

März 2022

Liebe Leserin, lieber Leser,

eigentlich sollte an dieser Stelle ein ganz anderer Text stehen. Der Druck war schon gelegt und dann kam der 24. Februar 2022 und das Ereignis, das den Atem stocken lässt und sprachlos macht. Gegen alle Regeln des Völkerrechts überfällt Russland sein Nachbarland und mordet und brandschatzt. Mit seiner Berufung auf Art. 51 UN-Charta – das Recht auf Selbstverteidigung – setzt es dem Zynismus schließlich gar noch die Krone auf. Als Anwälte des Rechts können wir es nicht schweigend hinnehmen, wenn wider alle Regeln sich nur die pure Gewalt durchsetzt. Wir streiten gerade auch in letzter Zeit in unserem Land viel um Freiheit – mit den freiheitlichen Mitteln der freiheitlichen Demokratie; dabei geht es um Einschränkungen um der Freiheitsrechte anderer willen, es geht um regelbasierte Abwägungsprozesse. Darüber kann – ja muss man diskutieren und streiten dürfen. Dabei wird aber auch viel Unsinn geredet und es werden demokratische Institutionen leichtfertig in Misskredit gebracht. Bei der kriegerischen Aggression, die wir hier erleben, aber geht es um das Fundament der Freiheit überhaupt, die »rule of law«, die Herrschaft des Rechts. Ohne sie kann es keine Freiheit geben und ohne sie kann es keinen Frieden geben. Denn ohne sie herrscht allein die unregelte und unkontrollierte Macht des Stärkeren. Das ist es worum es geht, wenn in diesen Tagen davon gesprochen wird, dass der kriegerische Angriff auf die Ukraine in Wahrheit ein Angriff auf die Idee der freiheitlichen Demokratie sei. Und es ist sogar darüber hinaus ein Angriff auf eine regelbasierte Weltordnung überhaupt, die sich fast 200 Länder dieser Welt – die wahrhaftig nicht alle freiheitlich demokratisch verfasst sind – nicht nur mit der UN-Charta sondern auch mit weiteren völkerrechtlich verbindlichen Regeln geschaffen haben. Wenn wir für das Recht nicht kämpfen, wenn wir uns nicht alle als Anwälte des Rechts verstehen, geben wir das höchste Gut auf, das wir besitzen: die Freiheit. Deswegen geht uns alle an, was zur Zeit in der Mitte Europas geschieht. In diesem Sinne wünschen wir Ihnen Kraft und Mut.

Ihre Battke Grünberg Rechtsanwälte PartGmbH

N^o 1/2022

> MANDANTENINFORMATION

Gesellschaftsrecht	05
Arbeitsrecht	10
Geistiges Eigentum	17
Medizin- und Sozialrecht	20
Vergaberecht	21
Internationales	24
Über uns	26
Veranstaltungen & Vorträge	27
Impressum	30

SCHWERPUNKTTHEMA

KARLA GRAUPNER-PETZOLD



TRANSPARENZREGISTER – WER HAT WAS ZU MELDEN?

Das Transparenzregister war seit der Einführung vor fünf Jahren eher ein zahnloser Tiger geblieben. Dies war im Wesentlichen der im Geldwäschegesetz (GwG) vorgesehenen Mitteilungsfiktion für transparenzpflichtige Rechtseinheiten geschuldet. Durch eine Gesetzesänderung entfällt nunmehr diese Mitteilungsfiktion mit der Folge, dass nun nahezu alle Unternehmen in Deutschland von den Transparenzpflichten betroffen sind. Das Transparenzregister wandelt sich zu einem Vollregister. Das hat massive praktische Auswirkungen auf die Unternehmenspraxis. Wir geben im Folgenden einen Überblick über das Transparenzregister und erläutern den – teilweise bereits akuten – Handlungsbedarf.

Einführung und Zweck

In Umsetzung der Vierten EU-Geldwäsche-Richtlinie (EU-Richtlinie 2015/849 vom 20. Mai 2015) wurde am 26. Juni 2017 in Deutschland das Transparenzregister eingeführt, um Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung und sonstige schweren Straftaten zu verhindern.

Das Transparenzregister wird als elektronisches Register von der Bundesanzeiger Verlag GmbH (nachfolgend als »Bundesanzeiger« bezeichnet) geführt. Das Register enthält Eintragungen über die wirtschaftlich Berechtigten von Gesellschaften des Privatrechts, Trusts und ähnlichen Rechtsgestaltungen. Denn, während man sich in Deutschland bei einer GmbH leicht mithilfe des Handelsregisters über die Gesellschaft und deren Anteilseigner und Anteilseignerinnen informieren kann, existieren zahlreiche Rechtsträger, die bis dahin in keinem Register zentral erfasst worden sind. Daher war es auch nur schwer zu ermit-

teln, in wessen Eigentum oder unter wessen Kontrolle der Rechtsträger letztlich steht. Das Transparenzregister sollte genau diese Lücke schließen und die Eigentums- und Kontrollstrukturen visibel machen.

Transparenzpflichtige Rechtseinheiten

Die Transparenzpflichten treffen Vereinigungen nach § 20 Abs. 1 GwG und sonstige Rechtsgestaltungen nach § 21 GwG, die ihren Satzungssitz in Deutschland haben. »Vereinigungen« in diesem Sinne sind alle juristischen Personen des Privatrechts (AG, GmbH, UG (haftungsbeschränkt), Vereine, Genossenschaften, rechtsfähige Stiftungen, Europäische Aktiengesellschaft (SE), Kommanditgesellschaften auf Aktien) und eingetragene Personengesellschaften (OHG, KG, GmbH & Co. KG und Partnerschaftsgesellschaften). Vom Begriff »Rechtsgestaltungen« sind Trusts und nichtrechtsfähige Stiftungen mit eigennützigem Stiftungszweck erfasst sowie Rechtsgestaltungen, die solchen Stiftungen in ihrer Struktur und Funktion entsprechen.

Auch kommunale Unternehmen sind von den Pflichten betroffen, sofern sie eine Vereinigung oder eine sonstige Rechtsgestaltung im diesem Sinne sind. Gleiches gilt für gemeinnützige Unternehmen. Auch die Größe des Unternehmens hat keinen Einfluss auf die bestehenden Transparenzpflichten.

Besonderheiten ergeben sich nunmehr bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Denn das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) sieht die Einführung eines Registers für Gesellschaften bürgerlichen Rechts vor, welches dem Handelsregister ähnlich ist. Jedoch soll die Eintragung nicht jede Gesellschaft bürgerlichen Rechts

treffen. Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers sollen auch die dort registrierten Gesellschaften bürgerlichen Rechts der Mitteilungspflicht zum Transparenzregister unterliegen.

Inhalt der Mitteilungspflicht

Mit der Einführung des Transparenzregisters hat der Gesetzgeber entsprechende Pflichten für die betroffenen Rechtsträger verankert, die bereits seit dem 1. Oktober 2017 bestehen. Die transparenzpflichtigen Rechtsträger haben zunächst Angaben zu ihren wirtschaftlich Berechtigten zu ermitteln, aufzubewahren, auf aktuellem Stand zu halten und dem Bundesanzeiger unverzüglich mitzuteilen. Die Rechtseinheiten sind bei der Ermittlung des wirtschaftlich Berechtigten dazu verpflichtet, in einem angemessenen Umfang Nachforschungen in Bezug auf ihre Anteilseigner durchzuführen, welche zu dokumentieren sind. Die potenziell wirtschaftlich Berechtigten sind zur Auskunft verpflichtet.

Die transparenzpflichtigen Rechtsträger haben konkrete Angaben zu ihren wirtschaftlich Berechtigten dem Transparenzregister zu melden. Der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten ist im Gesetz ausdrücklich definiert. Nach § 3 GwG ist ein wirtschaftlich Berechtigter eine natürliche Person, in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle der Rechtsträger letztlich steht. Bei juristischen Personen und sonstigen Vereinigungen ist jede natürliche Person ein wirtschaftlich Berechtigter im obigen Sinne, wenn sie über mehr als 25 % der Kapitalanteile verfügt, mehr als 25 % der Stimmrechte kontrolliert oder auf vergleichbare Weise Kontrolle auf den Rechtsträger ausübt. Eine solche Kontrolle kann sich beispielsweise aus Stimmbindungs-, Pool- und Konsortialvereinbarungen und darin vereinbarten Zustimmungserfordernissen und/oder Veto- und Widerspruchsrechten ergeben.

Wirtschaftlich Berechtigter kann aber auch derjenige sein, der nur eine mittelbare Kontrolle über die Vereinigung ausübt. Mittelbare Kontrolle liegt insbesondere dann vor, wenn entsprechende Anteile von einer oder mehreren Vereinigungen gehalten werden, die ihrerseits von einer natürlichen Person kontrolliert werden.

Besonderheiten ergeben sich bei Treuhandkons-

truktionen. Kontrolliert der Treuhänder Kapital- oder Stimmrechtsanteile von über 25 % oder übt er auf sonstige Weise Kontrolle aus, gelten sowohl der Treuhänder aufgrund seiner unmittelbaren Kontrolle als auch der Treugeber aufgrund seiner mittelbaren Kontrolle als wirtschaftlich Berechtigter.

Die Ermittlung des wirtschaftlich Berechtigten kann insbesondere bei komplexeren Unternehmensstrukturen schwierig sein. Auch innerhalb einer Konzernstruktur wird grundsätzlich jede einzelne Gesellschaft isoliert betrachtet. Dabei sind jedoch auch die jeweiligen Beteiligungen zu berücksichtigen, da daraus ggf. über eine mittelbare Kontrolle die Voraussetzungen des wirtschaftlich Berechtigten erfüllt sein können.

Sofern kein wirtschaftlich Berechtigter festgestellt werden kann, müssen die transparenzpflichtigen Rechtseinheiten zumindest Angaben zu ihren gesetzlichen organschaftlichen Vertretern als »fiktive wirtschaftlich Berechtigte« dem Transparenzregister mitteilen. Personen, die mit rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Vertretungsmacht ausgestattet sind, wie beispielsweise ein Prokurist oder die Eltern eines minderjährigen Anteilseigners, können dagegen keine fiktiv wirtschaftlich Berechtigten sein.

Mitteilungspflichtig sind konkret folgende Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten:

- ▶ Vor- und Nachname,
- ▶ Geburtsdatum,
- ▶ Wohnort (nicht die vollständige Adresse),
- ▶ Wohnsitzland,
- ▶ Art und Umfang seines wirtschaftlichen Interesses
- ▶ sowie alle Staatsangehörigkeiten.

Die Mitteilungsfiktion

Das Transparenzregister wurde bei der Einführung durch die Mitteilungsfiktion des § 20 Abs. 2 GwG zunächst als Auffangregister konzipiert. Denn die Mitteilungspflicht der transparenzpflichtigen Rechtsträger galt als erfüllt, wenn sich die erforderlichen Angaben bereits vollständig aus anderen elektronisch abrufbaren Registern ergeben haben (sog. Mitteilungsfiktion). Auf diese Mitteilungsfiktion konnten sich bisher insbesondere GmbHs berufen, wenn sie ordnungsgemäß im Handelsregister eingetragen

waren und eine aktuelle Liste der Gesellschafter hinterlegt hatten. Eine solche Privilegierung ergab sich auch für börsennotierte Unternehmen. Die Mitteilungsfiktion sollte in erster Linie (unnötige) Bürokratie vermeiden.

Die Mitteilungsfiktion gab allerdings Anlass zu Kritik und stellte die Funktionsfähigkeit des Transparenzregisters insgesamt in Frage. Denn die Mitteilungsfiktion führte letztlich dazu, dass nur ein äußerst kleiner Teil der Gesellschaften in Deutschland beim Transparenzregister registriert war. Der Großteil der transparenzpflichtigen Rechtsträger war über die Mitteilungsfiktion von der Mitteilungspflicht befreit.

Der Wegfall der Mitteilungsfiktion

Durch das Gesetz zur europäischen Vernetzung der Transparenzregister und zur Umsetzung der EU-RL 2019/1153 zur Nutzung von Finanzinformationen für die Bekämpfung von Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung und sonstigen schweren Straftaten (TraFinG) wird das Transparenzregister nun zum autonomen Vollregister. Damit soll der Weg für eine Vernetzung der Transparenzregister der einzelnen EU-Mitgliedsstaaten geebnet und die praktische und digitale Nutzbarkeit des Transparenzregisters gesteigert werden. Das Gesetz ist am 1. August 2021 in Kraft getreten. Durch die Gesetzesänderung entfallen alle bisher geltende Mitteilungsfiktionen ersatzlos. Dies hat zur Folge, dass sämtliche Rechtseinheiten, obgleich sie bereits in anderen Registern registriert sind, sich nun auch beim Transparenzregister registrieren und Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten aktiv mitteilen müssen. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass etwa 1,9 Mio. Unternehmen, die aufgrund der Mitteilungsfiktion bisher von einer Mitteilung befreit waren, nunmehr mitteilungsspflichtig sind. Der Gesetzgeber verlangt damit von dem Großteil der transparenzpflichtigen Rechtseinheiten eine doppelte Registerführung. Das ursprünglich verfolgte Ziel der Bürokratievermeidung scheint aufgegeben.

Für die Rechtseinheiten, die bis zum 31. Juli 2021 von der Mitteilungsfiktion profitiert haben, gelten allerdings Übergangsfristen je nach Rechtsform:

- ▶ Aktiengesellschaften (AG), Europäische Aktien-

gesellschaften (SE) oder Kommanditgesellschaften auf Aktien (KGaA) bis zum 31. März 2022,

- ▶ GmbHs, Genossenschaften oder Partnerschaftsgesellschaften bis zum 30. Juni 2022 und
- ▶ in allen anderen Fällen bis zum 31. Dezember 2022.

Diese Rechtseinheiten müssen lediglich die zum jeweiligen Eintragungszeitpunkt vorhandenen wirtschaftlich Berechtigten mitteilen. Eine Mitteilung für die Vergangenheit ist bei diesen Rechtseinheiten nicht erforderlich. Etwas anderes gilt dagegen für solche Rechtseinheiten, die sich nicht auf die Mitteilungsfiktion berufen konnten. Diese haben im Rahmen ihrer Mitteilung der wirtschaftlich Berechtigten den gesamten Zeitraum seit dem 1. Oktober 2017 zu beleuchten.

