

Juli 2022

Liebe Leserin, lieber Leser,

nach langer (Corona-)Zeit mal wieder fand am 10. Juni unser beliebtes Battke-Frühstück statt. Anders als in den vergangenen Jahren haben wir uns diesmal entschlossen, es nicht thematisch nach juristischen Kategorien einzugrenzen, sondern es unter das Motto »Recht im Wandel« gestellt und darunter Neues aus allen Rechtsbereichen angeboten, die für unsere Mandanten von Bedeutung sind. Wir durften dazu über 150 Teilnehmer begrüßen, was für uns eine Bestätigung ist, das das Konzept gut angenommen worden ist. Wir werden das daher sicher so oder in ähnlicher Form weiter fortsetzen und freuen uns, wenn unsere Frühstücke auch künftig wieder so erfolgreich angenommen werden. Denn das Recht befindet sich auch weiterhin im Wandel, weil sich auch die Welt in einem steten Wandel befindet und immer wieder neue Herausforderungen an die regulierende und ordnende staatliche Ordnung stellt. Auch mit unserem BattkeBrief wollen wir Sie in regelmäßigen Abständen über diese Entwicklungen informieren, wobei sich unser Leitartikel immer einen besonderen Aspekt etwas tiefer beleuchtet und damit Anregungen zur sicheren rechtlichen Gestaltung bestimmter Sachverhalte geben soll. In unserem Schwerpunktthema geht es um ein aktuelles Problem für Arbeitgeber in arbeitsrechtlichen Auseinandersetzungen: Auskunftsansprüche der Arbeitnehmer nach der Datenschutzverordnung. Wir wünschen eine angenehme und hoffentlich erkenntnisreiche »Sommerlektüre« und eine schöne und gesunde Urlaubszeit

Ihre BattkeBrief Redaktion

N° 2/2022

> MANDANTENINFORMATION

| | |
|----------------------------------|----|
| Gesellschaftsrecht | 06 |
| Arbeitsrecht | 10 |
| Geistiges Eigentum | 19 |
| Baurecht | 20 |
| Vergaberecht | 21 |
| Veranstaltungen & Vorträge | 24 |
| Impressum | 26 |

SCHWERPUNKTTHEMA

DANIELA GUHL UND DIERK SCHLOSSHAN



AUSKUNFTSANSPRUCH DER ARBEITNEHERINNEN UND ARBEITNEHER NACH ART. 15 DS-GVO: FOLTER FÜR ARBEITGEBERINNEN UND ARBEITGEBER – UND WIE MAN DAMIT UMGEHT

Inzwischen scheint es zum Werkzeugsatz einer arbeitsrechtlichen Arbeitnehmer-Vertretung dazu zugehören, etwa im Rahmen von Ansprüchen nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, Kündigungsschutzklagen oder Zeugnisbeanstandungen einen Anspruch auf Auskunft nach Art. 15 Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) zu erheben. Die so gewonnenen Informationen können dann im Rahmen des Hauptanspruchs verwertet werden. Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte wird auf Fortbildungen eingebläut, dass es inzwischen fast als Haftungsfall gilt, den Auskunftsanspruch im Rahmen einer Kündigungsschutzklage nicht zu erheben.

Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber müssen den Auskunftsanspruch unbedingt ernst nehmen. Die Missachtung stellt einen schweren Datenschutzverstoß dar, der zum einen mit einer Geldbuße belegt werden kann, zum anderen Schadensersatzansprüche der betroffenen Person auslösen kann. Letztere werden nun vermehrt gerichtlich eingeklagt.

Der Anspruch auf Erteilung der Auskunft kann durch Zwangsgeld, ersatzweise Zwangshaft durchgesetzt werden. Bei Verdacht auf eine falsche oder unvollständige Auskunft können die Betroffenen die Abgabe einer strafbewehrten eidesstattlichen Versicherung verlangen sowie eine ergänzende Auskunft verlangen.

Im Folgenden geben wir daher einen Überblick über den Umfang eines solchen Anspruchs (s.u. 1), mögliche Ausnahmen und Einschränkungen (s.u. 2), Besonderheiten des Datenschutzrechts der Kirchen und des Landes (s.u. 3) und empfehlen abschließend

ein Vorgehen zur Begrenzung von Aufwand und Risiken (s.u. 4).

1. Umfang

Das weltliche Datenschutzrecht wird im Wesentlichen durch die DS-GVO und das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) geregelt. Die DS-GVO gibt im Rahmen des Rechts auf Auskunft drei Unteransprüche:

Der Anspruch auf Auskunft i.e.S. gem. Art. 15 Abs. 1 2. Halbsatz 1. Alt. DS-GVO gibt das Recht zu erfahren, ob und ggf. welche personenbezogenen Daten verarbeitet werden (z.B. Name: Max Müller). Mit dem Anspruch auf Information gem. Art. 15 Abs. 1 2. Halbsatz 2. Alt. DS-GVO können bestimmte Metadaten zu den personenbezogenen Daten verlangt werden, nämlich die Verarbeitungszwecke, Datenkategorien (z.B. Stammdaten, Leistungs- und Verhaltensdaten), die Empfängerinnen und Empfänger oder Kategorien von Empfängerinnen und Empfängern, Speicherdauer, Herkunft (bei Dritterhebung), ggf. Information über Drittlandübermittlung und Garantien nach Art. 46 DS-GVO. Der Anspruch auf Datenkopie gem. Art. 15 Abs. 3 Satz 1 DS-GVO schließlich gibt das Recht auf Überlassung einer Kopie der Daten (z.B. E-Mails).

Was in der Praxis noch oft übersehen wird: Es reicht zur Erfüllung des Anspruchs auf Auskunft nicht aus, lediglich eine Liste der Datenkategorien zu übersenden. Das haben die Aufsichtsbehörden ausdrücklich klargestellt. Soweit das Auskunftsbegehren nicht eingeschränkt wird (s.u.), müssen Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber also z.B. Auskunft über alle Daten inkl. der jeweiligen Parameter wie

Empfängerinnen und Empfänger, Speicherdauer etc., die typischerweise über Beschäftigte gespeichert sind, erstellen. Das können sehr viele sein (bis zu 20 Datenkategorien), die zudem meist über mehrere Speicherorte verteilt sind.

Erfasst von der Auskunft und vom Anspruch auf Kopie sind u.a. interne Vermerke über die betroffene Person und die Kommunikation zwischen der verantwortlichen Stelle und der betroffenen Person oder zwischen der verantwortlichen Stelle und der betroffenen Person mit Dritten per Post und per E-Mail.

