwortet und hinsichtlich der – von einzelnen nicht ins Gewicht fallenden Gegenstimmen abgesehen – Konsens über die Zweckmäßigkeit der Therapie besteht. Der Erfolg der Therapie muss belegt werden durch wissenschaftlich einwandfrei geführte Studien. Bei ausgesprochenen Seltenheitsfällen kann eine grundrechtsorientierte Leistungsauslegung erfolgen. Dies bedeutet, dass Versicherten der Zugang zu neuen innovativen Behandlungsmethoden verwehrt bleibt – beispielsweise dann, wenn die zu behandelnden Krankheiten zu selten sind, um sie umfangreichen Studien zuzuführen.

Nunmehr hat der Gesetzgeber erneut gehandelt. Sehr versteckt, im Zuge des Gesetzes zur Errichtung eines Implantateregisters Deutschland (EIRD), wurden auch Änderungen des SGB V beschlossen. Sie treten zum 18. Dezember 2019 in Kraft. Unter anderem wurde der sehr zentrale § 39 SGB V, der den Umfang der Krankenhausbehandlung definiert, geändert. Angefügt wurde an das Ende des § 39 Abs. 1 SGB V »Sie [die Krankenhausbehandlung, Anm. d. Vf.] umfasst auch Untersuchungs- und Behandlungsmethoden, zu denen der gemeinsame Bundesausschuss bisher keine Entscheidung nach § 137 c Abs. 1 getroffen hat und die das Potential einer erforderlichen Behandlungsalternative bieten«. Entsprechend wurde auch der einschlägige § 137 c Abs. 3 SGB V dahingehend ergänzt, dass Versicherte den Anspruch auf die Behandlungen haben.

Wann eine Behandlungsmethode »Potential« hat, wird vom Gesetzgeber nicht definiert. In der Verfahrensordnung des GBA findet sich eine Auslegung dieses Begriffes in Kapitel 2, § 14 Abs. 3 wie folgt: »Das Potenzial einer erforderlichen Behandlungsalternative kann sich etwa ergeben, wenn sie aufgrund ihres Wirkprinzips

und der bisher vorliegenden Erkenntnisse mit der Erwartung verbunden ist, dass andere aufwändigere, für den Patienten invasivere oder bei bestimmten Patienten nicht erfolgreich einsetzbare Methoden ersetzt werden können, die Methode weniger Nebenwirkungen hat, sie eine Optimierung der Behandlung bedeutet oder die Methode in sonstiger Weise eine effektivere Behandlung ermöglichen kann.« (Verfahrensordnung Stand: 19. November 2019)

Durch die Verwendung des Begriffs »Erwartung« zeigt sich deutlich, dass die Evidenzanforderungen deutlich herabgesetzt sind.

Auch das Bundessozialgericht selbst hat sich mit der Definition einer Behandlungsmethode mit »Potential« bereits auseinandergesetzt. In der Entscheidung vom 18. Dezember 2018 definierte es eine solche wie folgt: »Eine Methode bietet das hinreichende Potential – das Potential einer erforderlichen Behandlungsalternative – im Rechtssinne, wenn ihr Nutzen mangels aussagekräftiger wissenschaftlicher Unterlagen weder eindeutig belegt noch ihre Schädlichkeit oder Unwirksamkeit festgestellt werden kann, die Methode aufgrund ihres Wirkprinzips und der bisher vorliegenden Erkenntnisse aber mit

der Erwartung verbunden ist, dass sie im Vergleich zu anderen Methoden eine effektivere Behandlung ermöglichen kann und dass die nach den internationalen Standards der evidenzbasierten Medizin bestehende Evidenzlücke durch eine einzige Studie in einem begrenzten Zeitraum geschlossen werden kann.« (BSG, 18. Dezember 2018, AZ.: B 1 KR 11/18 R)

FAZIT

- ▶ Der Gesetzgeber hat einen leistungsrechtlichen Anspruch des Versicherten auf Untersuchungs- und Behandlungsmethoden mit Potential, die vom GBA noch nicht negativ bewertet worden sind, in § 39 SGB V verankert. Dies bedeutet für Leistungserbringer, dass sie solche Leistungen auch erbringen und abrechnen können.
- ▶ Wie auch bereits hinsichtlich der bisherigen Änderung des § 137c SGB wird das BSG vermutlich auch bezüglich dieser Gesetzesänderungen nur eine Wirkung für die Zukunft anerkennen, so dass es für »Altfälle« bei der bisher bekannten Argumentationslage verbleibt.