Privilegierungen

Lediglich eingetragene Vereine genießen noch eine Privilegierung im Hinblick auf die Mitteilungspflicht. Der Bundesanzeiger wird automatisiert Daten aus dem Vereinsregister in das Transparenzregister aufnehmen, ohne dass der Verein selbst aktiv werden muss. Als wirtschaftlich Berechtigte werden die Vorstandsmitglieder des Vereins mit den oben genannten Angaben als fiktiv wirtschaftlich Berechtigte eingetragen. Die automatische Eintragung erfolgt spätestens bis zum 1. Januar 2023. Wenn sich personelle Veränderungen im Vereinsvorstand ergeben, hat der Verein diese Änderung auch nur unverzüglich beim Vereinsregister anzumelden. Eine weitere Mitteilung zum Transparenzregister ist nicht erforderlich.

Die Privilegierung gilt indes nicht für solche Vereine, die zumindest über einen »richtigen« wirtschaftlich Berechtigten verfügen oder die eine Veränderung im Vereinsvorstand nicht unverzüglich im Vereinsregister angemeldet haben.

Kosten

Die Registrierung beim Transparenzregister sowie die Abgabe von Mitteilungen sind nicht gebührenpflichtig. Der Bundesanzeiger erhebt allerdings für die Führung des Transparenzregisters eine jährliche Grundgebühr gegenüber den transparenzpflichtigen Einheiten. Sie beträgt derzeit EUR 20,80 netto im Jahr. Die Gebührenpflicht besteht jedoch auch schon für

die Rechtseinheiten, die bisher von der Mitteilungsfiktion profitiert haben, auch wenn sie noch gar keine Mitteilung zum Transparenzregister vorgenommen haben. Diejenigen Rechtseinheiten, bei denen die Verfolgung steuerbegünstigter Zwecke durch das Finanzamt festgestellt wurde, können beim Bundesanzeiger einen Antrag auf Gebührenbefreiung stellen.

Sanktionen

Verstöße gegen die Transparenzpflichten ziehen erhebliche Bußgeldrisiken nach sich. Wenn transparenzpflichtige Rechtsträger keine Mitteilung zum Transparenzregister abgeben, diese nicht rechtzeitig abgeben oder unvollständige bzw. unrichtige Angaben machen, handeln sie ordnungswidrig. Das Bundesverwaltungsamt führt bereits Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen säumige Unternehmen. Der im Gesetz verankerte Bußgeldkatalog sieht Bußgelder von bis zu EUR 100.000,00 vor; in schweren Fällen bis zu EUR 1.000.000,00. In Sonderfällen kann das Bundesverwaltungsamt sogar ein Bußgeld von bis zu EUR 5.000.000,00 festsetzen. Für die Rechtseinheiten, die bisher von der Mitteilungsfiktion profitiert haben, sind die Bußgeldvorschriften noch suspendiert. Das Bundesverwaltungsamt soll erst ein Jahr nach Ablauf der jeweiligen Übergangsfrist erstmals Bußgelder erheben dürfen.

Einsichtnahme

Der Bundesanzeiger gewährt als registerführende Stelle auf Antrag und gegen Gebühr eine Einsichtnahme in das Transparenzregister abhängig von der Funktion der Einsichtnehmenden. Zum einen haben Behörden, soweit dies zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Auf-

gaben erforderlich ist, das Recht Einsicht in den vollen Datenbestand des Transparenzregisters zu nehmen. Zum anderen sind auch Verpflichtete im Sinne des GwG (z. B. Güterhändler, Banken oder Rechtsanwälte) zur fallbezogenen Einsichtnahme im Rahmen ihrer Sorgfaltspflichten berechtigt. Aber auch Mitgliedern der Öffentlichkeit wird Einsicht in einen beschränkten Datensatz gewährt, sofern sich die Angaben nicht schon aus anderen öffentlich zugänglichen Registern ermitteln lassen.

FAZIT

- Das Transparenzregister erfährt durch den Wegfall der Mitteilungsfiktion eine enorme Aufwertung und bedeutet für die betroffenen Unternehmen aufgrund der doppelten Registerführung einen nicht nur einmaligen Verwaltungsaufwand.
- Die Mitteilungspflichten sind Bestandteil der unternehmensinternen Compliance. Es ist zu empfehlen, trotz der großzügigen Umsetzungs- und Bußgeldfristen, dass sich die Leitungsorgane mit den Vorgaben des Transparenzregisters frühzeitig auseinanderzusetzen, ihre(n) wirtschaftlich Berechtigten ermitteln und die erforderliche Mitteilung zum Transparenzregister vorzunehmen.
- Mit einer einmaligen Mitteilung ist es allerdings nicht getan. Auch bei jeder Veränderung der Eigentums- und Kontrollstrukturen bzw. bei jeder personellen Veränderung in der Geschäftsführung (bei der Registrierung eines fiktiv wirtschaftlich Berechtigten) ist zukünftig neben der Anmeldung zum Handelsregister auch an die Änderungsmeldung zum Transparenzregister zu denken.

Karla Graupner-Petzold

BGH BESTÄTIGT SEINE RECHTSPRECHUNG ZU DEN VORAUSSETZUNGEN FÜR EINE WIRKSAME SCHIEDSVEREINBARUNG IN PERSONENGESELLSCHAFTEN

Zahlreiche Verträge von Personengesellschaften (GbR, OHG, KG oder Partnerschaften) enthalten Schiedsvereinbarungen, wonach Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern bzw. den Gesellschaftern und der

Gesellschaft unter Ausschluss der staatlichen Gerichte vor privaten Schiedsgerichten ausgetragen werden sollen. Wir hatten bereits auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 2017 hingewiesen, in der

neue und strenge Anforderungen an die Wirksamkeit dieser Schiedsvereinbarungen gestellt worden waren, soweit sie auch Klagen über die Wirksamkeit von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung umfassen sollen (Battke Brief 2/2017). Der Bundesgerichtshof hat nunmehr in einer aktuellen Entscheidung vom 21. September 2021 (Az.: I ZB 13/21) seine Rechtsprechung mit einer kleinen Einschränkung bestätigt. Enthält der Gesellschaftsvertrag keine weiteren Regeln zur Erhebung und Durchführung von Beschlussmängelklagen, sieht er insbesondere nicht vor, dass solche Klagen ausschließlich gegen die Gesellschaft erhoben werden müssen und nicht zwischen den Gesellschaftern ausgetragen werden sollen, genügen einfache Schiedsvereinbarungen, wie sie bisher üblich waren. Soll aber nach dem Gesellschaftsvertrag die Klage gegen die Gesellschaft erhoben werden, hat eine solche Regelung nach der Rechtsprechung zugleich zur Folge, dass alle Gesellschafter an die Entscheidung des Schiedsgerichts hinsichtlich der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des angefochtenen Beschlusses gebunden sind. Deswegen erfordere der rechtsstaatliche Grundsatz des rechtlichen Gehörs, dass an einem Schiedsverfahren auch sämtliche Gesellschafter ordnungsgemäß beteiligt werden können. Dafür muss nach Auffassung des Bundesgerichtshofs schon in der Schiedsvereinbarung explizit vorgesehen werden, dass für den Fall der Erhebung einer solchen Klage alle Gesellschafter umgehend informiert werden, sie bei der Bestellung und Auswahl der Schiedsrichter mitwirken können und die Gelegenheit erhalten, dem Verfahren auf Seiten einer der beiden Streitparteien beizutreten. Ferner soll die Schiedsvereinbarung vorsehen, dass die Erhebung einer weiteren Schiedsklage

gegen den angegriffenen Beschluss vor einem anderen Schiedsgericht nicht mehr zulässig sein soll, sobald bereits eine Schiedsklage erhoben worden ist; dadurch soll vermieden werden, dass über die Wirksamkeit des angegriffenen Beschlusses widersprüchliche Entscheidungen ergehen.

Es ist hier nicht der Ort, die erheblichen rechtsdogmatischen Zweifel an der Richtigkeit dieser Entscheidung zu erörtern; das ist an den dafür zur Verfügung stehenden Stellen in Fachzeitschriften bereits mehrfach geschehen (Nolting, NotBZ 2009,241; ZIP 2017,1641; EWiR 2, 021). Für die Praxis gilt vielmehr nochmals der dringende Aufruf, bestehende Schiedsvereinbarungen in Personengesellschaften einer Revision zu unterziehen. Dies gilt umso mehr, als der Reformgesetzgeber – darauf hatten wir ebenfalls bereits hingewiesen – mit Wirkung ab 1. Januar 2024 das Beschlussmängelrecht der Personenhandelsgesellschaften auf neue Füße stellt und schon deswegen an einer Überarbeitung der Gesellschaftsverträge kein Weg mehr vorbeiführt.

FAZIT

- ▶ Schiedsvereinbarungen zwischen Gesellschaftern von Personengesellschaften, die auch für Beschlussmängelstreitigkeiten gelten sollen, müssen zwingend die Wahrung der Beteiligungsrechte sämtlicher Gesellschafter im Schiedsverfahren vorsehen.
- ▶ Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zwingt schon (spätestens) jetzt zur Überarbeitung und Anpassung der Schiedsvereinbarungen; eine solche Revision ist anlässlich der Reform des Personengesellschaftsrechts ohnehin bis zu deren Inkrafttreten am 1. Januar 2024 dringend geboten.

Dr. Ekkehard Nolting

ERNEUT: MASSGEBLICHKEIT DER IN DEN REGISTERORDNERN GELANGTEN GESELLSCHAFTERLISTE FÜR DIE WAHRNEHMUNG DER GESELLSCHAFTERRECHTE IN DER GMBH

Wir hatten schon wiederholt an dieser Stelle auf die Bedeutung der beim Handelsregister hinterlegten Gesellschafterliste hingewiesen und über die Rechtsprechung zu verschiedenen Fragen berichtet. Das Kammergericht hat der Serie nun eine weitere Ent-

scheidung hinzugefügt (Beschluss vom 29. November 2021 – Az.: 22 KW 55/21):

In einer zweigliedrigen GmbH gab es offenbar Meinungsverschiedenheiten darüber, ob einer der beiden Gesellschafter seinen Anteil an den anderen

Gesellschafter abgetreten hatte und ausgeschieden war. Der die Abtretung beurkundende Notar hatte zum Handelsregister eine Liste eingereicht, in der nur noch die (vermeintliche) Erwerberin als Alleingesellschafterin ausgewiesen war. Daraufhin hatte wenige Tage später der Geschäftsführer, der zugleich Geschäftsführer und Alleingesellschafter der (vermeintlich) ausgeschiedenen Gesellschafterin – einer UG – war, eine neue Liste eingereicht, in der wiederum die alten Beteiligungsverhältnisse vermerkt waren. Beide Listen wurden am gleichen Tag in den Registerordner aufgenommen. Wiederum einige Tage später berief die »Erwerberin« und vermeintliche Alleingesellschafterin den Geschäftsführer in einer Gesellschafterversammlung ab, die sie als Alleingesellschafterin abhielt, ohne die vermeintlich ausgeschiedene Gesellschafterin dazu zu laden. Das Registergericht verweigerte die Eintragung, weil die zweite Gesellschafterin zu der Gesellschafterversammlung nicht ordnungsgemäß geladen worden war und der Abberufungsbeschluss daher nichtig war. Das Kammergericht gab ihm Recht.

Folgende Aspekte sind dafür ausschlaggebend:

Maßgeblich für die Ausübung der Gesellschafterrechte ist ausschließlich die in den Registerordner aufgenommene Gesellschafterliste. Sie ist auch für die Gesellschaft bindend; sie hat alle in der Liste befindlichen Personen wie Gesellschafter zu behandeln unabhängig davon, ob sie wirklich Gesellschafter sind (sog. »formelle Legitimation«). Zur Einreichung einer Liste sind befugt und verpflichtet, sobald sich eine Änderung in der Person des Gesellschafters ergibt, der Notar, wenn er an dieser Veränderung im Rahmen einer Beurkundung – wie der Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen – beteiligt ist, und im Übrigen der Geschäftsführer. Letzterer ist auch befugt und sogar verpflichtet, eine vom Notar eingereichte Liste zu korrigieren und eine berichtigte Liste einzureichen, wenn sie einen Fehler enthält. Die Liste wird nicht »im Handelsregister eingetragen« (wie es manchmal unrichtig heißt) sondern in den Registerordner aufgenommen, nachdem sie vom Rechtspfleger auf formale Ordnungsgemäßheit – nicht inhaltliche Richtigkeit – geprüft worden ist.

Maßgeblich für die formelle Legitimation ist die

zuletzt in den Registerordner aufgenommene Liste. Werden – wie hier – zwei Listen gleichzeitig aufgenommen, ist nach dieser Entscheidung des Kammergerichts die zuletzt eingereichte Liste ausschlaggebend.

Da zuletzt die Liste eingereicht und schließlich in den Registerordner aufgenommen worden war, in der wieder die bisherigen beiden Gesellschafter aufgeführt waren, musste die Gesellschaft daher auch die vermeintlich ausgeschiedene Gesellschafterin als solche behandeln und zur Gesellschafterversammlung laden. Ein Verstoß gegen diese Ladungspflicht führt unweigerlich zur Nichtigkeit aller gefassten Beschlüsse und damit auch des hier betroffenen Abberufungsbeschlusses.

Von dem strikten Gebot, die formelle Legitimation der Gesellschafterliste in jedem Fall und selbst beim Wissen um ihre Unrichtigkeit zu beachten, hat die Rechtsprechung zuletzt eine Ausnahme zugelassen: Reicht der Geschäftsführer entgegen einer gerichtlichen Entscheidung (einstweilige Verfügung) eine Liste ein, ist es der Gesellschaft versagt, sich auf diese neue Liste zu berufen; sie hat dann die Gesellschafter aus der vorangegangenen Liste zu berücksichtigen. Darum aber ging es hier nicht, da es eine entsprechende Untersagung nicht gegeben hatte.

Für die Praxis, insbesondere für Geschäftsführer, ist wichtig: Sie müssen sich regelmäßig – insbesondere vor Gesellschafterversammlungen – vergewissern, welche Gesellschafter in der letzten zum Registerordner genommenen Liste ausgewiesen sind. Das aber ist auch für die Gesellschafter von Bedeutung, gerade wenn die Gesellschafter zerstritten sind und einer der Geschäftsführer im »verfeindeten« Lager steht und daher jederzeit – auch böswillig – eine neue Liste einreichen kann. Der Geschäftsführer ist davor allerdings zu warnen, da er sich durch ein solches Verhalten schadensersatzpflichtig macht.

FAZIT

- ▶ Gesellschafterrechte stehen in der GmbH nur denjenigen Personen zu, die in der zuletzt in den Registerordner aufgenommenen Gesellschafterliste geführt sind.
- ▶ Werden an einem Tag gleichzeitig zwei verschiedene

Listen in den Ordner aufgenommen, entscheidet der Eingang beim Registergericht und ist die zuletzt eingegangene Liste maßgeblich.