Es gibt in diesem Zusammenhang verschiedene Übermittlungswege für die zu erteilende Auskunft, u.a. Bereitstellung eines Fernzugriffs; der Auskunftsanspruch ist im Ergebnis daher eher ein Informations-Zugangsanspruch.

2. Ausnahmen und Einschränkungen

Die Ausnahmen und Einschränkungen speziell für den Auskunftsanspruch sind abschließend im Gesetz (DS-GVO und BDSG) aufgeführt. Danach gibt es insgesamt zwölf verschiedene gesetzliche Tatbestände, Ausnahmetatbestände bzw. Einschränkungen. Darüber hinaus gelten die allgemeinen Einschränkungen für Betroffenenrechte, d.h. der Auskunftsanspruch ist eingeschränkt, wenn die betroffene Person ihn rechtsmissbräuchlich geltend macht (§ 242 BGB) oder der Antrag auf Auskunft offensichtlich unbegründet ist bzw. exzessiv ausgeübt wird (Art. 12 Abs. 5 Satz 2 DS-GVO). Schließlich sind auf der Grundlage personenbezogener Daten vorgenommene Beurteilungen der Rechtslage selbst keine personenbezogenen Daten, auch wenn sie solche enthalten (Bundesgerichtshof, Urteil vom 15. Juni 2021, Az.: VI ZR 576/19).

Kreative Versuche, die gesetzlichen Ausnahmen darüber hinaus auszudehnen, sind bislang vor Gericht gescheitert. Beispielsweise haben die Gerichte es abgelehnt, Informationen vom Auskunftsanspruch auszunehmen, wenn und soweit die betroffene Person bereits über die Informationen verfügt, wenn die Erteilung der Informationen einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde oder wenn es sich nicht um »signifikante biografische Informationen« handelt.

Erfolgversprechend ist es dagegen, sich auf überwiegende berechnete Geheimhaltungsinteressen eines Dritten zu berufen oder auf Rechtsmissbrauch, insbesondere wenn mit dem Auskunftsanspruch ersichtlich sachfremde Ziele verfolgt werden. Gegenüber dem Recht auf Kopie kann sich die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber in vielen Fällen auf schützenswerte Rechte und Freiheiten anderer Personen, wie Urheberrechte und Geschäftsgeheimnisse der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers oder von Kunden oder auch zu schützende Daten anderer Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer berufen.

Strittig ist, inwieweit mangelnde Bestimmtheit dem Auskunftsanspruch entgegengehalten werden kann. Insbesondere bei sehr umfangreichen Datenspeicherungen wird zum Teil gefordert, dass präzisiert wird, auf welche Informationen sich die Auskunft konkret bezieht. Prozessual verlangt das Bundesarbeitsgericht ein abgestuftes Vorgehen und im Rahmen des Anspruchs auf Kopie eine Konkretisierung der Ansprüche. Allerdings hat der Bundesgerichtshof diese Ansätze im Wesentlichen abgelehnt und hält auch unbestimmte Ansprüche auf Kopie für zulässig.

3. Besonderheiten des Datenschutzrechts der Kirchen und des Landes Sachsen

a) Katholisches Datenschutzrecht

Die Kirchen dürfen ihre eigenen Datenschutz-Regeln anwenden, sofern sie mit der DS-GVO in Einklang gebracht werden. Die katholische Kirche hat sich mit dem Gesetz über kirchlichen Datenschutz (KDG) solche Regeln gegeben.

Die Auskunftsansprüche entsprechen denen nach der DS-GVO. Bei den Ausnahmen hat man nicht nur solche geschaffen, die denen des BDSG entsprechen, sondern einige zusätzliche Tatbestände. U.a. muss nach KDG keine Auskunft erteilt werden, wenn und soweit die betroffene Person bereits über die Informationen verfügt, wenn und soweit die Informationserteilung an die betroffene Person einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde und das Interesse der betroffenen Person an der Informationserteilung als gering anzusehen ist, oder wenn durch die Auskunft die Wahrnehmung des Auftrags der Kirche gefährdet wird.

Es ist allerdings zweifelhaft, ob diese Ausnahmetatbestände tatsächlich »im Einklang« mit der DS-GVO stehen. Einige der im KDSG vorgesehenen Ausnahmen wurden von der Rechtsprechung zum weltlichen Datenschutzrecht bereits ausdrücklich abgelehnt. Zudem ist in einigen Fällen noch unklar, ob das KDG Anwendung findet, etwa im Verhältnis zu externen Bewerberinnen und Bewerbern.

b) Evangelisches Datenschutzrecht

Die evangelische Kirche erlaubt sich wenige Ausnahmetatbestände zum Auskunftsrecht der betroffenen Person. Auch das Kirchengesetz über den Datenschutz der Evangelischen Kirche in Deutschland (DSG-EKD) enthält aber ähnliche Zusatztatbestände wie das KDG, die das weltliche Datenschutzrecht nicht kennt bzw. sogar ausdrücklich ablehnt. Vor allem aber gibt es keine Verankerung des Rechts auf Kopie im DSG-EKD. Auch sieht das DSG-EKD eine Bearbeitungsfrist von drei Monaten vor, statt einem Monat nach DS-GVO und KDG.

c) Landesdatenschutzrecht

Das Sächsische Datenschutzdurchführungsgesetz (SächsDSDG), das in Verbindung mit der DS-GVO für Behörden des Landes und der Kommunen in Sachsen gilt, kennt ebenfalls Ausnahmetatbestände, allerdings deutlich weniger als das BDSG. Fraglich – und noch ungeklärt – ist, ob ergänzend auf die Ausnahmetatbestände des BDSG zurückgegriffen werden kann. Das BDSG gilt für Landesbehörden nämlich nur, »soweit der Datenschutz nicht durch Landesgesetz geregelt ist« (§ 1 Abs. 1 Ziffer 2 BDSG) – der Datenschutz ist aber eben bereits durch das SächsDSDG geregelt.

4. Vorgehen zur Begrenzung des Aufwands und der Risiken

Die Erteilung der begehrten Auskunft und ggf. Kopien ist immer mit einem gewissen Aufwand verbunden. Fürchten müssen Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber den Auskunftsanspruch einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers aber nur, solange sie sich noch nicht darauf vorbereitet haben. Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber, die sich erstmals mit dem Auskunftsanspruch beschäftigen, wenn sie mit einem solchen Begehrt konfrontiert werden, geraten durch die Monatsfrist in der Regel unter Zeitdruck. Dadurch

steigt auch das Risiko, am Ende eine unvollständige oder falsche Auskunft zu erteilen und dadurch einen Datenschutzverstoß zu begehen. Das lässt sich vermeiden, wenn bereits im Vorfeld Maßnahmen ergriffen werden. Zu empfehlen sind insbesondere folgende Maßnahmen:

Erstellen eines Verarbeitungsverzeichnisses: Dieses ist ohnehin nach der DS-GVO (und auch schon nach altem Recht) geschuldet. Es erleichtert die Bearbeitung von Auskunftsansprüchen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ungemein, wenn man weiß, welche Datenkategorien über diese gespeichert sind und wo (analoge Akten, Laufwerke, Datenbanken wie SAP HR etc., Outlook, E-Mail-Archiven, Sicherungsdateien).