Jedida von Sachsen

Verwaltungsrecht

BAUNACHBARRECHT – DAS ENTSCHEIDENDE JAHR

Niemand kann in Frieden bauen, wenn es dem Nachbarn nicht gefällt. Ein gesicherter Bauablauf ist jedoch erst dann gewährleistet, wenn die erteilte Baugenehmigung auch gegenüber den Nachbarn in Bestandskraft erwachsen ist. Um dies zu gewährleisten, sieht § 70 Abs. 3 SächsBO grundsätzlich vor, dass die Baugenehmigung auch den Nachbarn gegenüber bekannt gemacht wird. In dem hier dargestellten – von dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof entschiedenen – Fall wurde die Genehmigung zwar nicht von der Behörde dem Nachbarn zugestellt, jedoch hat der Bauherr dem Nachbarn am 8. Juni 2018 eine mit ordnungsgemäßer Rechtsbehelfsbelehrung versehene Ablichtung der Baugenehmigung überreicht. Da der Nachbar in Folge nicht reagiert hat, wurde im Juli 2018 mit den Bauarbeiten begonnen. Aufgrund technischer Probleme konnte der Rohbau jedoch erst Ende Juli 2019 fertiggestellt werden. Jetzt hat sich der Nach-

bar dazu entschlossen, das Bauvorhaben nicht hinzunehmen und am 8. August 2019 Klage beim Verwaltungsgericht erhoben. Jedoch bereits aus formalen Gründen ohne Erfolg. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 30. April 2019 ausgeführt, dass ein Nachbar, sobald er sichere Kenntnis von der Baugenehmigung erlangt hat oder diese hätte erlangen müssen, ein Jahr Zeit zur Einlegung von Rechtsbehelfen hat. Der Nachbar hat sich, wenn er z. B. eine Ablichtung der Genehmigung vom Bauherrn erhält, so behandeln zu lassen, als wäre ihm die Baugenehmigung ordnungsgemäß – wenn auch mit fehlerhafter Rechtsbehelfsbelehrung – zugestellt worden. Daher gilt die Jahresfrist des § 58 Abs. 2 VwGO. Sind diese formalen Voraussetzungen erfüllt, muss der Bauherr nicht mehr darlegen, er habe aufgrund des Zeitablaufes in Folge eines Verhaltens des Nachbarn darauf vertrauen dürfen, dass dieser keine Rechtsmit-

Verwaltungsrecht

tel gegen die Baugenehmigung einlegen werde. Vielmehr genügt es, wenn die Jahresfrist ab Kenntnis des Nachbarn von der Baugenehmigung verstrichen ist (vgl. VGH Bayern, 30. April 2019, Az.: 15 ZB 18.979).

FAZIT

► Zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Bauablaufes ist zur Vermeidung von Nachbarklagen zu prüfen, ob nicht die behördliche Zustellung der Baugenehmigung hilfsweise die Übermittlung der

Ablichtung einer Baugenehmigung an die Nachbarn veranlasst werden sollte.

► Erhält man als Grundstückseigentümer die Ablichtung einer Baugenehmigung über die Durchführung eines Bauvorhabens in der Nachbarschaft, sind innerhalb eines Jahres geeignete Rechtsmittel (Widerspruch oder Anfechtungsklage) einzulegen; anderenfalls erwächst die Baugenehmigung in Bestandskraft und Rechtsmittel haben von vornherein keine Aussicht auf Erfolg mehr.