► Gesellschafter und Geschäftsführer sollten sich regelmäßig durch den Blick in den Registerordner vergewissern, ob die Liste noch richtig ist; das gilt besonders bei Streit zwischen den Gesellschaftern, da

hier die Gefahr eines Missbrauchs besonders hoch ist.

► Geschäftsführer sind aber dafür verantwortlich, dass die Listen immer richtig sind; vernachlässigen sie diese Pflicht oder wirken gar an der Einreichung einer falschen Liste mit, können sie sich Schadensersatzpflichtig machen.

Dr. Ekkehard Nolting

ACHTSAMKEIT ERFORDERLICH: »VERSTECKTE« HAFTUNGSRISIKEN IM VEREIN AM BEISPIEL DES BUNDESTEILHABEGESETZES

Nach Einführung der §§ 31a, 31b BGB ist es in der gesellschaftsrechtlichen Beratungspraxis zu möglichen Haftungsrisiken im Verein relativ ruhig geworden. Die normierte Haftungsentlastung sollte jedoch nicht zur Nachlässigkeit führen. Insbesondere im Zusammenhang mit Gesetzesänderungen, die Handlungspflichten des Vereins und damit der Leitungsebene begründen, sollten auch mögliche Haftungsfolgen mit der gebotenen Achtsamkeit kritisch geprüft werden.

Derzeit ist dies u.a. im Rahmen der durch das Bundesteilhabegesetz (BTHG) neugeregelten Vergütungssystematik für sog. Kosten der Unterkunft im Triangel zwischen dem Träger der Eingliederungshilfe, dem Leistungserbringer und dem Berechtigten relevant (siehe hierzu unser sozialrechtlicher Artikel auf Seite 20).

Die auf den ersten Blick spezifisch sozialrechtliche Thematik birgt somit in sich »versteckte« vereinsrechtliche Haftungsrisiken der Leitungsebene.

Die Leistungserbringer sind überwiegend in der Rechtsform eines e. V. organisiert. Sie stehen als Bindeglied zwischen dem vergütungspflichtigen Träger der Eingliederungshilfe sowie dem leistungsberechtigten Bewohner. Grundlage der Vergütungspflicht ist die zwischen dem Leistungserbringer und dem Träger der Eingliederungshilfe abzuschließende Leistungs- und Vergütungsvereinbarung. Das Vereinsinteresse gebietet die notfalls gerichtliche Durchsetzung der gesetzlich näher definierten Ansprüche der Leistungserbringer auf Neuverhandlung oder Anpassung dieser Vereinbarung. Andernfalls droht dem Vorstand,

respektive der per Vereinssatzung als besonderer Vertreter eingesetzten Geschäftsführung, eine persönliche Haftung. Der potenzielle Schaden liegt in der hinter den gesetzlichen Vorgaben zurückbleibenden vertraglichen Vergütung. In Summe wird dies schnell einen mindestens fünfstelligen Betrag ergeben. Dieses Kostenrisiko trägt grundsätzlich der Verein als Leistungserbringer. Dies hat durchaus existenzbedrohende Folgen. Eine Verlagerung auf die Bewohner bedarf einer einvernehmlichen Vertragsanpassung des spezifischen WBVG-Vertrages und ist selbst dann mit Blick auf die gesetzgeberische Intention des Bundesteilhabegesetzes derzeit nicht als rechtssicher zu unterstellen.

Der Verein kann sich beim Vorstand/der Geschäftsführung schadlos halten. Eine Haftungsentlastung dürfte angesichts des akuten Klärungsbedarfes spätestens nach Einholung von Rechtsrat nicht mehr gelingen. Ob eine D&O-Versicherung hilft, ist zweifelhaft. Die Vereinsmitglieder, häufig Eltern/Fürsorgeberechtigte betroffener Berechtigter, werden einer Entlastung womöglich nicht zustimmen, ggf. die gerichtliche Durchsetzung des Haftungsanspruches gegen die Leitungsebene sogar forcieren. Und übrigens, was für Leistungserbringer in der Rechtsform eines e.V. gilt, ist gleichermaßen für (g)GmbHs relevant.

Haftungsrisiken im Verein sind somit immer zu beachten, auch wenn die materiell-rechtliche Einbettung noch so spezifisch sein mag. Gerade weil sie dann auf den ersten Blick nicht leicht zu erkennen sind, sich quasi »verstecken«, sollte die Rechtslage sorgfältig aufgeklärt und Gestaltungswege gesucht werden.

FAZIT

- ▶ In spezifischen Sachverhalten »verstecken« sich häufig enorme Haftungsrisiken für die Leitungsebene.
- ▶ Haftungsrisiken sind daher stets achtsam zu prüfen, ggf. mittels Einholung externen Rechtsrats.
- ▶ Die akute Problematik des Bundesteilhabegesetz ruft Leistungserbringer diesbezüglich in die Pflicht. Die vereinsrechtlichen Haftungsentlastungsnormen sind im Zweifel nicht (mehr) einschlägig.

Anita Wehnert

VERSCHMELZUNG DURCH VIRTUELLE BESCHLUSSFASSUNG – EIN WIDERSPRUCH?

Die Fusion (»Verschmelzung«) von Gesellschaften, Genossenschaften, Vereinen etc. (»Rechtsträger«) ist im Umwandlungsgesetz (»UmwG«) geregelt. Hiernach setzt die Verschmelzung von Rechtsträgern u. a. den Abschluss eines Verschmelzungsvertrages voraus, der der Zustimmung der Anteilhaber der beteiligten Rechtsträger bedarf. Über die Erteilung der Zustimmung ist in Versammlungen der Anteilhaber zu beschließen (»Versammlungsgebot«).

Die Corona-Pandemie hat die Möglichkeit der physischen Anwesenheit in Versammlungen erheblich beschränkt. Der Gesetzgeber hat hierauf reagiert und durch ein Gesetz (»GesRuaCOVBekG«) die Möglichkeit geschaffen, dass Haupt- und Gesellschafterversammlungen selbst dann virtuell abgehalten werden können, wenn dies im Gesellschaftsvertrag oder der Satzung nicht vorgesehen ist.

Trotz dieses Regelwerks kam es in der Praxis, wie es kommen musste: Zwei Genossenschaften wurden auf Grundlage eines in einer virtuellen Versammlung gefassten Beschlusses miteinander verschmolzen. Das Registergericht wies den Eintragungsantrag zurück, da keine Generalversammlung mit physischer Präsenz durchgeführt worden sei. Die hiergegen eingelegte Beschwerde wurde zurückgewiesen. Aufgrund weiterer Beschwerde gelangte die Angelegenheit zum Bundesgerichtshof. Dieser musste sich folglich mit der Frage befassen, ob Verschmelzungsbeschlüsse in einer virtuellen Versammlung gefasst werden können.

Mit Beschluss vom 5. Oktober 2021 (Az.: II ZB 7/21) gelangt der Bundesgerichtshof zu der Auffassung,

dass das Versammlungsgebot des UmwG die physische Anwesenheit der Anteilhaber bei der Versammlung nicht erfordert. Vielmehr kann die Versammlung virtuell durchgeführt werden, wenn dies nach dem Gesetz oder der Satzung zulässig ist und die Möglichkeit der Anteilhaber zum Meinungsaustausch mit den Gesellschaftsorganen sowie untereinander einer physischen Versammlung vergleichbar ist. Von dieser Möglichkeit der virtuellen Beschlussfassung werden nach Auffassung des Bundesgerichtshofs alle in Betracht kommenden Beschlüsse erfasst, ohne dass hierbei »nach dem Beschlussgegenstand oder dessen Bedeutung bzw. Gewicht zu unterscheiden« ist.

FAZIT

- ▶ Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist über die Genossenschaft hinaus ihrem Inhalt nach insbesondere auch für Personenhandels- und Kapitalgesellschaften relevant.
- ▶ Die Möglichkeit des Meinungsaustausches in der virtuellen Versammlung muss mit der einer physischen Versammlung vergleichbar sein.
- ▶ Gegenstand der virtuellen Beschlussfassung können sowohl Standardbeschlüsse als auch Beschlüsse über sog. Strukturmaßnahmen (Verschmelzung etc.) sein.
- ▶ Unabhängig von der Entscheidung des Bundesgerichtshofs sollten Gesellschaftsverträge und Satzungen grundsätzlich die Möglichkeit virtueller Versammlungen vorsehen; Altverträge sollten entsprechend ergänzt werden.

Jörg-Dieter Battke

ARBEITSRECHT IM KOALITIONSVERTRAG - WAS ERWARTET UNS?

Arbeitsrecht

»Mehr Fortschritt wagen« – dies ist der Titel der Ampelkoalition im Koalitionsvertrag für 2021 bis 2025. Was erwartet uns im Arbeitsrecht? Hierzu das Wichtigste in Kürze:

Betriebsräte sollen entscheiden, ob sie analog oder digital arbeiten, die notwendige Infrastruktur ist zur Verfügung zu stellen. Offen ist, wie dies in nicht IT-gestützten oder produzierenden Betrieben umgesetzt werden soll. Betriebsratswahlen online durchzuführen wird als Pilotprojekt erprobt werden, schon bei den Betriebsratswahlen 2022? Gewerkschaften sollen einen digitalen Zugang in die Betriebe erhalten. Was aber heißt das? Werbe-Mails, Zugriff auf das Intranet oder einen digitalen Aushang? Sind E-Mails an Mitarbeitende mit Klarnamen dann zulässig? Geradezu aggressiv scheint die Ampel-Koalition die Verhinderung von Betriebsratsarbeit angehen zu wollen, wenn die Behinderung der Betriebsrats Tätigkeit zur Officialstraftat erhoben wird. Es ist damit also schon bei jedem Hinweis von Amts wegen zu verfolgen, und nicht wie bislang auf Antrag des Betriebsrates.

Arbeitszeit und Arbeitsort: Wird der Ruf nach flexibleren Arbeitszeiten endlich gehört? »Im Rahmen von Tarifverträgen unter bestimmten Voraussetzungen und in einzuhaltenden Fristen« soll den Mitarbeitenden ermöglicht werden, ihre Arbeitszeit flexibler zu gestalten. So soll es zwar beim 8-Stunden-Tag im Arbeitszeitgesetz bleiben, aber eine »begrenzte Möglichkeit« zur Abweichung geben, sofern Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen dies vorsehen. Also wird die Flexibilisierung der Arbeitszeit vor allem umge-

setzt werden, wenn Betriebsräte und Gewerkschaften dies unterstützen. Dazu passt auch, dass mit Beschäftigten »in geeigneten Tätigkeiten« das europaweite mobile Arbeiten und Homeoffice erörtert werden muss und Arbeitgeber nur widersprechen können, wenn betriebliche Belange entgegenstehen. Unklar bleibt in diesem Zusammenhang, wie die Arbeitszeit entsprechend der EuGH-Rechtsprechung dann zu dokumentieren ist.

Befristungen ohne Sachgrund sollen auf Sicht abgeschafft werden und mit Sachgrund auf max. sechs Jahre begrenzt werden.

Aus- und Weiterbildung sollen flächendeckend ausgebaut werden. Eine Ausbildungsgarantie, die Integration von Flüchtlingen sowie die Möglichkeiten für berufliche Neuorientierung, Aus- und Weiterbildung, auch in Teilzeit, sollen verbessert und die Instrumente der Bildungspolitik und der aktiven Arbeitsmarktpolitik aufeinander abgestimmt werden.

Die Bindung an einen repräsentativen Tarifvertrag soll in der öffentlichen Auftragsvergabe verstärkt werden.

Schließlich erfolgt eine Anhebung des gesetzlichen Mindestlohns auf 12,00 Euro/Stunde, entsprechend wird die Minijob-Grenze auf EUR 520,00 und Midijob-Grenze auf EUR 1.600,00 angepasst.

FAZIT

► Es bleibt abzuwarten, ob die Bundesregierung alles umsetzt, was sie sich vorgenommen hat.

Dr. Andrea Benkendorff

FRISTLOSE KÜNDIGUNG WEGEN UNBEFUGTER WEITERGABE PRIVATER E-MAILS VON KOLLEGEN

Eine Verwaltungsmitarbeiterin, die dienstlich Zugriff auf den Dienstcomputer ihres Vorgesetzten hatte, entdeckte in dessen E-Mailpostfach eine E-Mail über ein Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft gegen ihren Chef. Im E-Mail-Konto fand sie als Anhang einer offensichtlich privaten E-Mail ihres Vorgesetzten einen Chatverlauf, der diese Ermittlungen unterstützt. Diesen kopierte sie auf einen USB-Stick und gab den Stick anonym weiter.

Dieses Verhalten ist – so hat das Landesarbeitsgericht Köln am 2. November 2021 (Az.: 4Sa 290/21) entschieden – wegen der Verletzung der Persönlichkeitsrechte des Vorgesetzten ein schwerwiegender Verstoß gegen die arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht und rechtfertigt eine fristlose Kündigung. Angesichts der Schwere der Pflichtverletzung brauchte es auch keiner vorherigen Abmahnung, da bei einem solchen Verhalten die weitere Zusammenarbeit offensichtlich –

auch für die Mitarbeiterin erkennbar – nach objektiven Maßstäben für den Arbeitgeber unzumutbar ist.

FAZIT

► Der Schutz von Daten ist keine Einbahnstraße und betrifft nicht nur den Schutz der Daten des Arbeitnehmers, sondern auch von Kollegen und Arbeitge-

bern. Mitarbeitende, die im Rahmen ihrer Aufgaben Zugriff auf den PC und das E-Mail-Konto von Kollegen oder Vorgesetzten haben, dürfen unbefugt weder eine an sich noch eine an andere gerichtete E-Mail lesen noch diese weiterleiten oder sich Kopien anfertigen. Die Mitarbeitenden sollten wissen, dass dies ggf. eine fristlose Kündigung rechtfertigt.

Dr. Andrea Benkendorff

WEGE VOM BETT AN DEN SCHREIBTISCH UNFALLVERSICHERT?

Der Weg ins häusliche Büro ist ein Arbeitsweg und damit vom Versicherungsschutz der gesetzlichen Unfallversicherung gedeckt, wenn der Mitarbeitende im Homeoffice arbeitet. Dies hat das Bundessozialgericht am 8. Dezember 2021 (Az.: B 2 U 4/21 R) in einem Fall entschieden, in dem ein Mitarbeitender von seinem Schlafzimmer in sein Bürozimmer im eigenen Haus verunglückte. Das Bundessozialgericht teilte die Auffassung der Berufsgenossenschaft nicht, dass der Unfallversicherungsschutz im Homeoffice allenfalls im häuslichen Arbeitszimmer beginne. Schon der erstmalige morgendliche Weg dorthin sei als Betriebsweg versichert, wenn dies eine dem Unternehmen dienende Tätigkeit sei.