Erstellen und Einhalten eines Löschkonzeptes: Daten sollten grundsätzlich nur so lange vorgehalten werden, wie sie gespeichert werden dürfen und müssen. Über Daten, die gelöscht wurden, kann und muss keine Auskunft erteilt werden. Abgesehen davon stellt die Speicherung jenseits von Löschfristen einen Datenschutzverstoß dar.

Aufsetzen eines Auskunftsprozesses: Im Unternehmen muss, schon um angesichts der klaren Fristvorgaben keine Zeit zu verlieren, ein Prozess aufgesetzt werden, wie mit Auskunftsbegehren umgegangen wird. Es sollten klare Vorgaben dazu geschaffen werden, welche Stellen involviert werden, wie die Berechtigung der oder des Anfragenden überprüft wird und wie die Informationen im Unternehmen zusammengesucht werden.

Vereinbarung mit dem Betriebsrat: Ist ein Betriebsrat vorhanden, erhält dieser im Rahmen seiner Betriebsratstätigkeit eine Vielzahl personenbezogener Daten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und verarbeitet diese. Diese Datenverarbeitungsvorgänge des Betriebsrats sind im Verarbeitungsverzeichnis der Arbeitgeberin bzw. des Arbeitgebers aufzuführen. Da die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber auch dafür verantwortlich ist, dass der Betriebsrat den Datenschutz einhält, er aber regelmäßig keinen Einblick in die Betriebsratstätigkeit hat, empfiehlt es sich, mit dem Betriebsrat Regelungen zum Umgang mit personenbezogenen Daten zu vereinbaren. Auf diese Weise können beispielsweise auch Löschfristen und Zustän-

digkeiten für die Löschung personenbezogener Daten durch den Betriebsrat aufgestellt werden. Zudem kann so sichergestellt werden, dass der Betriebsrat die erforderliche Zuarbeit für die Erteilung der von der betroffenen Person geforderten Auskunft so rechtzeitig erteilt, dass die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber die Monatsfrist zur Auskunftserteilung einhalten kann.

Ist die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber dann tatsächlich mit dem Auskunftsanspruch einer Bewerberin bzw. eines Bewerbers, einer Bestandsmitarbeiterin bzw. eines Bestandsmitarbeiters oder einer ausgeschiedenen Arbeitnehmerin bzw. eines ausgeschiedenen Arbeitnehmers konfrontiert, bietet es sich in vielen Fällen an, wie folgt vorzugehen:

Bestimmung des Umfangs des Auskunftsbegehrens: Der Umfang der geschuldeten Auskunft bestimmt sich maßgeblich nach dem Begehren der betroffenen Person. Soweit nicht von vorherin der Anspruch ausgelegt werden kann, sollte dies im Rahmen der Korrespondenz gelenkt werden, z.B. auf zeugnisrelevante Leistungs- und Verhaltensdaten. Das Recht auf Datenkopie ist nach wohl h.M. nicht automatisch mit einem Auskunfts- und Informationsanspruch verbunden, sondern muss explizit beantragt werden.

Stufenweises Vorgehen: In der ersten Stufe wird Auskunft erteilt über die Daten, die im vermuteten Fokus der betroffenen Person stehen. Gleichzeitig wird erklärt, dass man betreffend weiterer Daten auskunftsbereit ist, falls dies gewünscht sein sollte.

Möglichst Ausnahmetatbestände des weltlichen Datenschutzrechts verwenden: Auch wenn man sich formal auf das Kirchendatenschutzrecht stützt, sollte man sich inhaltlich aus den o.g. Gründen auf Ausnahmetatbestände stützen, die deckungsgleich mit weltlichem Datenschutzrecht sind. Natürlich muss sorgfältig geprüft werden, ob überhaupt Ausnahmen greifen.

Eine riskante Strategie ist es, die Daten vor Auskunftserteilung schnell zu löschen, um dann eine Negativauskunft oder eine stark eingeschränkte Auskunft zu erteilen. Dies stellt eine (bußgeldbewehrte)

Falschauskunft dar, die Schadensersatzansprüche auslösen kann. Zudem unterliegen viele Daten Aufbewahrungspflichten.

Bei der Auskunftserteilung sollte, wenn möglich, der Postweg genutzt werden. Zwar sieht die DS-GVO in ihren Erwägungsgründen selbst vor, dass die Datenkopie elektronisch zur Verfügung gestellt wird, was Vorteile für die fristgerechte Erledigung hat. Allerdings hat es die betroffene Person nach dem Wortlaut des Gesetzes in der Hand, die Versandart selbst zu bestimmen. Bei Versand per E-Mail kommt hinzu, dass die Rechtsprechung jedenfalls bei Versand von sensiblen personenbezogenen Daten eine Ende-zu-Ende-Verschlüsselung fordert, die ohne den öffentlichen Schlüssel der Empfängerin bzw. des Empfängers nicht möglich ist. Die standardmäßig eingestellte Transportverschlüsselung könnte dann nicht ausreichen und die Auskunftserteilung selbst zu einem Datenschutzverstoß führen.

FAZIT

- ▶ Auskunftsansprüche sind ein wirkungsvolles Instrument in rechtlichen Auseinandersetzungen der Arbeitsvertragsparteien. Eine Verteidigung lediglich mit dem Hinweis auf den großen Aufwand der Informationsbeschaffung oder dem Hinweis, die Informationen seien schon bekannt, ist wirkungslos.
- ▶ Sinnvoll ist eine systematische Vorbereitung auf diese Ansprüche unter anderem durch sorgfältige Erfassung der (zahlreichen) Datenkategorien und Speicherorte, in denen personenbezogene Daten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern gespeichert werden, sowie durch das Aufsetzen eines Auskunftsprozesses im Unternehmen.
- ▶ Betriebe mit Betriebsrat sind gut beraten, wenn sie sich mit dem Betriebsrat über den Umgang mit personenbezogenen Daten und über die Zusammenarbeit im Rahmen der Auskunftserteilung verständigen.
- ▶ Bei der Auskunftserteilung selbst muss sowohl inhaltlich als auch hinsichtlich der Art und Weise der Erteilung vorsichtig vorgegangen werden, um unnötigen Aufwand bzw. Datenschutzverstöße zu vermeiden.