Dr. Ludger Meuten

Vergaberecht

E-VERGABE GILT AUCH IM VERHANDLUNGSVERFAHREN

Vergaberecht

Dass bei der Durchführung europaweiter Vergabeverfahren Textform und die Nutzung elektronischer Kommunikationswege zwingend sind, ist mittlerweile bei Auftraggebern und Bietern eine allgemein bekannte Tatsache. Unsicherheiten treten jedoch auf, ob und inwieweit diese Grundsätze auch im Verhandlungsverfahren Geltung beanspruchen. Die Vorteile des Verhandlungsverfahrens liegen ja gerade in der Durchführung von Verhandlungsgesprächen und der damit verbundenen Möglichkeit der mündlichen Kommunikation. Die Zulässigkeit und Grenzen der mündlichen Kommunikation im Verhandlungsverfahren, insbesondere bei Abgabe der Angebote, sind nunmehr in einer aktuellen Entscheidung der Vergabekammer Rheinland vom 19. November 2019 (Az.: VK 40/19) konkretisiert worden: Die Bieter hatten – entsprechend den Vorgaben des Auftraggebers – zu dem Verhandlungsgespräch als Tischvorlage ein Dokument mit der Überschrift »Angebotskonzept« überreicht. In diesem wurde insbesondere zu den Gegenständen der Zuschlagskriterien mittels Fotos, Schaubildern, Tabellen und Texten näher ausgeführt. Die einzelnen Seiten des »Angebotskonzepts« wurden im Rahmen des Verhandlungstermins als Präsentationsfolien verwendet. Den Bietern wurde im Anschluss an die Verhandlungsrunde die Gelegenheit eingeräumt, ein überarbeitetes finales Angebot einzureichen, wobei Gegenstand dieses finalen Angebotes nicht mehr die Angebotskonzeption sondern nur noch das vollständig ausgefüllte Leistungsver-

zeichnis sowie die Preisblätter waren. Bei der Bewertung der Angebote zog der Auftraggeber jedoch auch die ihm jeweils in den Verhandlungsterminen überreichten Präsentationsunterlagen/Angebotskonzeptionen heran. Nach Auffassung der Vergabekammer Rheinland zu Unrecht. In der Entscheidung weist die Vergabekammer Rheinland darauf hin, dass gemäß § 53 Abs. 1 VgV Angebote in Textform mit Hilfe elektronischer Mittel einzureichen sind. Soweit nach § 9 Abs. 2 VgV die mündliche Kommunikation in einem Vergabeverfahren zulässig ist, darf sie nicht die Angebote betreffen. Hieraus ergibt sich, dass auch im Verhandlungsverfahren bereits das Erstangebot, aber auch alle weiteren Angebote einschließlich des finalen Angebotes, zwingend in Textform vorliegen und zuvor ordnungsgemäß elektronisch eingereicht werden müssen. Ein mündlicher Vortrag über den Inhalt des Angebots in einem Verhandlungsgespräch genügt nicht. Zwar dürfe – so die Vergabekammer Rheinland – über Angebote mündlich im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens kommuniziert werden, solange diese Kommunikation selbst nicht Bestandteil der Angebote wird. Ergibt sich aufgrund der mündlichen Verhandlungen jedoch eine Änderung des bisherigen Angebotsinhaltes, ist die Einreichung eines neuen Angebotes in Textform mittels elektronischer Kommunikation erforderlich. Sehen die Vergabeunterlagen daher vor, dass die Bieter Angebotskonzepte, die Inhalt und Bestandteil der Angebote werden sollen, lediglich als Tischvorlage zu den jeweiligen

Verhandlungsgesprächen mitzubringen haben, stellt dies keine formgerechte Angebotsabgabe dar. Unzulässig ist insbesondere, wenn die Bewertung der Angebote hinsichtlich einzelner Zuschlagskriterien allein auf Grundlage der mündlichen Ausführungen der Bieter in einem Verhandlungsgespräch oder Präsentationstermin erfolgt.

FAZIT

► Textform und E-Vergabe gelten auch im Verhandlungsverfahren.

► Das finale zu bewertende Angebot muss vollständig in Textform vorliegen und zuvor elektronisch dem Auftraggeber übermittelt worden sein.

► Fordert der Auftraggeber zulässigerweise Konzepte über die Leistungsdurchführung ab und werden diese Gegenstand von Verhandlungsgesprächen, ist sicherzustellen, dass diese Konzepte, wenn sie denn bewertet werden sollen, Bestandteil des finalen elektronisch übermittelten Angebotes sind.