Dies ist konsequent angesichts des neuen § 28b

Abs. 4 IfSG: Dieser verpflichtet die Arbeitgeber unter bestimmten Voraussetzungen dazu, Arbeit im Homeoffice anzubieten, und die Arbeitnehmer müssen dieses Angebot grundsätzlich annehmen. Daher wird der Arbeitsweg in den häuslichen Bereich verlegt und muss richtigerweise vom Unfallversicherungsschutz gedeckt sein. Allerdings gilt dies nur für das erstmalige Aufsuchen des Homeoffice-Arbeitsplatzes.

FAZIT

► Im Homeoffice ist ein Mehr an Versicherungsschutz gegeben. Allerdings muss durch betriebliche Regelungen die Abgrenzung zwischen betrieblichen und privaten Tätigkeiten auch im Homeoffice soweit wie möglich geregelt sein.

Dr. Andrea Benkendorff

KRANKHEITSBEDINGTE KÜNDIGUNG - SONDERVERGÜTUNGEN ALS KÜNDIGUNGSRELEVANTE WIRTSCHAFTLICHE BELASTUNGEN?

Der Arbeitgeber kündigte einer langjährigen Mitarbeiterin im Juli 2018 ordentlich krankheitsbedingt, da die Mitarbeiterin im Jahr 2014 an 47 Arbeitstagen, in den Jahren 2015 und 2016 durchgehend, im Jahr 2017 an 112 Arbeitstagen und im Jahr 2018 (bis Juli) wiederum durchgehend arbeitsunfähig krank war. Er zahlte der Mitarbeiterin für 44 Krankheitstage im Jahr 2014 und 71 Krankheitstage im Jahr 2017 Entgeltfortzahlung. Für die Jahre 2015, 2016 und 2018 (bis Juli) musste er der Mitarbeiterin zwar keine Entgeltfortzahlung leisten, jedoch auf der Grundlage entsprechender Gesamt-/Betriebsvereinbarungen in den Jahren 2015 bis 2017 insgesamt ca. EUR 31.000,00 an Sondervergütungen gewähren (nämlich u.a. im Jahr 2015 Zuschüsse zum

Krankengeld i.H.v. EUR 3.317,47, in den Jahren 2015 bis 2017 jeweils ein Urlaubsgeld i.H.v. EUR 1.150,00 und ein Weihnachtsgeld i.H.v. durchschnittlich EUR 5.278,00 sowie ein Tankdeputat i.H.v. EUR 1.125,00 und für die Jahre 2015 und 2016 Boni i.H.v. insgesamt EUR 4.665,00). Der Arbeitgeber hielt diese wirtschaftlichen Belastungen für kündigungsrelevant. Zu Recht?

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist die Wirksamkeit einer auf krankheitsbedingte Fehlzeiten gestützten ordentlichen Kündigung stets in drei Stufen zu prüfen. Zunächst muss eine negative Gesundheitsprognose vorliegen. Im Kündigungszeitpunkt müssen objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis weiterer Erkrankung

gen im bisherigen Umfang befürchten lassen (erste Stufe). Die prognostizierten Fehlzeiten sind nur geeignet, eine krankheitsbedingte Kündigung zu rechtfertigen, wenn sie zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen (zweite Stufe). Diese kann in Betriebsablaufstörungen oder in erheblichen wirtschaftlichen Belastungen bestehen. Ist dies der Fall, ist im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung zu prüfen, ob die Beeinträchtigungen vom Arbeitgeber billigerweise nicht mehr hingenommen werden müssen (dritte Stufe).

Eine kündigungsrelevante wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers (Stufe 2) liegt vor, wenn prognostisch die zulasten des Arbeitnehmers zu berücksichtigenden Kosten jährlich insgesamt den Betrag übersteigen, der gemäß §§ 3, 4 EFZG als Entgeltfortzahlung für sechs Wochen geschuldet ist. Maßgeblich für die Beurteilung der zu erwartenden wirtschaftlichen Belastungen sollen vor allem die Entgeltfortzahlungskosten gemäß §§ 3, 4 EFZG in einem dreijährigen Referenzzeitraum sein, weil sie Ausdruck einer Störung des Synallagmas zwischen der Arbeitsleistung auf der einen und der vereinbarten Vergütung auf der anderen Seite sind.

Das Bundesarbeitsgericht entschied vor diesem Hintergrund in seinem Urteil vom 22. Juli 2021 (Az.: 2 AZR 125/21): Zuschüsse zum Krankengeld seien grundsätzlich nicht zulasten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Ihre Zahlung beruhe – anders als die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach §§ 3, 4 EFZG – nicht auf einer zwingenden gesetzlichen Verpflichtung. Der Arbeitgeber übernehme vielmehr mit der Zusage derartiger Zuschüsse »freiwillig« ein nach dem Gesetz dem Arbeitgeber zugewiesenes Risiko.

Auch Leistungen, mit denen ausschließlich erbrachte und/oder künftig erwartete Betriebstreue und nicht auch eine bestimmte Arbeitsleistung honoriert werden solle (z. B. vorliegend Urlaubs- Weihnachtsgeld, Tankdeputat), könnten nicht zulasten des

Arbeitnehmers berücksichtigt werden. Der mit diesen Leistungen vom Arbeitgeber verfolgte Zweck werde nämlich durch die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers nicht gestört.

Entsprechendes gelte schließlich auch für Leistungen, die der Arbeitgeber zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt gewähre (z.B. vorliegend Boni). Zwar führe die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers zu einer – teilweisen – Störung des Austauschverhältnisses, wenn die Leistungen nicht allein für den Bestand des Arbeitsverhältnisses, sondern auch für eine Arbeitsleistung im Bezugszeitraum gezahlt werden. Durch § 4a EFZG, nach dem Vereinbarungen über die Kürzung von Sondervergütungen auch für Zeiten der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit zulässig seien, sei allerdings eine abschließende Risikozuweisung erfolgt. Fehle es an einer Kürzungsregelung, habe der Arbeitgeber das Risiko der unverminderten Zahlung zu tragen.

Danach waren lediglich die in 2017 gezahlten Entgeltfortzahlungskosten zu Lasten der Mitarbeiterin zu berücksichtigen, die eine erhebliche wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers nicht darstellten. Das Bundesarbeitsgericht gab deswegen wie die Vorinstanzen der Kündigungsschutzklage der Mitarbeiterin statt.

FAZIT

- ▶ Auch hohe Sonderzahlungen können grundsätzlich keine Störung des Synallagmas zwischen der Arbeitsleistung und der Vergütung begründen. Sie stellen deswegen keine kündigungsrelevanten erheblichen wirtschaftlichen Belastungen des Arbeitgebers dar.
- ▶ Arbeitgeber sollten auch deswegen überlegen und prüfen, ob Sonderzahlungen vorgesehen werden sollen und diese ggf. für (langzeit-) erkrankte Arbeitnehmer ausgeschlossen oder reduziert werden können.

Frank Martin Thomsen

ANORDNUNG VON CORONA-SCHNELLTESTS – KÜNDIGUNG BEI VERWEIGERUNG?

Die Notwendigkeit der Durchführung von Corona-Schnelltests oder sogar PCR-Tests beim Aufsuchen der Arbeitsstelle bietet reichlich Konfliktpotenzial

zwischen Arbeitgebern und ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. Bereits vor Inkrafttreten der gesetzlichen Regelungen zu Testverpflichtungen und

der Pflicht des Arbeitgebers, Tests zur Verfügung zu stellen, hatte das Arbeitsgericht Offenbach (Urteil vom 3. Februar 2021 - Az.: 4 Ga 1/21) entschieden, dass eine Testpflicht wirksam auf Grundlage einer Betriebsvereinbarung angeordnet werden kann.

Dem hat sich das Landesarbeitsgericht München im Urteil vom 26. Oktober 2021 (Az.: 9 Sa 332/21) angeschlossen und eine Testpflicht auch ohne eine Betriebsvereinbarung als wirksam anerkannt – zumindest, sofern im Tarifvertrag eine Pflicht der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers zur Untersuchung seiner Gesundheit bei entsprechender Veranlassung vorgesehen ist.

Auf dieser Linie sollte – eine Erforderlichkeit und vorherige Interessenabwägung vorausgesetzt – aus unserer Sicht auch ohne eine tarifvertragliche oder arbeitsvertragliche Untersuchungspflicht innerhalb des Arbeitsverhältnisses und in betriebsratslosen Betrieben ohne eine Betriebsvereinbarung eine entsprechende Testpflicht wirksam angeordnet werden können. Wird die Testung dann verweigert, kann die Entgeltfortzahlung eingestellt und die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter unbezahlt freigestellt werden (so auch das LAG München im genannten Urteil). Daneben kann die Verweigerung der Durchführung der Tests auch einen schuldhaften Verstoß gegen die arbeitsvertraglichen Pflichten darstellen und damit –

zumindest im Wiederholungsfall – nach Ansicht des Arbeitsgerichts Hamburg im Urteil vom 24. November 2021 (Az.: 27 Ca 208/21) eine Kündigung rechtfertigen. Diese wird jedoch in der Regel eine vorherige Abmahnung erfordern.

FAZIT

- ▶ Sofern gesetzliche Regelungen oder das betriebliche Hygienekonzept die Durchführung von (Schnell-) Tests im Unternehmen erfordern, müssen diese mit dem Betriebsrat oder der Mitarbeitervertretung unter Beachtung der Mitbestimmungsrechte möglichst durch eine Betriebs- oder Dienstvereinbarung konkret vereinbart werden.
- ▶ Besteht kein Betriebsrat oder Mitarbeitervertretung, sollte die Anordnung der Tests unter Schilderung der Erforderlichkeit und unter detaillierter Darstellung des Verfahrens gegenüber den Mitarbeitern angewiesen werden. Bei Nichteinhaltung sollten die Mitarbeiter auf die Testpflicht hingewiesen und gegebenenfalls abgemahnt werden.
- ▶ Als weitere Sanktionierung stehen dann – auch abhängig von der Situation und der Interessenlage des Arbeitgebers – sowohl eine unbezahlte Freistellung als auch die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses zur Verfügung.

Kristian Glowe

BERÜCKSICHTIGUNG VON URLAUB FÜR DIE BERECHNUNG VON MEHRARBEITZUSCHLÄGEN

Der Europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 13. Januar 2022 (Rs. C-514/20) die Rechte von Zeitarbeitnehmern erheblich gestärkt. Nach diesem Urteil verstoßen Tarifregelungen, welche genommenen bezahlten Jahresurlaub bei der Berechnung, ob die Schwelle der zu einem Mehrarbeitszuschlag erforderlichen Arbeitszeit überschritten ist, nicht berücksichtigen, gegen EU-Recht.

Die Entscheidung erging aufgrund einer Vorlage des Bundesarbeitsgerichts an den Europäischen Gerichtshof. Das Bundesarbeitsgericht hat über einen Fall zu entscheiden, in dem es um die Auslegung der »geleisteten Stunden« als Maßstab für die Berechnung des Mehrarbeitszuschlags geht: Der Manteltarifvertrag für Zeitarbeit sieht vor, dass in Monaten mit 23

Arbeitstagen für Zeiten, die über 184 geleistete Stunden hinausgehen, ein Mehrarbeitszuschlag von 25 % gezahlt wird. Das Bundesarbeitsgericht geht davon aus, dass unter »geleisteten« Stunden nur tatsächlich erbrachte Arbeitsstunden fallen und somit Urlaubszeiten nicht zu berücksichtigen sind. Der klagende Arbeitnehmer war in Vollzeit als Zeitarbeitnehmer beschäftigt. Er fordert, dass seine 10 Urlaubstage im August 2017 bei der Berechnung der geleisteten Arbeitsstunden berücksichtigt werden. Er hatte an den ersten 13 Arbeitstagen im August 121,75 Stunden gearbeitet und die restlichen 10 Arbeitstage seinen bezahlten Jahresurlaub genommen, was 84,7 Arbeitsstunden entsprach. Würden die Urlaubstage berücksichtigt, hätte er im August 206,45 Stunden »geleis-

tet« und Anspruch auf den Mehrarbeitszuschlag. Das Bundesarbeitsgericht hatte Zweifel, ob die Tarifregelung, nach der Urlaubszeiten bei der Ermittlung des Mehrarbeitszuschlags unberücksichtigt bleiben, dem aus dem Unionsrecht folgenden Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub entgegensteht und legte die Sache dem Europäischen Gerichtshof vor.

Der Europäische Gerichtshof entschied, dass Regelungen in Tarifverträgen, nach denen der genommene bezahlte Jahresurlaub bei der Berechnung, ob die Schwelle der zu einem Mehrarbeitszuschlag berechtigenden Stundenzahl erreicht ist, nicht zu beachten ist, gegen EU-Recht verstoßen. Denn eine derartige Tarifregelung wäre geeignet, den Arbeitnehmer davon abzuhalten, in einem Monat, in dem er Überstunden gemacht hat, bezahlten Urlaub zu nehmen, um stattdessen den Mehrarbeitszuschlag zu erhalten. Das wiederum sei mit dem Ziel des Rechts auf bezahlten Jahresurlaub unvereinbar, denn danach soll der Arbeitnehmer Zeit zur Erholung haben, um seine Sicherheit und Gesundheit zu schützen. Jede Praxis oder Unterlassung des Arbeitgebers, die den Arbeitnehmer davon abhalten kann, seinen bezahlten Jahresurlaub in Anspruch zu nehmen, verstoße gegen dieses Ziel.

Ob die konkrete Regelung des Manteltarifver-

trags für Zeitarbeit dazu geeignet ist, den Arbeitnehmer davon abzuhalten, von seinem Recht auf bezahlten Jahresurlaub Gebrauch zu machen, hat nun das Bundesarbeitsgericht zu entscheiden. Aufgrund der klaren Aussage des Europäischen Gerichtshofs ist allerdings davon auszugehen, dass das Bundesarbeitsgericht die Regelung des Manteltarifvertrags als mit dem Unionsrecht unvereinbar ansehen wird.

FAZIT

► Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs betrifft keine zeitarbeitspezifische Frage. Auch Tarifverträge anderer Branchen dürften von der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs und von der zu erwartenden Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts betroffen sein, soweit sie auf »geleistete« Stunden zur Berechnung etwaiger Mehrarbeitszuschläge abstellen und die Stunden, die dem vom Arbeitnehmer in Anspruch genommenen Jahresurlaub entsprechen, nicht als geleistete Arbeitsstunden berücksichtigen. Dabei wird jedoch nur die dem gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch entsprechenden Stunden zu berücksichtigen sein, denn nur der Anspruch auf den Mindestjahresurlaub ist im Unionsrecht verankert.