KEINE SITTENWIDRIGKEIT VON ABFINDUNGSKLAUSELN IN SATZUNGEN GEMEINNÜTZIGER KÖRPERSCHAFTEN

Gesellschaftsrecht

Eine Bestimmung in der Satzung einer gemeinnützigen GmbH, wonach einem Gesellschafter im Fall seines Ausscheidens aus der Gesellschaft eine Abfindung nur in Höhe des Nennwerts seines Geschäftsanteils zusteht, ist auch dann nicht sittenwidrig, wenn der wahre Wert erheblich höher ist und zwischen ihm und dem Nennbetrag ein grobes Missverhältnis besteht. So hat es das Oberlandesgericht Hamm kürzlich entschieden (OLG Hamm Urteil vom 13. April 2022 Az.: 8 U 112/21). Kläger war der Insolvenzverwalter einer zuvor aus einer gemeinnützigen Gesellschaft ausgeschlossenen Gesellschafterin, ebenfalls eine gGmbH, gewesen. Er hatte geltend gemacht, dass die gezahlte Abfindung in Höhe des Nennbetrags des Anteils in einem groben Missverhältnis zum wahren Wert der Beteiligung gestanden habe. Dabei wollte er sich auf eine ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stützen, der in diesen Fällen eine Sittenwidrigkeit der Abfindungsklausel sieht, die entweder zu ihrer Nichtigkeit führt – wenn das Missverhältnis von Beginn an besteht und erkennbar ist – oder im Wege der Anpassung zu einer angemessenen Abfindung – wenn das Missverhältnis erst später eintritt. Diese Rechtsprechung gilt jedoch für Gesellschaften mit gewerblichem Unternehmensgegenstand.

Gesellschaften, die einen gemeinnützigen, steuerbegünstigten Zweck verfolgen ist jedoch nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO untersagt, an ihre Mitglieder mehr als ihre eingezahlten Beiträge auszuzahlen, wenn sie ausscheiden. § 60 AO verlangt auch als Voraussetzung der Anerkennung als steuerbegünstigte Gesellschaft die Aufnahme einer entsprechenden Satzungsbestimmung. Eine von Gesetzes wegen vorgesehene Regelung kann aber nach dem Grundsatz der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung nicht sittenwidrig sein. Eine unzumutbare Kündigungserschwerung sei wegen dieser gesetzlichen Vorgabe nicht gegeben. Und es liege schließlich auch keine einseitige Benachteiligung der Gläubiger des Gesellschafters vor, da die Klausel unabhängig vom Grund des Ausscheidens gilt.

FAZIT

► Die nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO vorgesehene Klausel in der Satzung gemeinnütziger Gesellschaften, dass an die Gesellschafter bzw. Mitglieder bei ihrem Ausscheiden kein höherer Betrag als ihre ursprüngliche Einlage ausgeschüttet werden darf, ist nicht sittenwidrig und benachteiligt auch die Gläubiger des Gesellschafters nicht einseitig.

Dr. Ekkehard Nolting

UNTERNEHMERGESELLSCHAFT (HAFTUNGSBEGRENZT): PERSÖNLICHE HAFTUNG BEI UNVOLLSTÄNDIGER FIRMIERUNG

Die Unternehmergesellschaft (haftungsbegrenzt) ist seit 2008 eine Unterform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit der Besonderheit, dass bei ihr kein Mindeststammkapital aufgebracht werden muss, sie also mit einem sehr geringen – im Extremfall 1 EUR – Haftfonds versehen ist. Da dies für den Geschäftsverkehr eine Gefahr bedeutet, verlangt das Gesetz, dass die Gesellschaft im Rechtsverkehr in ihrer Firma den Zusatz »Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)« oder »UG (haftungsbeschränkt)« führen muss. Wird dieser Zusatz weggelassen oder erfolgt er nur unvollständig, haftet derjenige, der in

diesen Fällen für die UG handelt, für alle von ihm begründeten Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften neben der Gesellschaft persönlich und unbeschränkt.

Das hat der Bundesgerichtshof nun zu folgendem Sachverhalt bestätigt (Urteil vom 13. Januar 2022 Az.: III ZR 210/20): Der Beklagte war Finanzvermittler und Gesellschafter-Geschäftsführer einer UG. Im Namen dieser UG beriet er einen Kunden und empfahl ihm eine Anlage, die sich als verlustreich entpuppte. Auf den Firmendokumenten fehlte der Zusatz, lediglich in einem Fall gab es den Zusatz UG ohne jedoch den weiteren Hinweis auf die Haftungsbeschränkung.

Der Kunde nahm daraufhin den Finanzvermittler persönlich wegen fehlerhafter Anlageberatung in Anspruch.

Der Bundesgerichtshof gab dem Kunden recht: Zwar gelte der Grundsatz des »unternehmensbezogenen Geschäfts«, wonach eine Person, die für den Vertragspartner objektiv erkennbar für ein Unternehmen auftritt und handelt, als Vertreter für dieses Unternehmen - den Unternehmensträger - und nicht für sich selbst auftritt. So war es hier und daher ist der Anlagevertrag auch mit der UG zustande gekommen, die für die fehlerhafte Beratung auch haftet. Jedoch habe - so der Bundesgerichtshof - der Geschäftsführer durch das Weglassen des Firmenzusatzes bei dem Kunden den unzutreffenden Eindruck erweckt, dass für die Verbindlichkeiten des Unternehmensträgers eine natürliche Person hafte. In diesem Vertrauen sei der Kunde enttäuscht worden. Der zwingend vorgeschriebene Zusatz mit dem Hinweis

»haftungsbeschränkt« soll den Geschäftsverkehr warnen, dass in einem Haftungsfall womöglich bei der Gesellschaft nichts mehr zu holen ist. Das könnte den Kunden daher womöglich davon abhalten, mit einer solchen Gesellschaft in Geschäftsbeziehung zu treten. Der durch die Weglassung des Zusatzes getäuschte Kunde könne daher verlangen so gestellt zu werden, als wäre der gesetzte Rechtsschein zutreffend und der Handelnde müsse für die Verbindlichkeiten ihm gegenüber persönlich haften.

FAZIT

► Personen - nicht nur Geschäftsführer - die für eine Unternehmergeinschaft (haftungsbeschränkt) handeln sollten unbedingt darauf achten, dass die von ihnen vertretene Gesellschaft den vollständigen Zusatz führt; andernfalls haften sie für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich unbegrenzt.