Dr. Ludger Meuten

BAUAUFTRAG ODER LIEFERAUFTRAG – DAS IST HÄUFIG DIE FRAGE

Nachdem sich die vergaberechtlichen Bestimmungen für die Vergabe von Dienst- und Lieferleistungen auf der einen und der Vergabe von Bauleistungen auf der anderen Seite – jedenfalls im Bereich der europaweiten Vergabe – erheblich angeglichen haben, stellt sich für manchen Auftraggeber die Frage, warum noch komplizierte Überlegungen angestellt werden sollen, ob es sich bei dem Beschaffungsvorgang um eine Lieferleistung oder um eine Bauleistung handelt. Allerdings bleibt die Qualifikation eines Beschaffungsvorganges als Bau- oder Lieferauftrag für die Frage relevant, ob ein europaweites Ausschreibungsverfahren durchgeführt werden muss und ob Bieter Rechtsschutz vor den Vergabekammern suchen können. Beide Fragen hängen mit dem maßgeblichen Schwellenwert zusammen. Dieser beträgt für Bauleistungen seit dem 1. Januar 2020 EUR 5.530.000,00 und für Lieferaufträge EUR 214.000,00 bzw. im Sektorenbereich EUR 428.000,00. In der Entscheidung des Oberlandesgerichtes Düsseldorf vom 11. Dezember 2019 (Az.: Verg 53/18) war daher auch die Frage der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages Anknüpfungspunkt dafür, sich mit der Problematik auseinanderzusetzen, ob ein Bauauftrag oder ein Lieferauftrag vorlag. Die Antragsgegnerin, ein Universitätsklinikum in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts, hatte am 30. September 2017 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union einen als Lieferauftrag bezeichneten Auftrag bekannt gemacht, dessen Gegenstand die Lieferung und der Aufbau eines Sterilisators mit einem Kammervolumen von neun

Sterilguteinheiten sein sollte. Der Laborsterilisator war für den Neubau des Zentrums für Synthetische Lebenswissenschaften der Auftraggeberin vorgesehen, dessen geschätzte Gesamtbaukosten sich auf EUR 31,45 Mio. brutto beliefen. Entgegen der Einschätzung der Vergabekammer hat das Oberlandesgericht Düsseldorf die ausgeschriebene Leistung als Bauauftrag qualifiziert. Das Oberlandesgericht Düsseldorf führt aus, dass ein Bauauftrag vorliegt, wenn dieser bestimmte Tätigkeiten betrifft, die in Anhang II der Richtlinie 2014/24/EU genannt sind. In dem Anhang II werden insbesondere Tief- und Hochbauarbeiten als Bauauftrag ebenso wie Elektroarbeiten qualifiziert. Dabei ist der Begriff der Bauleistung vergaberechtlich nicht definiert und weit zu verstehen. Er umfasst alle Arbeiten an einem Bauwerk, die im Zusammenhang mit einer der in Anhang II der Richtlinie genannten Tätigkeiten stehen. Der Zusammenhang mit den genannten Tätigkeiten besteht aber nur dann, wenn die Tätigkeit einem Bauvorhaben gilt. Als Bauvorhaben ist danach jedes Vorhaben anzusehen, ein Bauwerk zu errichten oder zu ändern. Nach § 103 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB, der das Bauwerk als Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- und Hochbauarbeiten beschreibt, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche technische Funktion erfüllen soll, werden auch Beschaffungsmaßnahmen als Bauauftrag qualifiziert, wenn die Anlagen für ein funktionsfähiges Bauwerk erforderlich und von wesentlicher Bedeutung sind. Dies ist der Fall, wenn die gelieferten Gegenstände in einem Funktionszusammenhang mit

einer Bauleistung stehen, etwa weil die zur Erfüllung des Bauauftrags notwendigen Bauteile geliefert werden, oder der Beschaffungsgegenstand für die Herstellung eines funktionsfähigen Gebäudes mit seinem spezifischen Nutzungszweck erforderlich ist. Unerheblich ist, ob die Leistung nach deutschem Zivilrecht oder nach der VOB/B als Bauleistung einzuordnen ist. Nach – zutreffender – Einschätzung des Oberlandesgerichts Düsseldorf war im entschiedenen Fall der notwendige Funktionszusammenhang mit dem zu errichtenden Gebäude, dem Zentrum für Synthetische Lebenswissenschaften, zu bejahen. Dieses Gebäude kann – wie der Auftraggeber bestätigt hat – seinen spezifischen Nutzungszweck nur erfüllen, wenn es

mit dem fest in die Baulichkeit integrierten Laborsterilisator ausgestattet ist.

FAZIT

»Lieferleistungen« gehören zu einem Bauauftrag, wenn die gelieferten Gegenstände entweder für die Herstellung (Steine) oder für die bestimmungsgemäße Nutzung (spezifische Gerätschaften) des Gebäudes erforderlich sind.