Daniela Guhl

TARIFLOHN IN DER PFLEGE – AKTUELLES

Das Gesetz zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung (GWGV) beschäftigt auch weiterhin die rund 30.000 Pflegeeinrichtungen in Deutschland. Ab dem 1. September 2022 dürfen Versorgungsverträge nach der Neuregelung im SGB XI nur noch mit den Pflegeeinrichtungen geschlossen werden, die ihren Pflege- und Betreuungskräften Tariflohn zahlen. Die Einrichtungen müssen den für sie maßgeblichen Tarifvertrag in Kürze melden. Nach Auskunft auf der Webseite des GKV-Spitzenverbandes wird diese Mitteilung bis spätestens zum 31. März 2022 möglich sein. Pflegeeinrichtungen müssen deshalb jetzt handeln, damit der Abschluss eines Versorgungsvertrages wegen eines Verstoßes gegen die gesetzlichen Vorgaben zur Entlohnung nicht gefährdet wird. Dadurch kommt ein

erheblicher Aufwand zur Umsetzung der tariflichen Entlohnung auf die Einrichtungen zu: Sind sie noch nicht an einen Tarifvertrag oder an kirchliche Arbeitsrechtsregelungen gebunden, muss schnellstmöglich ein passendes Regelwerk gesucht und für die Zeit ab 1. September 2022 angewendet werden. In einigen Aspekten der genauen Ausgestaltung des Tariflohnes bestehen jedoch noch rechtliche Ungewissheiten. So wurde gegen die Regelungen im GVWG zum »Tariflohn« Verfassungsbeschwerde erhoben, sodass es möglich ist, dass die jetzige Gesetzesregelung aufgehoben bzw. angepasst wird. Auch ergibt sich aus der Gesetzesregelung selbst nicht, wie genau die Einrichtungen die Neuregelung gesetzeskonform umsetzen können. Glücklicherweise hat der Spitzenverband Bund der

Pflegekassen kürzlich die am 24. Januar 2022 beschlossenen und am 27. Januar 2022 vom Bundesministerium für Gesundheit im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales genehmigten Richtlinien - insbesondere zu den Verfahrens- und Prüfgrundsätzen für die Einhaltung der Vorgaben zum Tariflohn - veröffentlicht, auf die nun zurückgegriffen werden kann. Nach der gesetzlichen Regelung und diesen Richtlinien haben die Pflegeeinrichtungen drei Möglichkeiten: Sie können entweder selbst einem Arbeitgeberverband beitreten bzw. selbst einen Haustarifvertrag abschließen, um echte Tarifbindung zu erreichen. Sie können stattdessen auch eine Entlohnung mindestens entsprechend eines regional anwendbaren Tarifvertrags/kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen arbeitsvertraglich vereinbaren. Sie haben ferner die Möglichkeit, mindestens in Höhe des Durchschnitts aller Tariflöhne in der Region zu entlohnen

FAZIT

- Pflegeeinrichtungen sollten bei ihrer Entscheidung nicht nur auf die Kosten schauen. Vielmehr sollte das Marktumfeld schnellstmöglich bewertet werden: Was muss den Beschäftigten gezahlt werden, um sie zu halten? Ebenso maßgeblich für die zu treffende Wahl sollten der zu erwartende Verwaltungsaufwand und die Frage sein, wie gut sich das neue Regelungswerk in die bisherigen, oft jahrelang gewachsenen, eigenen Entgeltstrukturen einfügen lässt.
- Ist ein geeignetes Tarifwerk gefunden, ist zu überlegen, ob sich - sofern rechtlich möglich - der Beitritt in den betreffenden Arbeitgeberverband lohnt. Erfolgt das nicht und liegen keine besonderen Umstände vor, sollten bei der Umsetzung der Tarifbindung Gestaltungsspielräume so weit wie möglich offenbleiben. Es empfiehlt sich, hierzu ggf. Rechtsrat einzuholen.
- Pflegeeinrichtungen sollten die aktuellen Entwicklungen im Blick halten, um ggf. nachsteuern zu können.

Dr. Tina Lorenz und Karsten Matthieß

KURZARBEIT KÜRZT DEN URLAUBSANSPRUCH

In der Corona-Pandemie sind viele Betriebe in Kurzarbeit. Ob sich bei Kurzarbeit der Urlaubsanspruch der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ohne ausdrückliche Vereinbarung verringert, war bisher nicht höchstrichterlich geklärt. Nunmehr hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass bei einer einzelvertraglich vereinbarten Kurzarbeit Null der Urlaubsanspruch zu kürzen sei (Urteil vom 30. November 2021 - Az.: 9 AZR 225/21). Der Urlaubsanspruch ist unter Berücksichtigung der aufgrund der Kurzarbeit ausfallenden Arbeitstage neu zu berechnen. In einer Parallelentscheidung vom gleichen Tage

hatte das Bundesarbeitsgericht ebenso zu Kurzarbeit entschieden, die durch Betriebsvereinbarung eingeführt wurde. Die Neuberechnung erfolgt nach identischer Formel wie die Berechnung von Urlaub bei ungleichmäßig verteilter Arbeitszeit.

FAZIT

- Bei einer wirksam eingeführten Kurzarbeit Null verringert sich der Urlaubsanspruch für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer entsprechend, dies auch ohne eine ausdrückliche Vereinbarung dazu.

Karsten Matthieß

BEHÖRDLICHE SCHLISSUNGSANORDNUNG IST KEIN VOM ARBEITGEBER ZU TRAGENDES BETRIEBSRISIKO

In der Pandemie stellte sich vielen Unternehmen die Frage, ob sie bei behördlich angeordneten Betriebsschließungen das Entgelt an die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer weiterzahlen müssen. Die Meinungen dazu waren nicht einheitlich. In vie-

len FAQ war zu lesen, dass eine solche Schließung ein Risiko ist, das vom Arbeitgeber zu tragen sei. Nunmehr hat das Bundesarbeitsgericht dazu entschieden und klargestellt, dass die Schließung kein Risiko des Arbeitgebers sei (Urteil vom 13. Oktober

2021 – Az.: 5 AZR 211/21). In der Pandemie realisierte sich kein Risiko eines bestimmten Betriebs. Die Schließung sei vielmehr eine Maßnahme zur Abwehr einer Gefahrenlage für die gesamte Gesellschaft. Daher bestand keine Vergütungspflicht für Arbeitnehmer, die wegen einer behördlich angeordneten Betriebsschließung nicht beschäftigt werden konnten. Der amtliche Leitsatz der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts sei in der Deutlichkeit hier zitiert:

Die im Rahmen eines allgemeinen »Lockdowns« zur Bekämpfung der Corona-Pandemie staatlich verfügte vorübergehende

de Betriebsschließung ist kein Fall des vom Arbeitgeber nach § 615 Satz 3 BGB zu tragenden Betriebsrisikos.

FAZIT

- ▶ Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben keinen Vergütungsanspruch für Zeiten einer behördlich angeordneten Betriebsschließung zur Pandemieabwehr, wenn sie deswegen nicht beschäftigt werden können.
- ▶ In der Pandemie verwirklicht sich kein betriebsspezifisches Risiko, das die Arbeitgeber zu tragen haben.

Karsten Mattheiß

VORSICHT BEI DER DIGITALEN BEREITSTELLUNG VON ENTGELTABRECHNUNGEN

In der Arbeitswelt 4.0 nimmt die Digitalisierung des Arbeitsverhältnisses immer mehr zu. Immer mehr Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sind im Homeoffice tätig, Videokonferenzen sind alltäglich geworden und das »papierlose Büro« hält immer mehr Einzug. Im Zuge dieser Digitalisierung gehen Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber auch verstärkt dazu über, die monatlichen Entgeltabrechnungen nicht mehr in Papierform, sondern digital zur Verfügung zu stellen. Doch was ist hierbei rechtlich zu beachten?

Die Pflicht zur Erteilung einer Entgeltabrechnung folgt aus § 108 GewO, der eine Erteilung in Textform genügen lässt. Das Landesarbeitsgericht Hamm hat sich in seinem Urteil vom 23. September 2021 (Az.: 2 Sa 179/21) mit der Zurverfügungstellung der Entgeltabrechnung in einem Online-Portal und dem Zugang bei der Mitarbeiterin oder dem Mitarbeiter auseinandergesetzt. Im entschiedenen Fall stellte der Arbeitgeber seinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern die jeweilige Entgeltabrechnung in einem eigenen Online-Portal zur Verfügung. Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter konnten sowohl von ihren privaten PCs als auch über ein vom Arbeitgeber bereitgestelltes Terminal auf dieses Portal zugreifen und sich die Abrechnungen abspeichern oder ausdrucken.

Das Landesarbeitsgericht kam zu dem Schluss, dass das Bereitstellen der Entgeltabrechnung auf der

Online-Plattform dem Textformerfordernis genügt, da es sich um eine lesbare Erklärung des Arbeitgebers handelt, die auf einem dauerhaften Datenträger wiedergegeben und bei Bedarf ausgedruckt oder gespeichert werden kann. Insbesondere sei § 108 GewO nicht so zu lesen, dass er ausschließlich Papierform vorsehe.

Die Abrechnung muss der Mitarbeiterin oder dem Mitarbeiter jedoch darüber hinaus zugehen. Ein Zugang der Abrechnung in elektronischer Form ist aber nur möglich, wenn die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter dieser Art des Zugangs ausdrücklich zugestimmt haben. Im vom Landesarbeitsgericht entschiedenen Fall fehlte es an der Zustimmung - der Mitarbeiter hatte der elektronischen Form sogar ausdrücklich widersprochen -, sodass der Arbeitgeber zur (nochmaligen) Entgeltabrechnung verurteilt wurde.

FAZIT

- ▶ Arbeitgeber können die Entgeltabrechnungen grundsätzlich auch in digitaler Form bereitstellen, eine Papierform ist nicht zwingend.
- ▶ Eine elektronische Entgeltabrechnung geht den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern nur dann wirksam zu, wenn sie zuvor in die elektronische Bereitstellung eingewilligt haben.

Anne Kiesewalter, LL.M.

INTERNATIONALER STANDARD FÜR LÖSCHKONZEPTE: ISO/IEC 27555

Personenbezogene Daten unterliegen einer Löschpflicht. Nach ihrer Erhebung und Speicherung erreichen sie den Punkt, an dem der Zweck ihrer Erhebung (»end of purpose«) erreicht wird. Ggf. kann über diesen Punkt hinaus eine Pflicht oder ein Recht des Verantwortlichen bestehen, die Daten zu speichern. Wenn aber keiner der Ausnahmetatbestände nach Art. 17 Abs. 3 DS-GVO greift, endet die sog. Vorhaltefrist. Nach Ablauf einer zusätzlichen (kurzen) Selektionsfrist müssen die Daten gelöscht werden.

Zur Erfüllung dieser Löschpflicht wird sinnvollerweise ein Löschkonzept erstellt, das insbesondere die Festlegung von Löschrregeln enthält (Wie lange werden welche Daten gespeichert bzw. wie wird die Frist festgelegt?) sowie Vorgaben für deren Umsetzung (Wie wird konkret wo gelöscht und dokumentiert?). Hierfür greift man in Deutschland üblicherweise auf die DIN-Norm 66398 zurück, die auf Basis der Erkenntnisse im Toll-Collect-Projekt entstand. In internationalen Konzernen mit zentraler Datenschutzverwaltung im EU-Ausland besteht hierbei das Problem, dass ggf. die Bereitschaft, sich nach einer deutschen DIN-Norm zu orientieren, nicht sehr ausgeprägt ist; Abstimmungsschwierigkeiten sind häufig.

Nach langen Beratungen ist nun im Oktober 2021 der Standard ISO/IEC 27555:2021 mit dem Titel »Information security, cybersecurity and privacy protection – Guidelines on personally identifiable information deletion« von der International Standardisation Organisation (ISO) veröffentlicht worden, die maßgeblich auf der DIN-Norm 66398 beruht. Aktuell wird geprüft, ob die DIN vor dem Hintergrund der internationalen Geltung der ISO-Norm zurückgezogen werden kann.

Allerdings gibt es Unterschiede zwischen DIN-Norm 66398 und ISO/IEC 27555:

- Das ISO/IEC-Dokument ist um mehr als 50 % kürzer. Insbesondere sind aus Zeitgründen vier Anhänge entfallen, die ergänzende praxisrelevante Hinweise für Löschkonzepte geben.
- Der Begriff »Löschen« wird aufgeweicht. Statt »sicherem Löschen« reicht nach ISO eine solche Veränderung des personenbezogenen Datums, dass es nur mit »unverhältnismäßigen Aufwand« wieder hergestellt werden kann. Damit nimmt man Rücksicht auf den Umstand, dass in Anwendungen vielfach gar keine Möglichkeiten angeboten werden, Daten effizient zu überschreiben. Inwieweit dies mit den Maßgaben der DS-GVO übereinstimmt, bleibt abzuwarten.
- Die Vorgehensweise für »Backups«, die typischerweise verschiedene Datenarten mit unterschiedlichen Löschrfristen enthalten, ist klarer herausgearbeitet. Backups sind weiter unabhängig von den Datenarten und unterliegen eigenen Löschrfristen.
- Die Bezüge zu datenschutzrechtlichen Vorgaben inkl. DS-GVO sind wegen der internationalen Anwendung auf Länder mit unterschiedlichen Datenschutzregelungen reduziert bzw. in unverbindliche Anmerkungen verschoben worden.

FAZIT

- Die Umsetzung von Datenschutzkonzepten in internationalen Konzernen wird durch die neue ISO/IEC 27555 erleichtert.
- Auch bei Erfüllen der Vorgaben der ISO/IEC 27555 sollten zusätzlich die Anforderungen der DS-GVO, ggf. im Lichte aktueller Rechtsprechung, hinsichtlich der Anforderungen an sicheres Löschen beachtet werden.

Dierk Schlosshan

ANGABEN VON (KUNDEN-)REFERENZEN NICHT IMMER ZULÄSSIG

Unternehmen nutzen häufig die Möglichkeit, im Rahmen ihres Marketings, Kunden oder Kooperationspartner als Referenz anzugeben, um ihre Erfahrungen und Branchenkenntnis zu dokumentieren. In einem aktuellen Fall hatte das Landgericht Bielefeld

(Urteil vom 23. November 2021 – Az.: 15 O 104/20) zu entscheiden, ob und unter welchen Umständen ein Dienstleister mit der Benennung seiner Kunden auf der Webseite werben darf.