Dr. Ekkehard Nolting

ABBERUFUNG EINES AUFSICHTSRATSMITGLIEDES WEGEN PFLICHTVERLETZUNG AUSSERHALB DER AUFSICHTSRATSTÄTIGKEIT

Mit Beschluss vom 1. März 2022 (Az.: 1 W 85/21) hat das Oberlandesgericht Karlsruhe über die Frage entschieden, ob sich der für eine Abberufung notwendige wichtige Grund zwingend aus dem Verhalten als Aufsichtsratsmitglied ergeben muss. Dem lag zugrunde, dass der Aufsichtsrat der SAP SE die Abberufung eines seiner Mitglieder aus wichtigem Grund beehrte, das als Gewerkschaftsvertreter Mitglied im Aufsichtsrat, Mitglied des Betriebsrates und bei der Gesellschaft beschäftigt war.

Im Zusammenhang mit Ermittlungen der Gesellschaft gegen ein weiteres Mitglied des Aufsichtsrats und Betriebsrats wegen ungenehmigter Urlaubsnahme hatte das betreffende Aufsichtsratsmitglied relevante E-Mails im Unternehmen manipuliert und gelöscht. Dies betraf insbesondere eine Absage-E-Mail des weiteren Mitglieds des Aufsichtsrats und Betriebsrats zu einer Sitzung des Betriebsrats, bei der das Aufsichtsratsmitglied den Absagegrund »Urlaub« entfernt hat. Diese Manipulationen räumte das Aufsichtsratsmitglied anlässlich seiner Anhörung ein.

Daraufhin kündigte die Gesellschaft das Arbeitsverhältnis fristlos. Der Aufsichtsrat seinerseits beantragte beim zuständigen Registergericht die Abberufung des Aufsichtsratsmitglieds aus wichtigem Grund.

Das Registergericht entsprach dem Antrag und berief das Aufsichtsratsmitglied ab. Diese Abberufung wurde in der Sache selbst durch das Oberlandesgericht Karlsruhe bestätigt. Es stützte seine Entscheidung im Wesentlichen darauf, dass sich ein verhaltensbedingter wichtiger Grund für eine solche Abberufung nicht zwingend aus dem Verhalten als Aufsichtsratsmitglied ergeben muss. Vielmehr genügt es, dass ein Zusammenhang des vorgeworfenen Verhaltens mit der Aufsichtsrats Tätigkeit erkennbar ist und dass sich der verhaltensbedingte Grund auf diese Tätigkeit und damit auf die Gesellschaft auswirkt. Für diese Auswirkung auf die Gesellschaft kann bereits ein Reputationsschaden der Gesellschaft genügen.

Die Pflichtverletzungen des Betriebsratsmitgliedes rechtfertigten mithin dessen Abberufung aus wichtigem Grund, da diese nicht nur die Integrität als

Betriebsratsmitglied, sondern auch als Aufsichtsratsmitglied in Frage stellen.

FAZIT

► Schwerwiegendes Fehlverhalten außerhalb des Aufsichtsratsmandats kann die Abberufung als Aufsichtsratsmitglied aus wichtigem Grund rechtfertigen. Hierfür genügt bereits die Erkennbarkeit eines Zusammenhangs des vorgeworfenen Verhaltens mit der Aufsichtsratsstätigkeit und einer Auswirkung auf

die Gesellschaft, wofür bereits Reputationsschäden ausreichend sein können.

► Obwohl diese Entscheidung zum Aufsichtsrat einer Societas Europaea ergangen ist, kann die Tatsache, dass die Abberufung eines Aufsichtsratsmitgliedes auch wegen Pflichtverletzungen außerhalb der eigentlichen Aufsichtsratsstätigkeit in Betracht kommt, grundsätzlich auch auf Pflicht- oder fakultative Aufsichtsräte anderer Gesellschaften (AG, GmbH, KGaA etc.) übertragen werden.

Jörg-Dieter Battke

KANN EIN GESELLSCHAFTER SCHADENERSATZANSPRÜCHE DER GMBH GEGENÜBER DEM GESCHÄFTSFÜHRER IM EIGENEN NAMEN GELTEND MACHEN?

Mit dieser Frage hatte sich der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 25. Januar 2022 (Az.: II ZR 50/20) zu befassen. Dem Urteil lag zugrunde, dass der Kläger als Minderheitsgesellschafter an einer GmbH beteiligt war. Diese hat sich zur Begleichung von Forderungen Ansprüche abtreten lassen, die sich in der Folge als wertlos erwiesen. Der Minderheitsgesellschafter nahm daraufhin den Geschäftsführer der GmbH auf Schadenersatz in Anspruch. Während das Landgericht die Klage abgewiesen hat, gab das Oberlandesgericht dieser statt. Mithin musste im Ergebnis der Bundesgerichtshof diese Angelegenheit abschließend entscheiden.

Der Bundesgerichtshof wies darauf hin, dass dem Kläger für die im eigenen Namen erhobene Klage die erforderliche Prozessführungsbefugnis fehlt. Ein Gesellschafter kann daher Schadenersatzansprüche der GmbH wegen Geschäftsführerpflichtverletzungen nicht im eigenen Namen geltend machen. Etwas anderes gilt allenfalls, wenn ein Anspruch aus dem Gesellschaftsverhältnis durch einen Gesellschafter im eigenen Namen gegen einen Mitgesellschafter auf Leistung an die Gesellschaft geltend gemacht wird. Diese Möglichkeit schied vorliegend aus, da der Geschäftsführer nicht als Gesellschafter an der GmbH beteiligt war.

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs lässt sich die Klage auch nicht mit einer treuhänderischen Sonderrechtsbeziehung oder einer organstreitähnlichen Binnenbeziehung zwischen dem Gesellschafter

und dem Geschäftsführer begründen, da Letzterer allein der Gesellschaft gegenüber treupflichtig ist.

Auch das 2024 in Kraft tretende Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, wonach unter anderem Gesellschafter einen Anspruch der Gesellschaft gegen einen Dritten geltend machen können, wenn der dazu berufene geschäftsführungsbefugte Gesellschafter diese Geltendmachung pflichtwidrig unterlässt, ist nicht einschlägig. Dem liegt nach Auffassung des Bundesgerichtshof bereits zugrunde, dass sich hieraus keine Zulassung der Gesellschafterklage gegen GmbH-Geschäftsführer ergibt. Auch Effektivitäts- und Praktikabilitätsabwägungen rechtfertigen nach Meinung des Bundesgerichtshofs nicht die Verfolgung von Ansprüchen der Gesellschaft durch Gesellschafter gegen den Geschäftsführer.

Der Bundesgerichtshof hebt in diesem Zusammenhang allerdings hervor, dass es grundsätzlich Angelegenheit der Gesellschafterversammlung ist, einen Anspruch gegen den Geschäftsführer zu verfolgen. Für den Fall, dass sich die Gesellschafterversammlung weigert, einen solchen Anspruch geltend zu machen, bleibt es jedem Gesellschafter unbenommen, dessen Verfolgung durch Anfechtungs- und Beschlussfeststellungsklage zu erzwingen.