Die zutreffende Einschätzung eines Beschaffungsvorganges als Bauauftrag oder als Lieferauftrag ist für die Frage, ob ein europaweites Ausschreibungsverfahren erforderlich ist und ob Rechtsschutz vor den Vergabekammern besteht, evident.

Dr. Ludger Meuten

DAS MIETOBJEKT MITGESTALTEN – ODER LIEBER DOCH NICHT?

Das Vergaberecht findet grundsätzlich bei der Miete von vorhandenen Gebäuden keine Anwendung. Dass diese Ausnahme auch dann greift, wenn der Mietvertrag ein erst noch zu errichtendes Gebäude betrifft, ist bereits allgemein anerkannt. In diesem Fall ist jedoch Vorsicht geboten. Denn das Vergaberecht findet dann Anwendung, wenn ein Dritter eine Bauleistung gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen erbringt, die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt und dieser einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat (sog. Bestellbau).

Die Vergabekammer Bund hat mit Beschluss vom 17. Dezember 2019 (Az.: VK 2 - 88/19) nunmehr konkretisiert, inwieweit der öffentlichen Auftraggeber an der Gestaltung des noch zu errichtenden, von ihm gemieteten Gebäudes mitwirken darf. In dem zu entscheidenden Sachverhalt hatte der öffentliche Auftraggeber mit der Beigeladenen einen Mietvertrag über die Anmietung eines noch neu zu errichtenden Gebäudes geschlossen. In der Folgezeit stellte der öffentliche Auftraggeber an die Errichtung des Gebäudes nutzungsbezogene Anforderungen, wie einen Raumbedarfsplan oder einen Anforderungskatalog

zur Barrierefreiheit sowie zu den Grundlagen der EDV-Verkabelung und zur Netzinfrastruktur.

Nach Auffassung der Vergabekammer Bund war der Abschluss des Mietvertrages ohne Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens zulässig. Soweit die dem öffentlichen Auftraggeber zustehenden Gestaltungsmöglichkeiten die reine Ausstattung des Gebäudes, nicht jedoch das Gebäude und dessen Konzeption als solche selbst betreffen, ist ein der Ausschreibungspflicht unterliegender öffentlicher Bauauftrag nach Einschätzung der Vergabekammer Bund zu verneinen.

FAZIT

Der Abschluss eines Mietvertrages über ein neu zu errichtendes Gebäude bedarf keines Ausschreibungsverfahrens.

Dem öffentlichen Auftraggeber stehen in einem solchen Fall auch Gestaltungsmöglichkeiten zur Ausstattung des Mietobjektes zu.

Gestaltet der öffentliche Auftraggeber jedoch das Gebäude und dessen Konzeption selbst, handelt es sich um einen ausschreibungspflichtigen Bauauftrag.

Juliane Pethke

KRANKENHAUS- UND SOZIALRECHT: FRAU RECHTSANWÄLTIN JEDIDA VON SACHSEN BEI BATTKE GRÜNBERG



Als Fachanwältin für Medizin- und Arbeitsrecht ist Ende 2019 Frau Rechtsanwältin Jedida von Sachsen zu Battke Grünberg gestoßen. Sie wird den sozialrechtlichen Arbeitsbereich von Rechtsanwalt Stücker übernehmen, der zum staatlichen Arbeitgeber gewechselt ist. Neben den bisher schon betreuten Bereichen des Heim- und Leistungserbringerrechts wird sie sich vor allem dem Ausbau des Krankenhaus- und Medizin-

rechts und arbeitsrechtlichen Fragen mit Schnittstellen zum Medizin- bzw. Sozialrecht widmen. Dafür ist sie aufgrund ihrer bisherigen Tätigkeit und Erfahrung bestens geeignet. Frau von Sachsen absolvierte ihr Studium an der Technischen Universität Dresden. Sie begann ihre anwaltliche Tätigkeit 2007 im Schwerpunktbereich Arbeitsrecht und erwarb 2011 den Fachanwaltstitel. 2012 wechselte Frau von Sachsen nach Leipzig zur Kanzlei Seufert Rechtsanwälte, wo sie im Team Krankenhausrecht arbeitete. Zu ihrem Aufgabengebiet gehörte schwerpunktmäßig die Vergütung von Krankenhausleistungen. Seit 2015 führt sie auch den Fachanwaltstitel Medizinrecht. Frau von Sachsen verfügt so über langjährige Erfahrung im Bereich des Gesundheitsrechts – insbesondere im Leistungserbringerrecht. Battke Grünberg heißt Jedida von Sachsen in seinem wachsenden Team herzlich willkommen.