In dem durch das Gericht zu entscheidenden

Fall hatte eine als Rednerin, Autorin sowie Coach tätige Unternehmerin im Rahmen ihrer Referenzen einen deutschen Versicherungskonzern sowie verschiedene Tochterunternehmungen des Konzerns als Referenz angegeben. Von den insoweit in dem Klageverfahren auftretenden drei Klägern hatten jedoch alle Unternehmen bestritten, dass die Beklagte für sie tätig gewesen sei. Sie nahmen daher die Beklagte auf Unterlassung der Referenzangabe auf der Homepage in Anspruch.

Das Gericht prüfte unter dem Gesichtspunkt des so genannten Unternehmenspersönlichkeitsrechtes, ob den Klägern tatsächlich der Anspruch zusteht, der Beklagten die Namensnennung auf der Homepage zu untersagen. Denn im Rahmen des Unternehmenspersönlichkeitsrechts können Unternehmen ein schutzwürdiges Interesse daran haben, nicht als Kunden oder Referenz für Dritte zu dienen, da sie im Rahmen ihrer sog. Sozialsphäre selbst entscheiden sollen, für welche Zwecke der Unternehmensname angegeben wird.

Allerdings setzt eine rechtswidrige Verletzung des Unternehmenspersönlichkeitsrechtes auch voraus, dass eine umfassende Güter- und Interessenabwägung erfolgt, innerhalb derer stets berechnete Belange des Anspruchsgegners zu berücksichtigen sind. Es darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Angabe von Referenzen und Kunden generell von der Berufsfreiheit geschützt ist. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass das Unternehmen, welches sich auf die Referenz stützt, tatsächlich eine konkrete Tätigkeit für das als Referenz genutzte Unternehmen nachweisen kann. Dies gelang der Beklagten in dem vom Landgericht Bielefeld entschiedenen Fall allerdings nicht. Sie konnte nur für ein Unternehmen eine Zusammenarbeit belegen. Im Hinblick auf die ande-

ren Unternehmen hatte sie dargelegt, aufgrund der zwischenzeitlich verstrichenen Zeit entsprechende Belege vernichtet zu haben.

Das Gericht verurteilte die Beklagte folgerichtig, die Referenzen für die beiden anderen Klägerinnen aus der Werbung zu nehmen sowie die Angaben von der Homepage zu entfernen. Die Beklagte musste zudem einen Großteil der entstandenen Prozesskosten sowie dem Prozess vorausgegangen Abmahnkosten zahlen.

Nicht entscheidungserheblich aber in vergleichbaren Fällen häufig relevant, war die Frage der Aufmachung der Referenzangabe. In diesem Zusammenhang kommen z. B. wettbewerbsrechtliche Ansprüche in Betracht, wenn die Referenzangabe auch in inhaltlicher Hinsicht zu Irreführungen führt, etwa weil mit der Angabe eine umfassendere Tätigkeit suggeriert wurde, als sie tatsächlich vorlag.

FAZIT

- ▶ Referenzangaben zu Kunden oder Kooperationspartnern dürfen im Marketing nur dann erfolgen, wenn tatsächlich eine Vertragsbeziehung oder Zusammenarbeit bestand.
- ▶ Da die Frage nach der Richtigkeit der Referenz unter Umständen erst Jahre nach der Zusammenarbeit in Streit gerät, sollten Unternehmen Dokumente, die die Zusammenarbeit belegen, auch ggf. über die zehnjährige Aufbewahrungsfrist aufheben.
- ▶ Selbst wenn eine Zusammenarbeit oder Kooperation belegt werden kann, kann auch die Art und Weise der Darstellung der Referenz wettbewerbswidrig sein, so dass im Einzelfall die Zulässigkeit zu überprüfen ist.

Dr. Daniel Schöneich

AUS FÜR GOOGLE-FONTS? – URTEIL DES LANDGERICHTS MÜNCHEN VOM 20. JANUAR 2022

Der Einsatz von sog. Google-Fonts auf deutschen Websites ist beliebt. Google stellt als kostenlosen Service über 1300 verschiedene Fonts, d.h. Schriftarten zur Verfügung, die bei Aufruf des Webserver dynamisch an den Browser des Nutzers ausgeliefert werden und die fertige Website entstehen lassen. Dabei gelangt die IP-Adresse des Besuchers letztendlich auch an Google-

Server in den USA, da dort die Fonts gehostet und an die IP-Adresse ausgeliefert werden.

Nachdem schon lange feststand, dass IP-Adressen personenbezogene Daten sind, war umstritten, auf welcher Rechtsgrundlage diese Datenübermittlung inhaltlich geschehen kann und wie man insbesondere rechtfertigt, dass die IP-Adressen in die USA

übermittelt werden, einem (nach Aufhebung des Privacy Shield Abkommens durch die Schrems II-Entscheidung des EuGH) unsicheren Drittland.

Das Landgericht München stellt nun klar (Az.: 3 O 17493/20), dass eine gesetzliche Grundlage in Form des überwiegenden berechtigten Interesses des Website-Betreibers an der optimalen Darstellung der Website nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO ausschied, weil Google Fonts auch genutzt werden können, »ohne dass beim Aufruf der Website eine Verbindung zu einem Google-Server hergestellt wird und eine Übertragung der IP-Adresse der Webseitenutzer an Google stattfindet«. Gemeint ist, dass Google-Fonts (mit einigem Aufwand) auch lokal vom Website-Betreiber selbst gespeichert werden können, sodass der Request des Browsers nicht an Google weitergeleitet werden muss, sondern selbst bedient werden kann. Auch stellt das Landgericht lapidar fest, dass ein angemessenes Datenschutzniveau im Rahmen der Übermittlung in die USA nicht gegeben war. Im entschiedenen Fall bejahte das Gericht vor diesem Hintergrund einen Unterlassungsanspruch sowie einen Anspruch auf Ersatz von immateriellem Schaden in Höhe von EUR 100,00 nach Art. 82 Abs. 1 DS-GVO.

Das Urteil hat Relevanz für eine Vielzahl von Website-Betreibern. Eine alternative Rechtsgrundlage für die webbasierte Nutzung von Google-Fonts ist kaum denkbar. Insbesondere scheidet eine Einwilligung aus, weil die Fonts schon ausgeliefert werden, bevor ein etwaiger Einwilligungs-Cookie erscheint. Gleiches gilt für die Übermittlung der IP-Adresse in die USA - ob hier eine Einwilligung ausreicht, ist ohnehin fraglich.

Es besteht dringender Handlungsbedarf. Ein Unterlassungsanspruch kann durch Abmahnung von Wettbewerbern und Website-Nutzern anwaltlich durchgesetzt werden, die Rechtsanwaltskosten müssen erstattet werden. Ein Schadensersatz in Höhe von EUR 100,00 scheint nicht hoch, kann allerdings auch höher ausfallen, da es im Ermessen jedes Richters steht, die Höhe festzulegen. Vor allem aber hat jeder einzelne Website-Nutzer Anspruch auf Schadensersatz, so dass die kumulierten Ansprüche große Belastungen nach sich ziehen können. Schließlich wird das Urteil auch das Interesse der Datenschutzaufsichtsbehörden finden, die mit ähnlicher Argumentation einen Datenschutzverstoß feststellen und ein Bußgeld verhängen können.

Als Alternative bleibt wohl nur die von verschiedenen Webagenturen angebotene lokale Einbindung der Fonts, die deutlich mühsamer und weniger flexibel ist.

FAZIT

- Die webbasierte Nutzung des Google-Fonts-Dienstes ist in Zukunft mit noch größeren datenschutzrechtlichen Risiken verbunden. Es drohen neben Ansprüchen auf Erstattung von Rechtsanwaltskosten in Verbindung mit Unterlassungsansprüchen auch zahlreiche Schadensersatzforderungen sowie Bußgelder der Aufsichtsbehörden.
- Einzige Möglichkeit der Abhilfe scheint die Nutzung von lokal (auf eigenen Servern) eingebundenen Schriftarten - ohne die Bequemlichkeiten von Google-Fonts.

Dierk Schlosshan

»ALLE COOKIES ABLEHNEN«: NEUE VORGABEN FÜR COOKIE-BANNER

Bekanntlich müssen Nutzer in das Setzen von Cookies und die damit zusammenhängende Datenverarbeitung einwilligen, soweit diese nicht für den Betrieb der Webseite notwendig sind. Dies ergibt sich zum einen aus der DS-GVO, zum anderen aus der sog. Cookie-Richtlinie, die dies unabhängig vom Personenbezug der Cookies fordert. Letztere gilt nicht unmittelbar, sondern muss in nationales Recht umgesetzt werden. Während man die Umsetzung bisher in die alte

Fassung des Telemediengesetzes hineininterpretierte, hat man klarstellend ab dem 1. Dezember 2021 mit dem Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz (TTDSG) eine neue Umsetzung und Rechtsgrundlage geschaffen (§ 25 TTDSG).

Die DSK nimmt dies zum Anlass, in einer neuen »Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieterinnen und Anbieter von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021 (OH Telemedien 2021)« vom

20. Dezember 2020 die Anforderungen an eine wirksame Cookie-Einwilligung zu wiederholen. Die DSK ergänzt diese Anforderungen (neu) um die Anforderung, dass im Rahmen der Einholung der Einwilligung kein Benutzerschnittstellen-Design verwendet werden darf, das den Benutzer zu Handlungen verleiten soll, die dessen Interessen entgegenlaufen (üblicherweise als »Dark Pattern« bezeichnet). Eine freie Wahlmöglichkeit und damit eine wirksame Einwilligung liege nicht vor, wenn »...Nutzenden nur zwei Handlungsmöglichkeiten zur Auswahl gestellt werden, die nicht gleich schnell zu dem Ziel führen, den Telemediendienst nutzen zu können. Hierbei wird ihnen einerseits eine Schaltfläche zum »Alles Akzeptieren« angezeigt, andererseits eine Schaltfläche mit Bezeichnungen wie »Einstellungen«, »Weitere Informationen« oder »Details.« Gefordert wird mit anderen Worten eine einfache Abwahlmöglichkeit auf der ersten Ebene, etwa mit der Aufschrift »alle nicht-notwendigen Cookies ablehnen« oder ähnlich.

Dieser Fokus scheint auf europäischer Ebene abgestimmt worden zu sein: Die französische Aufsichtsbehörde hat gegen Google und Facebook Ende letzten Jahres Bußgelder wegen eines Dark-Pattern-Verstoßes im Rahmen der Cookie-Einwilligung in

Höhe von insgesamt EUR 210 Millionen verhängt. Die dänische Aufsichtsbehörde ist schon im Jahre 2020 hiergegen vorgegangen.

Unternehmen müssen daher ihre Webseiten daraufhin überprüfen, ob die dort eingesetzten Popups oder Banner, mit denen eine Einwilligung für das Setzen von nicht notwendigen (insbesondere Tracking-) Cookies eingeholt wird, diesen Vorgaben entsprechen. Ggf. muss ergänzend zu dem Button »Alle annehmen« und »Einstellungen« noch ein weitere Button »Alle nichtnotwendigen Cookies ablehnen« in gleicher Größe ergänzt werden.

FAZIT

► Aufsichtsbehörden fordern im Rahmen der Einwilligung in nichtnotwendige Cookies auf Basis der neuen Rechtsgrundlage in § 25 TTDSG eine einfache Abwahlmöglichkeit, z. B. durch Ergänzung eines weiteren Buttons mit dem Text »Alle nichtnotwendigen Cookies ablehnen«.

► Die Vorgaben sind ernst zu nehmen. Die Aufsichtsbehörden scheinen gewillt, Cookie-Banner, die diesen Anforderungen nicht genügen, mit Bußgeldbescheiden zu ahnden.

Dierk Schlosshan

Medizin- und Sozialrecht

ÜBERNAHME DER KOSTEN DER UNTERKUNFT OBERHALB DER ANGEMESSENHEITSGRENZE VON 125 % IN EINRICHTUNGEN FÜR MENSCHEN MIT BEHINDERUNG

Mit dem neuen Bundesteilhabegesetz (BTHG) wurden die Fachleistungen der Eingliederungshilfe und die Leistungen für den Lebensunterhalt aus der bisherigen Gesamtleistung herausgelöst. Für die Kosten der Unterkunft sind nunmehr die Angemessenheitsgrenze (100 %) sowie die obere Angemessenheitsgrenze (125 %) maßgeblich. Die 100%-Grenze entspricht hierbei der vom zuständigen Träger der Sozialhilfe (in Sachsen: Sozialamt) festgesetzten durchschnittlichen Warmmiete. Liegen die Voraussetzungen vor, hat das Sozialamt die Kosten der Unterkunft bis zur oberen Angemessenheitsgrenze und der Träger der Eingliederungshilfe (in Sachsen: KSV) die übersteigenden Kosten zu übernehmen. Nach

ersten Praxiserfahrungen akzeptiert der KSV dies teilweise nicht und lehnt eine Kostenübernahme ab.

Dies sollte nicht hingenommen werden. Denn die Leistungserbringer haben mit Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung mit dem KSV einen direkten Vergütungsanspruch für die 125%-Grenze übersteigenden Kosten der Unterkunft. Diese Vereinbarung muss den aktuellen Vergütungsbedarf und die geänderten Kostenübernahmevoraussetzungen sachgerecht wiedergeben. Dabei ist die Angemessenheitsgrenze eine von den Vereinbarungspartnern nicht zu beeinflussende Größe. Ferner ändern sich die für die Kosten der Unterkunft maßgeblichen Bezugsgrößen stetig (z. B.

steigende Energiekosten, Nebenrechnung der maßgeblichen durchschnittlichen Warmmiete). Neben erheblichen finanziellen Risiken birgt der Abschluss einer unzureichenden Vergütungsvereinbarung für die Leistungserbringer die Gefahr einer persönlichen Haftung der Leistungsorgane (siehe hierzu unser gesellschaftsrechtlicher Artikel auf Seite 8).

Zwar können die Leistungserbringer versuchen, das Kostenrisiko vertraglich auf die Bewohner zu verlagern. Dies ist sorgsam zu gestalten. Mit Blick auf den gesetzgeberischen Zweck ist eine solche Kostenverlagerung wohl als unzulässig zu bewerten sowie ungeachtet dessen auch unbefriedigend. Eine interessengerechte Gesamtlösung bedarf daher einer ggf. konzertierten Verhandlung mit dem KSV.

FAZIT

- ▶ Die Verpflichtung zur Übernahme der Kosten der Unterkunft durch das Sozialamt bzw. den KSV wurde durch das BTHG neu geregelt.
- ▶ Die Leistungserbringer haben einen direkten Vergütungsanspruch gegen den KSV für die obere Angemessenheitsgrenze von 125 % übersteigende Kosten der Unterkunft, soweit eine ausreichende Vergütungsvereinbarung geschlossen wurde. Um finanzielle Risiken und Haftungsgefahren auszuschließen sollten Vergütungsvereinbarungen angepasst werden.
- ▶ Eine individuelle Klärung der Kostenablehnung einzelner Leistungserbringer erscheint für eine sach- und interessengerechte Gesamtlösung nicht zielführend. Erfolgversprechend wäre ein gemeinsames Vorgehen ggf. auch der Spitzenverbände.