FAZIT

► Die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen der GmbH gegen den Geschäftsführer durch einen

Gesellschafter im eigenen Namen kommt grundsätzlich nicht in Betracht.

► Allein die Gesellschafterversammlung ist für die Geltendmachung solcher Ansprüche zuständig.

Weigert sich die Mehrheit der Gesellschafter, diese Ansprüche zu verfolgen, kann deren Durchsetzung mittels Anfechtungs- und Beschlussfeststellungsklage erzwungen werden.

Jörg-Dieter Battke

3. SÄCHSISCHE KOMMUNALRECHTSNOVELLE – QUO VADIS KOMMUNALE UNTERNEHMEN UND BETEILIGUNGEN?

Wir berichteten in unseren News über das am 20. Februar 2022 in Kraft getretene 3. Gesetz zur Fortentwicklung des Kommunalrechts. Die 3. Novelle stärkt die Bürgerbeteiligung bei kommunalpolitischen Entscheidungen und modernisiert Formen und Abläufe kommunaler Gremiensitzungen.

Was bedeutet das für kommunal gehaltene Unternehmen und Beteiligungen? Hat die Reform gleichermaßen Relevanz wie die 1. und 2. Kommunalrechtsnovelle 2013 und 2017? Seinerzeit wurde u. a. der in § 96a SächsGemO enthaltene Mindestkatalog an gesellschaftsvertraglich zu verankernden Regelungen eingeführt, der zur Anpassung aller Gesellschaftsverträge von Unternehmen mit jedenfalls mehrheitlicher kommunaler Beteiligung zwang. Aber auch die Einführung einer Anhörungspflicht berufsständischer Kammern für Beteiligungs- oder Veränderungsvorhaben wurde nicht nur als unbequem empfunden, sondern verunsicherte hinsichtlich Zuständigkeit und Reichweite. Die Neuerungen beeinflussten rechtsaufsichtliche Genehmigungsprozesse spürbar.

Zunächst kann Entwarnung vor solch gravierenden strukturellen Veränderungen gegeben werden. Es sind nur punktuelle Aspekte im Blick zu behalten, vor allem die im Rahmen von Vorhaben gegebenenfalls zu berücksichtigende Beteiligung kommunaler Gremien (Stadtrat, Kreistag etc.). Unterschätzt werden sollte dies nicht, da fehlerhafte Gremienentscheidungen ein Vorhaben scheitern lassen können.

Auch deshalb sollte die Novelle zur erneut kritischen Prüfung der Anforderungen und Prozesse bei Beteiligungs- und Veränderungsvorhaben im kommunalen Unternehmensbereich veranlassen. Die Beratungspraxis deckt hier nach wie vor teils erheb-

liche Defizite auf. Das kann Vorhaben verzögern oder sogar undurchführbar werden lassen sowie haftungsrechtliche Folgen haben. Dies zu vermeiden ist Teil einer anforderungsgerechten Unternehmens-Compliance und gewinnt zunehmend auch außenwirksam an Bedeutung. Daher ist an die kontinuierliche Beachtung der kommunalrechtlichen Sondervorschriften für gesellschaftsrechtliche Vorgänge im kommunalen Bereich zu appellieren.

Erinnert wird generell an eine anforderungsgerechte Gestaltung der Gesellschaftsverträge und speziell bei Gründungs- und Strukturierungsprozessen an die Einhaltung der Schrankentrias, der rechtsfolgenerheblichen Kategorisierung zwischen nicht- und wirtschaftlichen Unternehmen, die Notwendigkeit einer Abwägung mit Rechtsformvergleich und Darstellung der Chancen und Risiken der unternehmerischen Betätigung, die Besonderheiten für kommunale Versorgungsunternehmen, die exakte Gremien- und Behördenbeteiligung. Stets ist eine frühzeitige und enge (Vor-)Abstimmung mit der Rechtsaufsichtsbehörde zu empfehlen, um etwaige »böse« Überraschungen auszuschließen.

FAZIT

► Die 3. Kommunalrechtsnovelle tangiert kommunal gehaltene Unternehmen und Beteiligungen nur am Rande. Quo vadis sollte die Novelle zur kritischen Überprüfung einer anforderungsgerechten Gestaltung bestehender Beteiligungen und geplanter Strukturierungsvorhaben veranlassen. Die Praxis lässt entsprechenden Optimierungsbedarf weiterhin erkennen.

Anita Wehnert

FAIRNESS BEIM AUFHEBUNGSVERTRAG

Arbeitsrecht

Ein Aufhebungsvertrag kann nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 24. Februar 2022, Az.: 8/22) nicht durch Anfechtung rückgängig gemacht werden, weil ein Rechtsanwalt für das Unternehmen mit dem Arbeitnehmer verhandelt oder weil für den Fall der Nichtunterzeichnung des Aufhebungsvertrags die Erklärung einer außerordentlichen Kündigung sowie die Erstattung einer Strafanzeige in Aussicht gestellt worden ist. Auch die Verweigerung der Bitte, eine längere Bedenkzeit zu erhalten und Rechtsrat einholen zu können, ist kein Verstoß gegen das Gebot fairen Verhandeln. Dies hat das Bundesarbeitsgericht bereits am 7. Februar 2019 (Az.: 6 AZR 75/18) entschieden: Dem Bundesarbeitsgericht fehlte die Widerrechtlichkeit der behaupteten Drohung, wenn ein verständiger Arbeitgeber sowohl die Erklärung einer außerordentlichen Kündigung als auch die Erstattung einer Strafanzeige ernsthaft in Erwägung ziehen durfte. Die

Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers sei auch nicht dadurch verletzt worden, dass das Unternehmen den Aufhebungsvertrag entsprechend § 147 Abs. 1 Satz 1 BGB nur zur sofortigen Annahme unterbreitet hat und der Arbeitnehmer über die Annahme deswegen sofort entscheiden musste.

FAZIT

- ▶ Das Bundesarbeitsgericht verwendet das »Gebot fairen Verhandeln bei Aufhebungsverträgen« als Kontrollinstrument nur im Einzelfall, wenn die Umstände und/oder die Konditionen der Aufhebungsvereinbarung als unangemessen angesehen werden.
- ▶ Anstelle des Aufhebungsvertrags kann ein Abwicklungsvertrag nach vorherigem Ausspruch einer Kündigung die sicherere Beendigung des Arbeitsverhältnisses sein.