Über uns

Veranstaltungen

I. FRÜHSTÜCKE

Arbeitsrechtsfrühstück 2020

Das Arbeitsrechtsfrühstück der Battke Grünberg Rechtsanwälte PartGmbH findet

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

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

Frühstück
Arbeitsrecht

Grünes Frühstück 2020

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

- ▶ am 19. Juni 2020, 9:00 Uhr bis 12:00 Uhr
- ▶ im Hotel Taschenbergpalais Kempinski Dresden statt.

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

Frühstück
Gewerblicher
Rechtsschutz

II. WORKSHOPS

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

Für alle Workshops gilt:

Teilnehmerzahl: mindestens 6, maximal 8 Personen

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

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

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

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

Datum: 17. März 2020

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

Der Workshop beinhaltet folgende Schwerpunkte:

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

Zielgruppe: Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer sowie Mitarbeiterinnen und

Mitarbeiter der PR-Abteilung und/oder der Personalabteilung

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

III. ARBEITSRECHT

Thema: Aktuelle Entwicklungen im Arbeitsrecht

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

Ort: Moritzburg

Datum: 23. März 2020

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

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

Thema: Flexibilität im Arbeitsverhältnis durch mobiles Arbeiten - Arbeitswelt 4.0

Veranstalter: Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband Landesverband Sachsen e. V.

Ort: Dresden

Datum: 24. April 2020

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

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

Workshop
Geistiges Eigentum

Veranstaltungen
Arbeitsrecht

Thema: Arbeitswelt 4.0 – Die neuen Herausforderungen der modernen Arbeitswelt

Veranstalter: Sächsisches Kommunales Studieninstitut Dresden

Ort: Dresden

Datum: 10. Juni 2020

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.sksd-dd.de.

Thema: Arbeitsrechts für Leiterinnen caritativer Einrichtungen

Veranstalter: Caritasverband für das Bistum Dresden-Meißen e. V.

Ort: Seelingstädt

Datum: 16. und 17. Juni 2020

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.caritas-dicvdresden.de.

Thema: Wissensmanagement im Zusammenhang mit Mitarbeitern, die die Verwaltung verlassen und angehäuften Wissen mitnehmen

Veranstalter: Sächsisches Kommunales Studieninstitut Dresden

Ort: Dresden

Datum: 2. Juli 2020

Referentin: Frau Rechtsanwältin Daniela Guhl

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.sksd-dd.de.

IV. GESELLSCHAFTSRECHT

Thema: Aufsichtsrat und Geschäftsführer der kommunalen GmbH - Rechte, Pflichten und Verhaltensanforderungen

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

Ort: Potsdam

Datum: 1. April 2020

Referent: Herr Rechtsanwalt Jörg-Dieter Battke

Anmeldungen sind unter www.vhw.de möglich.

Thema: Grundlagewissen für Aufsichtsräte

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

Ort: Kamenz

Datum: 24. April 2020

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

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

V. VERGABERECHT

Veranstaltungen
Vergaberecht

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

Veranstalter: eVergabe.de GmbH

Ort: Dresden

Datum: 24. März 2020, 21. April 2020, 30. Juni 2020

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

Anmeldungen sind unter www.evergabe.de möglich.

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

Veranstalter: eVergabe.de GmbH

Ort: Dresden

Datum: 7. April 2020, 24. September 2020

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

Anmeldungen sind unter www.evergabe.de möglich.

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

Veranstalter: eVergabe.de GmbH

Ort: Dresden

Datum: 12. März 2020, 2. April 2020

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

Anmeldungen sind unter www.evergabe.de möglich.

VI. GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ UND WETTBEWERBSRECHT

Veranstaltungen
Gewerblicher
Rechtsschutz

Thema: EU-Datenschutz-Grundverordnung (EU-DSGVO) und die Haftung der Geschäftsführung

Veranstalter: Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband Landesverband Sachsen e. V.

Ort: Dresden

Datum: 30. März 2020

Referentin: Frau Rechtsanwältin Manuela Pokern

Anmeldungen sind unter www.parisax.de möglich.



BATTKE GRÜNBERG

vorausdenken. effektiv handeln.

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

Verantwortlich: Dr. Ekkehard Nolting

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