Diana Anhuth/Anita Wehnert

Vergaberecht

WENN DER ANGEBOTSPREIS ZU NIEDRIG IST!

In Zeiten knapper Kassen und mangelndem Wettbewerb sind öffentliche Auftraggeber erfreut, wenn das Ergebnis einer Ausschreibung preislich besonders günstig ist. Allerdings hat der Gesetzgeber vor der Erteilung des Zuschlages die Preisprüfung gesetzt. Gemäß § 60 Abs. 1 VgV und § 16 d EU Abs. 1 VOB/A sind öffentliche Auftraggeber verpflichtet, vom Bieter Aufklärung zu verlangen, wenn die Kosten seines Angebotes im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig erscheinen. Als Bezugsmaßstab, ob ein Angebotspreis ungewöhnlich niedrig ist, kann entweder die Kostenschätzung des öffentlichen Auftraggebers oder die vergleichbaren Angebotspreise der anderen Bieter im Vergabeverfahren herangezogen werden. Hierbei ist allgemein anerkannt, dass in den Fällen, in denen der Abstand zwischen dem Angebot des bestplatzierten und dem Angebot des zweitplatzierten Bieters mehr als 20 % beträgt, der öffentliche Auftraggeber verpflichtet ist, in die Prüfung der Preisbildung einzutreten.

Allerdings sind die öffentlichen Auftraggeber nicht nur formal zur Durchführung einer Preisprüfung verpflichtet, sondern auch gehalten,

diese »richtig« durchzuführen. Die VK Bund hat in ihrem Beschluss vom 15. November 2021 die Gelegenheit wahrgenommen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen einer ordnungsgemäßen Preisprüfung näher zu konkretisieren. Im zu entscheidenden Sachverhalt lag die Preisabweichung des Angebotes des bestplatzierten zu dem des zweitplatzierten Bieters bei circa 35 %. Daher hatte der öffentliche Auftraggeber im Hinblick auf den festgestellten Preisabstand den bestplatzierten Bieter zur Erläuterung seiner Angebotspreise aufgefordert. Nach Auffassung der VK Bund hätte sich der Auftraggeber jedoch mit den eingereichten Erläuterungen nicht zufrieden geben dürfen. Vielmehr ist eine Aufklärung nicht zufriedenstellend, wenn sie trotz pflichtgemäßer Anstrengung des öffentlichen Auftraggebers keine gesicherte Tatsachengrundlage für die Feststellung bietet, das Angebot sei entweder angemessen oder der Bieter sei im Falle eines Unterkostenangebotes wettbewerbskonform in der Lage den Vertrag ordnungsgemäß durchzuführen. Die ordnungsgemäße Aufklärung der Angebotspreise erfordert eine konkrete Auseinandersetzung mit den Angaben des Bieters im Sinne einer

Überprüfung. Im Rahmen dieser Prüfung hat sich der Auftraggeber auch damit auseinanderzusetzen, ob die angegebenen Leistungsansätze in der Kalkulation des Bestbieters in Bezug auf Personal und Geräte im Hinblick auf die ausgeschriebene Menge realistisch ist. Mit reinen pauschalen Angaben des Bieters darf sich der Auftraggeber nicht zufrieden geben. Die bloße ungeprüfte Übernahme der Äußerungen des Bestbieters aus seinem Aufklärungsschreiben in die Vergabeakte ohne eigene Bewertung durch den Auftraggeber genügt nicht. Nach Auffassung der VK Bund ist daher den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Preisprüfung in dem Vergabeverfahren nicht genüge getan worden. Die VK Bund hat den Auftraggeber folgerichtig verpflichtet, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsfassung der Vergabekammer zurückzusetzen. Bei der erneuten Bewertung der eingegangenen Angebote ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, die Preisprüfung ordnungsgemäß durchzuführen. In der Entscheidung hat die VK Bund zudem darauf hingewiesen, dass der öffentliche Auftraggeber auch während des Nachprüfungsverfahrens keine weiteren Aufklärungsversuche unternommen hat, um seine Entscheidung einschließlich seiner Ermessens-

erwägungen nachvollziehbar der Vergabekammer zu erläutern oder (nach) zu dokumentieren. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass es die VK Bund akzeptiert hätte, wenn der Auftraggeber im Nachprüfungsverfahren ergänzend und erläuternd zur Preisprüfung vorgetragen hätte. Von dieser Chance hat der Auftraggeber jedoch keinen Gebrauch gemacht, sondern ist vielmehr bei seiner Auffassung geblieben, dass die Vorlage der rein rechnerisch richtigen Urkalkulation durch den Bestbieter ausreiche.

FAZIT

- ▶ Gemäß § 60 Abs. 1 VgV und § 16 d EU Abs. 1 VOB/A sind öffentliche Auftraggeber verpflichtet, in die Prüfung der Preisbildung einzutreten, wenn der Abstand zwischen dem Angebot des bestplatzierten und dem Angebot des zweitplatzierten Bieters mehr als 20 % beträgt.
- ▶ Die öffentlichen Auftraggeber sind verpflichtet, die Angaben des Bieters gründlich zu überprüfen und zu werten.
- ▶ Die Prüfung der Preise kann grundsätzlich auch während eines laufenden Nachprüfungsverfahrens nachgeholt werden.

Dr. Ludger Meuten

WENN DER AUFTRAGGEBER ZUGLEICH BIETER IST

Zu den ehernen Grundsätzen des Vergaberechts zählt, dass öffentliche Aufträge und Konzessionen im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben werden. Ergänzend bestimmt § 97 Abs. 2 GWB, dass alle Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln sind. Diese Regelungen verpflichten die Auftraggeber sicherzustellen, dass kein Bieter über ein »Mehr« an Informationen verfügt als die Mitbewerber und Mitbewerberinnen. Folgerichtig besteht die Verpflichtung zur Wahrung der Vertraulichkeit vor, während und auch noch nach Abschluss des Vergabeverfahrens. Diese an und für sich selbstverständlichen Vorgaben stellen öffentliche Auftraggeber jedoch vor erhebliche Herausforderungen, wenn die Kommune nicht nur als Auftraggeber auftritt, sondern sich - beispielsweise über eine kommunale Eigengesellschaft - auch um den aus-

geschriebenen Auftrag bemüht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass weder die vergaberechtlichen noch die kommunalrechtlichen Regelungen Beteiligungsverbote zulasten der öffentlichen Hand vorsehen. Im klassischen Vergaberecht löst § 6 Abs. 1 VgV das Spannungsverhältnis dahingehend, dass Organmitglieder oder Mitarbeiter des öffentlichen Auftraggebers, bei denen ein Interessenkonflikt besteht, in einem Vergabeverfahren nicht mitwirken dürfen. Ein Interessenkonflikt besteht bereits dann, wenn die Person, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt ist und Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens nehmen kann, ein direktes oder indirektes finanzielles, wirtschaftliches oder persönliches Interesse hat, das ihre Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte. Dabei wird das Vorliegen eines solchen Interessenkonflik-

tes vermutet, wenn z. B. das Organmitglied bzw. der Mitarbeiter des öffentlichen Auftraggebers bei dem Bewerber oder Bieter gegen Entgelt beschäftigt sind oder als Mitglied des Vorstandes, Aufsichtsrates oder eines gleichartigen Organes tätig sind.

Für die Vergabe eines kommunalen Wegenetzes zur leitungsgebundenen Energieversorgung hat der Bundesgerichtshof mit seinem Urteil vom 12. Oktober 2021 einige grundlegende Aussagen dazu getroffen, wie Vergabestellen den Vorwurf bestehender Interessenskollisionen bereits im Vorfeld ausräumen können. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Vergabe kommunaler Wegenetze nach dem Energiewirtschaftsgesetz den vergaberechtlichen Bestimmungen des §§ 97 ff. GWB nicht unterfällt, sondern in § 46 EnWG eigenständige Regelungen zur Vergabe vorgesehen sind, die von den Regelungen der §§ 97 ff. GWB und der VgV abweichen. Insbesondere die Anforderungen zur Vermeidung von Interessenskollisionen sind in § 46 EnWG - gemessen an dem Maßstab des Bundesgerichtshofes - strenger als die einschlägigen Bestimmungen in § 6 VgV. Aber auch hier gilt, dass wer die strengeren Regeln beachtet und einhält, dann auch ohne weiteres den Vorgaben des § 6 VgV genüge tut.

Der Bundesgerichtshof hat in der zitierten Entscheidung ausgeführt, dass zur Wahrung der Neutralität und zur Vermeidung von Interessenkonflikten eine organisatorische und personelle Trennung von Vergabestelle und Bewerber angezeigt ist. Die Trennung kann erfolgen, indem die Gemeinde die Durchführung der Vergabe einer Stelle zuweist, die personell und organisatorisch vollständig eine von der Eigenge-

sellschaft getrennter Einheit der Gemeindeverwaltung darstellt. Eine solche vollständige Trennung erfordert eine Organisationsstruktur, die sicherstellt, dass ein Informationsaustausch zwischen den für die Vergabestelle und den für die Eigengesellschaft handelnden Personen nur innerhalb des hierfür vorgesehenen Vergabeverfahrens erfolgt. Auf diese Weise wird bereits der »böse Schein« der mangelnden Objektivität ausgeräumt. Weiterhin hat der Bundesgerichtshof darauf hingewiesen, dass es nicht erforderlich ist, eine konkrete Doppelbefassung von Mitarbeitern der Eigengesellschaft oder der Vergabestelle nachzuweisen. Dies ist konsequent, da die Vermutungsregelung des § 6 Abs. 3 VgV von der Vergabestelle zu widerlegen ist.

FAZIT

- ▶ Das Vergabeverfahren wird unter anderem von den Grundsätzen der Neutralität und Objektivität geprägt. Daraus folgt, dass keine Person zugleich für die Vergabestelle und für einen Bieter tätig sein darf.
- ▶ Weder vergaberechtlich noch kommunalrechtlich sind Kommunen grundsätzlich gehindert, sich mit Eigengesellschaften an Ausschreibungsverfahren zu beteiligen, die sie selbst durchführen.
- ▶ Zur Vermeidung von Interessenkonflikten und zur Sicherstellung der gebotenen Neutralität der Vergabestelle ist eine organisatorische und personelle Trennung von Vergabestelle und Eigengesellschaft angezeigt, optimalerweise sowohl bei Vorbereitung des Vergabeverfahrens als auch bei dessen Durchführung.

Dr. Ludger Meuten

DAS IST DOCH (K)EINE ÄNDERUNG

Für den Bieter lauern im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens einige Grundregeln, die es strengstens zu beachten gilt, da anderenfalls der zwingende Ausschluss droht. Dass eine Änderung oder Ergänzung an den Vergabeunterlagen durch die Bieterin und den Bieter dazu führt, dass ihr/sein Angebot ausgeschlossen wird, ist mittlerweile bei Bieterinnen und Bietern eine allgemein bekannte Tatsache. Unsicherheiten treten jedoch im Zusammenhang mit der Frage auf, wann die Bieterin und der Bieter

von den Vergabeunterlagen abweicht und nicht das anbietet, was der öffentliche Auftraggeber abverlangt hat. Nach Auffassung der Vergabekammer Nordbayern in ihrem Beschluss vom 9. Dezember 2019 (RMF-SG21-3194-6-36) ist diese Frage anhand einer Auslegung in entsprechender Anwendung der §§ 133, 157 BGB sowohl der Vergabeunterlagen als auch des Angebots nach dem jeweiligen objektiven Empfängerhorizont zu beantworten. Maßgeblich ist hinsichtlich der Vergabeunterlagen der Empfängerhorizont der

potentiellen Bieter. Dabei sei auf die objektive Sicht eines verständigen und fachkundigen Bieters abzustellen, der mit der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung vertraut ist. Die Vergabekammer Nordbayern weist darauf hin, dass nicht das Verständnis eines einzelnen Bieters von den Vergabeunterlagen und der Leistungsbeschreibung entscheidungserheblich sei, sondern vielmehr das Verständnis eines abstrakt angesprochenen Empfängerkreises. Ähnlich verhält es sich bei der Auslegung der eingereichten Angebote. Hier ist nach Auffassung der Vergabekammer darauf abzustellen, wie ein mit den Umständen des Einzelfalls vertrauter Dritter in der Lage der Vergabestelle das Angebot nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste oder durfte. In dem zu entscheidenden Sachverhalt kam die Vergabekammer damit zu dem Ergebnis, dass der Zuschlags-

präferent nicht von der Vergabe auszuschließen sei, da sein Angebot den Vergabeunterlagen entsprach. Entgegen der Auffassung der Antragsteller war die in der Leistungsbeschreibung geforderte Leistung nicht nur auf die von dem Antragsteller verstandene Weise möglich und anzubieten.

FAZIT

- ▶ Sowohl die Vergabeunterlagen als auch das Angebot können grundsätzlich ausgelegt werden.
- ▶ Um eine fehleranfällige Auslegung zu vermeiden und um den Bietern die Abgabe den Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers entsprechender Angebote zu ermöglichen, ist die Fertigung eindeutiger Vergabeunterlagen und die Formulierung konkreter Anforderungen empfehlenswert.

Juliane Pethke

EMBARGOBESTIMMUNGEN DER USA UND IHRE UNANWENDBARKEIT IN DER EU – ZWICKMÜHLE FÜR INTERNATIONAL TÄTIGE UNTERNEHMEN

Wirtschaftssanktionen spielen – wie wir gerade wieder erleben – in der internationalen Politik eine bedeutende Rolle. Sie treffen naturgemäß die Teilnehmer am internationalen Wirtschaftsverkehr, mithin vor allem die handelstreibenden und international investierenden Unternehmen. Im Rahmen solcher Sanktionen erlassen die Staaten unter anderem nationale Gesetze, die Unternehmen untersagen, mit den betreffenden Staaten oder ihren Angehörigen in Wirtschaftsbeziehungen einzutreten. Verstöße gegen solche Verbote werden ihrerseits sanktioniert. Wenn sich solche Verbote und ihre Sanktionierung auch auf Unternehmen außerhalb des Staates, der sie verhängt, auswirken, spricht man von sogenannter extraterritorialer Wirkung. Gegen diese Beeinträchtigung der eigenen Rechtsordnung hat sich die EU mit der Verordnung 2271/96 gewehrt. Art 5 Abs. 1 dieser Verordnung untersagt es in der EU ansässigen Personen und in der EU registrierten Unternehmen, Forderungen oder Verboten nachzukommen, die direkt oder indirekt auf im Anhang zu der Verordnung auf-

geführten Gesetzen ausländischer Staaten beruhen.