Dr. Andrea Benkendorff

NEUREGELUNGEN DES NACHWEISGESETZES ZWINGEN ZUR ÜBERARBEITUNG DER ARBEITSVERTRÄGE

Zum 1. August 2022 tritt die Änderung des Nachweisgesetzes (BT-Drucks. 20/1636) in Kraft und zwingt Unternehmen zur Überarbeitung der Arbeitsvertragsmuster bei Neueinstellungen und bei wesentlichen Vertragsänderungen. Bestandsmitarbeiter haben auf Verlangen einen Anspruch auf Mitteilung innerhalb von sieben Tagen, so dass auch hier eine Vorlage erstellt werden sollte.

Bislang regelte das Nachweisgesetz (NachwG) schon umfangreiche Informationspflichten, u. a. den Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsverhältnisses, die vorhersehbare Dauer des Arbeitsverhältnisses, den Arbeitsort, eine Tätigkeitsbeschreibung, die vereinbarte Arbeitszeit, die Dauer des Erholungsurlaubs, die Kündigungsfristen sowie ein allgemeiner Hinweis auf anwendbare Tarifverträge resp. Betriebsvereinbarungen. Sofern diese Punkte nicht in einem schriftlichen Arbeitsvertrag geregelt sind, konnten Arbeitgeber/innen auch spätestens einen Monat nach dem Beginn des Arbeitsverhältnisses diese wesentlichen Vertrags-

bedingungen schriftlich aushändigen. Bislang gab es keine staatlichen Sanktionen, wenn die Nachweispflicht nicht (ordnungsgemäß) erfüllt wurde.

Basierend auf der EU-Richtlinie 2019/1152 werden die Unterrichtungspflichten des Arbeitgebers über die Arbeitsbedingungen erheblich erweitert und ein Bußgeld bei Nichteinhaltung eingeführt:

Das Gesetz verlangt ab dem 1. August 2022 zusätzlich, die Zusammensetzung, die Höhe des Arbeitsentgelts und deren Fälligkeit sowie die Art der Auszahlung klarer darzustellen. Bestandteile des Arbeitsentgelts sind gesondert anzugeben inklusive der Vergütung von Überstunden, der Zuschläge, der Zulagen, Prämien und Sonderzahlungen. Erwähnt sein muss die Dauer der Probezeit, bei einem befristeten Arbeitsverhältnis im Verhältnis zur Art der Tätigkeit und Dauer der Befristung. Neben der Arbeitszeit sind nun auch Ruhepausen, die Möglichkeit der Anordnung von Überstunden und deren Voraussetzungen, die Ruhezeiten sowie bei vereinbarter Schichtarbeit

das Schichtsystem, der Schichtrhythmus und Voraussetzungen für Schichtänderungen darzustellen. Bei den Kündigungsregelungen sind das Verfahren, mindestens aber das Schriftformerfordernis und die Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses sowie die Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage, aufzunehmen. Weitere Informationspflichten ergeben sich zum Umfang des Fortbildungsanspruchs, zur Abrufarbeit und zur Identität des Versorgungsträgers im Falle der betrieblichen Altersversorgung sowie bei einem Auslandsaufenthalt in Entsendefällen.

Der Hinweis auf die im Arbeitsverhältnis geltenden Kollektivvereinbarungen wie Tarifverträge, Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen genügen jedoch - nach wie vor - der Mitteilungspflicht, wenn die Regelungen zu o.g. Themen in diesen Kollektivregelungen enthalten sind.

Die Monatsfrist zur Mitteilung wird bei Neu-

einstellungen z.T. erheblich verkürzt. Änderungen von wesentlichen Vertragsänderungen im laufenden Arbeitsverhältnis müssen bereits am Tag ihres Wirksamwerdens schriftlich mitgeteilt worden ein.

FAZIT

- Unternehmen müssen zum 1. August 2022 tätig werden, um die neuen Erfordernisse des Nachweisgesetzes zu erfüllen
- Die Muster der Arbeitsverträge müssen bei Neueinstellungen ab den 1. August geändert werden oder ein zusätzliches Hinweisblatt zur Erfüllung des Nachweisgesetzes ausgereicht werden
- Bestandsmitarbeitende müssen innerhalb von 7 Tagen eine ergänzende Information zu ihren Arbeitsverträgen erhalten, wenn sie dies verlangen. Hier ist wegen der kurzen Frist eine Vorlage zu erstellen.

Dr. Andrea Benkendorff

RAUCHERPAUSEN: KÜNDIGUNG BEI VERSTOSS UND KEINE MITBESTIMMUNG DES BETRIEBSRATES

Das Landesarbeitsgericht Thüringen hat am 3. Mai 2022 (Az.: 1 Sa 18/21) zunächst Klarheit geschaffen: Besteht eine Anweisung, bei Raucherpausen auszustempeln und befolgen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter diese Weisung nicht, kann dies eine außerordentliche Kündigung begründen. Allerdings wurde die Revision zum Bundesarbeitsgericht zugelassen.

Den Vortrag der Arbeitnehmerin, als Raucherin die entsprechenden Zigarettenpausen zu benötigen, ließ das Gericht nicht gelten: Eine Nikotinsucht erkläre allenfalls die Anzahl der Raucherpausen, nicht jedoch das Unterlassen des Ausstempelns. Die hartnäckige Missachtung der Anweisung, bei Raucherpausen auszustempeln, sei geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu begründen, bei bewusst falschen Angaben hinsichtlich der Arbeitszeit oder bei mehrfachen nicht unerheblichen Falschaufzeichnungen sogar ohne Abmahnung. Auch nach der bei der Klägerin 30-jährigen Beschäftigungsdauer könne dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden, durch das vorsätzliche Nichterfassen von Pausenzeiten betrogen zu werden.

Nach einem Beschluss des Landesarbeitsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 29. März 2022

(Az.: 5 TaBV 12/21) ist die Frage, ob und wie Arbeitgeber der Belegschaft das Rauchen außerhalb der Pausen gestatten, eine freie unternehmerische Entscheidung: Weder der Betriebsrat, noch die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter können bezahlte oder unbezahlte Raucherpausen während der Arbeitszeit fordern, zumindest soweit diese über die gesetzlichen Pausenzeiten nach dem Arbeitszeitgesetz hinausgehen.

Im zugrundeliegenden Fall hatte der Betriebsrat eines Logistikunternehmens ein Mitbestimmungsrecht geltend gemacht, als der Arbeitgeber das Rauchen außerhalb der tarifvertraglich vorgesehenen Pausen untersagte. Die Anordnungen seien bis zur Beteiligung des Betriebsrates zu unterlassen.