Ein Beispiel dafür ist der amerikanische Iran Freedom and Counter Proliferation Act of 2012, der es unter anderem untersagt, Personen, die in den Bereichen Häfen, Energie, Schifffahrt oder Schiffbau im Iran tätig sind oder in einer besonderen Liste geführt werden, durch Erleichterung finanzieller Transaktionen, Waren oder Dienstleistungen zu unterstützen oder mit Iran Handel in den genannten Sektoren zu treiben. Auch dieses Gesetz unterliegt dem Anwendungsverbot nach Art 5 Abs. 1 VO (EU) 2271/96.

Nach dem Rückzug aus dem Atomabkommen mit dem Iran im Jahr 2018 haben die USA wieder eine Liste mit Personen und Unternehmen aufgelegt, mit denen der Handel verboten ist. In dieser Liste taucht auch die Bank Melli Iran (BMI) auf, die im Eigentum des iranischen Staates steht. Die deutsche Niederlassung der BMI hatte mit der Telekom Deutschland GmbH, einer Tochter der Deutschen Telekom, einen Rahmenvertrag und zahlreiche Verträge über Telekommunikationsdienstleistungen für

alle Telefon- und Internetanschlüsse diverser Standorte in Deutschland geschlossen. Nachdem die USA das Verbot derartiger Vertragsbeziehungen mit BMI ausgesprochen hatten, kündigte Telekom sämtliche Verträge mit BMI.

BMI zog gegen die Kündigung vor Gericht. Sie berief sich auf das Befolungsverbot in der VO (EU) 2271/96. Das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg ging davon aus, dass die Kündigung wegen Verstoßes gegen das gesetzliche Verbot in Art. 5 Abs. 1 VO (EU) 2271/96 unwirksam sei, wenn das Verbot hierauf anwendbar sei. Es legte dem Europäischen Gerichtshof daher die Frage vor, ob die VO 2271/96 bereits die Befolgung des amerikanischen Verbots untersage, auch wenn es noch keine konkrete gerichtliche oder behördliche Entscheidung gebe, ob die Untersagung auch die ordentliche Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses ausschließe, die grundsätzlich ohne Vorliegen eines Kündigungsgrundes möglich wäre, und ob dies auch im Hinblick auf die grundsätzlich geschützte unternehmerische Freiheit gelte.

Der Europäische Gerichtshof beantwortet die Fragen in seinem Urteil vom 21. Dezember 2021 (Rechtssache C-124/20) dahingehend, dass das Verbot, den Forderungen oder Verboten in den genannten Gesetzen außereuropäischer Staaten nachzukommen, auch schon gelte, wenn seitens der Verwaltungs- oder Justizbehörden noch keine konkreten Anweisungen zur Einhaltung der Gesetze vorlägen. Es obliege – zweitens – im Prozess der Telekom darzutun und zu beweisen, dass die Kündigung nicht erfolgte, um den für unanwendbar erklärten amerikanischen Gesetzen nach zu kommen. Und schließlich sei der Zweck der Verordnung, den Rechts- und Wirtschaftsraum vor unangemessenem Einfluss ausländischer Gesetzgebung und extraterritorialer Anwendung ausländischer Gesetze zu schützen, mit der unternehmerischen Freiheit abzuwägen und das Verbot der Anwendung und Befolgung ausländischer Gesetze durch Akteure innerhalb der EU am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen. Dabei sei zugunsten der betroffenen Unternehmen zwar das Risiko zu berücksichtigen, ihrerseits wirtschaftlichen Sanktionen und Nachteilen durch die Nichtbefolgung der ausländischen Gesetze ausgesetzt zu sein.

So hatte die Telekom geltend gemacht, dass sie die Hälfte ihres Umsatzes mit ihrer Tätigkeit in den USA erwirtschaftet. Es liegt nahe anzunehmen, dass ihr bei ihren Geschäften in den USA erhebliche Nachteile drohen, wenn sie die amerikanischen Gesetze nicht befolgte. Allerdings gibt das Gericht – zum Nachteil der Telekom – zu bedenken, dass die Telekom keinen Antrag auf Befreiung vom Verbot der Befolgung der amerikanischen Sanktionsvorschriften gestellt habe. Eine solche Möglichkeit sieht die Verordnung für Unternehmen, die bei einer Mißachtung des amerikanischen Gesetzes erhebliche wirtschaftliche Nachteile befürchten, weil sie den Sanktionen der USA bei ihrer Geschäftstätigkeit außerhalb der EU, insbesondere in den USA, ausgesetzt sind, vor.

Es ist daher festzuhalten: Im Auslandsgeschäft tätige Unternehmen mit Sitz in der EU haben europäische Embargobestimmungen zu beachten. Außereuropäische Embargobestimmungen können sie aufgrund ihrer extraterritorialen Wirkung, die ihnen der erlassende Staat beimisst, binden, weil der das Verbot erlassende Staat (USA) gegen sie Sanktionen verhängt, die ihre wirtschaftliche Tätigkeit oder die ihrer Tochtergesellschaften oder Niederlassungen auf dem Hoheitsgebiet dieses Staates beeinträchtigen kann. Die EU-Verordnung verbietet EU-Unternehmen aber die Befolgung solcher Gesetze, wenn sie in der Liste zu der Verordnung aufgeführt sind und verhängt ihrerseits Sanktionen, wenn gegen dieses Verbot verstoßen wird – eine Zwickmühle. Die Folge ist, dass Rechtsgeschäfte – Verträge, rechtsgeschäftliche Erklärungen – die deutschem Recht – in anderen EU-Rechtsordnungen wird das nicht viel anders sein – unterliegen, nichtig und damit nicht durchsetzbar sind, wenn mit ihnen den ausländischen Embargobestimmungen Folge geleistet werden soll. Im Streitfall haben die betroffenen Unternehmen zu beweisen, dass die Maßnahme nicht durch das ausländische Embargogesetz motiviert ist – ein schwieriges Unterfangen. Unternehmen, die erhebliche wirtschaftliche Nachteile befürchten, wenn sie der EU-Verordnung folgen und ausländische Embargobestimmungen missachten, können einen Antrag auf Befreiung von dem Verbot bei der Kommission stellen.

FAZIT

- ▶ Unternehmen, die sich durch ausländische Embargobestimmungen von Drittstaaten bei ihren internationalen Wirtschaftsbeziehungen betroffen fühlen, sollten prüfen, ob ihnen eine Befolgung dieser Embargobestimmungen durch die VO (EU) 2271/96 untersagt ist.
- ▶ Sollte das der Fall sein und sollten sie durch die Nichtbefolgung der drittstaatlichen Verbote

erhebliche Nachteile bei ihrer außereuropäischen Geschäftstätigkeit befürchten, sollten sie einen Antrag auf Befreiung prüfen.

- ▶ Nicht eingeschränkt werden Maßnahmen, die auch ohne die unanwendbaren Verbote aus anderen (unternehmerischen) Gründen ergriffen worden sind; die Unternehmen müssen das im Streitfall jedoch beweisen.

Dr. Ekkehard Nolting

Über uns

VERSTÄRKUNG IM ANWALTSTEAM VON BATTKE GRÜNBERG

Seit dem 1. August 2021 verstärkt ein Neuzugang das Anwaltsteam bei Battke Grünberg: Herr Sven Sonntag im Medizinrecht. Die mehr als 20-jährige Erfahrung von Herrn Rechtsanwalt Sven Sonntag in der Beratung von Leistungserbringern im Gesundheitswesen, insbesondere von (Zahn-)Ärztinnen und (Zahn-)Ärzten

sowie Medizinischen Versorgungszentren, rundet das Kanzleiportfolio von Battke Grünberg weiter ab. Herr Sonntag absolvierte sein Studium an der Universität Leipzig. Nach dem Referendariat in Dresden begann er 2000 seine anwaltliche Tätigkeit bei einer Rechtsanwalts- und Steuerberatungskanzlei mit Standorten in Karlsruhe und Dresden am Standort Karlsruhe.

Im Jahr 2011 wurde ihm der Fachanwaltstitel für Medizinrecht verliehen. Schwerpunktmäßig betreut Herr Sonntag weiterhin Leistungserbringer im Gesundheitswesen einschließlich Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen.

Seine Freizeit verbringt Herr Sonntag mit seiner Familie und – sofern es die Zeit zulässt – mit seinen Hobbys.

Battke Grünberg heißt Herrn Sonntag im Kanzleiteam herzlich willkommen!

I. BATTKE BRAINERY

Die »BATTKE BRAINERY Online-Seminare« kommen monatlich direkt an Ihren Arbeitsplatz. Zur besten Frühstückszeit von 9:00 bis 10:00 Uhr geben Ihnen unsere Anwälte praxisrelevante sowie aktuelle Informationen flankiert mit Tipps und Tricks im gesamten Beratungsspektrum der Kanzlei. So ermöglichen wir Ihnen, ganz unkompliziert und effizient Ihr Problembewusstsein für verschiedene rechtliche Fragestellungen im Unternehmen zu schärfen und individuelle Fragen zu klären. Nähere Informationen sowie die Anmelde-möglichkeit finden Sie direkt auf der Startseite unserer Homepage über die eigens hierzu angelegte Kachel »BATTKE BRAINERY«.

Battke Brainery

Unsere nächsten BATTKE BRAINERYs finden jeweils von 9:00 bis 10:00 Uhr zu folgenden Themen und Terminen statt:

- ▶ 16. März 2022 »Der Geschäftsführeranstellungsvertrag im Fokus«
- ▶ 13. April 2022 »Top 5 der Datenschutzverstöße: Tatbestandsverletzungen vermeiden, Sanktionen minimieren«
- ▶ 11. Mai 2022 »Die Wahl der Art des Vergabeverfahrens«
- ▶ 15. Juni 2022 »New Work - die neuen Herausforderungen moderner Arbeitswelten«
- ▶ 13. Juli 2022 »Unternehmerische Beteiligung der öffentlichen Hand - UPDATE für die kommunale Praxis«

II. WORKSHOPS

Über unsere Tochtergesellschaft Battke Consulting GmbH bieten wir außer unseren Mandantenveranstaltungen zahlreiche weitere maßgeschneiderte entgeltliche Fortbildungsveranstaltungen für Unternehmen, Kommunen und öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften und Einrichtungen, Verbände und andere Interessierte an. Dazu gehören u.a. individuelle Workshops, die aktuelle rechtliche Probleme aufgreifen und den Teilnehmern in einem kleinen Kreis von 6-8 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 steht vor allem der Erfahrungsaustausch im Vordergrund. Die Workshops bieten wir sowohl in den Räumen der Battke Grünberg Rechtsanwälte PartGmbH als auch auf Wunsch an einem anderen Ort, insbesondere in den Räumlichkeiten der Auftraggeber an.

Workshops

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)

III. VORTRÄGE

1. ARBEITSRECHT

Veranstaltungen
Arbeitsrecht

Thema: Alkohol am Arbeitsplatz - Rechte und Pflichten des Arbeitgebers

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Ort: Online

Datum: 24. März 2022

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.rkwcampus.de

Thema: Betriebsratswahlen 2022 - worauf muss ich als Arbeitgeber achten?

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Ort: Dresden

Datum: 6. April 2022

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

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

Thema: Homeoffice - Fortsetzung folgt

Veranstalter: Krankenhausgesellschaft Sachsen e.V.

Ort: Online

Datum: 13. April 2022

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Benkendorff

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.events.khg-sachsen.de

Thema: EuGH + BAG - Urlaubswirrwarr - Eine Rechenstunde

Veranstalter: Krankenhausgesellschaft Sachsen e.V.

Ort: Online

Datum: 6. Mai 2022

Referent: Herr Rechtsanwalt Kristian Glowe

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.events.khg-sachsen.de

Thema: Mitarbeiterbeurteilungen, Zielvereinbarungen und Arbeitszeugnisses richtig gestalten

Veranstalter: Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband Landesverband Sachsen e. V.

Ort: Dresden

Datum: 18. Mai 2022

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Tina Lorenz

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.parisax.de

Thema: Arbeitsrecht für Führungskräfte

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Ort: Leipzig

Datum: 14. Juni 2022

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

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

Thema: Elternzeit, Pflegezeit, Sabbatical - Freistellungsansprüche von Arbeitnehmer*innen

Veranstalter: Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband Landesverband Sachsen e. V.

Ort: Dresden

Datum: 28. Juni 2022

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Tina Lorenz

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.parisax.de

Thema: Wo das Gespräch aufhört, fängt Arbeitsrecht an - Konfliktbewältigung im Arbeitsalltag

Veranstalter: Krankenhausgesellschaft Sachsen e.V.

Ort: Leipzig

Datum: 6. Juli 2022

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Benkendorff

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.events.khg-sachsen.de

II. VERGABERECHT

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

Veranstalter: eVergabe.de GmbH

Ort: Dresden

Datum: 13. April 2022, 27. September 2022, 7. Dezember 2022

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.evergabe.de

Veranstaltungen
Vergaberecht

Thema: Vergaberecht mit Schwerpunkt VOB/A

Veranstalter: Zweckverband Studieninstitut für kommunale Verwaltung Südsachsen

Ort: Chemnitz

Datum: 15. Juni 2022

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

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

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

Veranstalter: eVergabe.de GmbH

Ort: online

Datum: 21. Juni 2022, 5. Oktober 2022, 13. Dezember 2022

Referentin: Frau Rechtsanwältin Juliane Pethke

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.evergabe.de

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

Veranstalter: eVergabe.de GmbH

Ort: Dresden

Datum: 28. Juni 2022, 8. September 2022, 22. November 2022

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.evergabe.de

III. GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ UND WETTBEWERBSRECHT

Veranstaltungen
Gewerblicher
Rechtsschutz

Thema: EVB-IT Verträge für Dienstleistungen und DSGVO

Veranstalter: ABSt Auftragsberatungsstelle Sachsen e.V.

Ort: Dresden

Datum: 5. Mai 2022

Referent: Rechtsanwalt Dr. Daniel Schöneich

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.abstsachsen.de



vorausdenken. effektiv handeln.

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

Verantwortlich: Dr. Ekkehard Nolting

Fotos: Katharina Grottker, Dresden & Katja Backhaus-Nousch

Gestaltung: Franziska Neubert, Leipzig

BATTKE GRÜNBERG

Rechtsanwälte PartGmbH

Kleine Brüdergasse 3-5

01067 Dresden

T: + 49 351 563 90 0

F: + 49 351 563 90 99

E: info@battke-gruenberg.de

W: www.battke-gruenberg.de