Diesen Unterlassungsanspruch wies das Landesarbeitsgericht ab: Bei der Festlegung der Modalitäten für das Rauchen während der Arbeitszeit handele es sich nicht um Fragen des »Ordnungsverhaltens«, welche nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig sind. Die Anordnung, nur in Pausen zu rauchen, betreffe ausschließlich das Arbeitsverhalten, also die Konkretisierung der Arbeitspflicht. Hier in Form des Inhaltes und der Einhaltung der Arbeitszeiten

und des erwarteten Verhaltens während der Verrichtung der Arbeit. Außerhalb der gesetzlich oder tarifvertraglich vorgesehenen Pausenzeiten liegende Raucherpausen dienen dagegen nicht der Koordinierung des Zusammenlebens und des Zusammenwirkens der Arbeitnehmer und unterfallen damit auch nicht dem Ordnungsverhalten.

Das Landesarbeitsgericht hob zudem hervor, dass der Arbeitgeber nicht verpflichtet sei, über die Pausenzeiten hinaus Arbeitsunterbrechungen - ob nun zum Rauchen oder zu anderen Zwecken - zu dulden oder sogar anzubieten. Dem Arbeitgeber sei es nicht verwehrt, die vereinbarte Arbeitsleistung auch im vollen Zeitumfang abzufordern. Selbst wenn die Abforderung nicht durchgängig oder mit Unterbrechungen erfolge, berechtige dies nicht zum Verlassen des Arbeitsplatzes oder zur anderweitigen Beschäftigungen am Arbeitsplatz. Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen müssen sich insofern während der gesamten Arbeitszeit zur Arbeit zur Verfügung halten, selbst »Leerlaufzeiten« stehen den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern nicht zur freien Verfügung.

FAZIT

- ▶ Täuscht eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter vor, für einen Zeitraum seine Arbeitsleistung erbracht zu haben, obwohl dies tatsächlich nicht der Fall ist, ist dies Arbeitszeitbetrug und erfüllt an sich den Tatbestand des wichtigen Grundes im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB. Dies gilt auch für das Nichterfassen von Raucherpausen, wenn die Anweisung zum Ausstempeln/Erfassung als Pause besteht.
- ▶ Ob über die gesetzlichen oder tarifvertraglichen Pausenzeiten hinaus weitere Arbeitsunterbrechungen geduldet werden, steht alleine im Ermessen des Arbeitgebers. Verlangen kann auch der Betriebsrat derartige Regelungen nicht.
- ▶ Mitbestimmungsfrei ist auch die Frage, welchen Beschäftigten Arbeitnehmer innerhalb von betrieblichen oder technischen Unterbrechungen während der Arbeitszeit nachgehen können.
- ▶ Hierzu sollte jedes Unternehmen trotzdem klare Anweisung treffen, auch um eine Gleichbehandlung der Raucher mit Nichtraucher zu gewährleisten.

Dr. Andrea Benkendorff und Kristian Glowe

GESETZLICHER MINDESTLOHN UND BETRIEBLICHE ENTGELTGRUNDSÄTZE

Die Koalitionsparteien haben in ihrem Koalitionsvertrag vereinbart, den gesetzlichen Mindestlohn auf EUR 12,00 brutto je Zeitstunde zu erhöhen. Diese Erhöhung des gesetzlichen Mindestlohnes, die zum 1. Oktober 2022 erfolgen soll, wird voraussichtlich dazu führen, dass der gesetzliche Mindestlohn über dem Stundenlohn der untersten Entgeltgruppe so mancher betrieblichen Entgeltsysteme liegen wird.

Dies wirft Fragen danach auf, welche Folgen diese Entwicklung für die betrieblichen Entgeltsysteme insgesamt, die regelmäßig bestimmte - prozentuale oder andere - Abstände zwischen den einzelnen Entgeltgruppen vorsehen, sowie etwaige Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG hat: Muss der Arbeitgeber auch den Stundenlohn der weiteren Entgeltgruppen des betrieblichen Entgeltsystems in einem bestimmten Maß erhöhen? Kann ein Betriebsrat dies ggfls. von einem Arbeitgeber auch verlangen? Oder muss der

Arbeitgeber mit dem Betriebsrat Verhandlungen über die dem betrieblichen Entgeltsystem zugrunde liegenden Entgeltgrundsätze aufnehmen, wenn er den gesetzlichen Mindestlohn zahlt?

Tatsächlich musste das Bundesarbeitsgericht (BAG) sich mit diesen Fragen bereits in seinem Beschluss vom 27. April 2021 (Az.: 1 ABR 21/20) befassen, als ein Arbeitgeber allen Mitarbeitern der Entgeltgruppe 1 und den Mitarbeitern der Entgeltgruppe 2, Stufe 1 und 2 nach Erhöhung des gesetzlichen Mindestlohnes auf EUR 9,19 brutto je Zeitstunde diesen statt der im betrieblichen Entgeltsystem vorgesehenen EUR 8,90 brutto zahlte. Es verneinte in seinem Beschluss zu Recht die aufgeworfenen Fragen.

Das Bundesarbeitsgericht stellte zunächst fest, dass die dem betrieblichen Entgeltsystem zugrunde liegende Betriebsvereinbarung keine wie auch immer geartete nominelle Anpassung der - weiteren - Entgeltgruppen für den Fall der Erhöhung des gesetz-

lichen Mindestlohnes vorsah. Eine solche Regelung, die danach zwar in einer Betriebsvereinbarung vereinbart werden kann, muss jedoch klar und eindeutig sein.

Die Regelungen des Mindestlohngesetzes (MiLoG) berühren nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts auch die Regelungsbefugnisse der Betriebsparteien nicht. Der Mindestlohnanspruch aus § 1 Abs. 1 MiLoG sei ein gesetzlicher Anspruch, der eigenständig neben den arbeitsvertraglichen oder tarifvertraglichen Entgeltansprüchen trete. § 3 MiLoG führe demgemäß bei Unterschreiten des gesetzlichen Mindestlohns auch nur zu einem Differenzlohnanspruch. Das gelte auch bei einem in einer Betriebsvereinbarung festgestellten Stundenlohn, der den gesetzlichen Mindestlohn unterschreite.

Ein Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG liege auch nicht vor. Der Arbeitgeber verändere nämlich nicht die vereinbarten betrieblichen Entgeltgrundsätze, wenn er Mitarbeitern nach Erhöhung des gesetzlichen Mindestlohnes im Ergebnis diesen zahle. Er erfülle nämlich vielmehr lediglich eine zwingende gesetzliche

Verpflichtung und treffe keine eigene Entscheidung.

Dass die Erwartung der weiteren Mitarbeiter allerdings allgemein sein dürfte, auch ihr Stundenlohn müsse angehoben werden, wenn die Mitarbeiter der unteren Entgeltgruppen aufgrund der Erhöhung des gesetzlichen Mindestlohnes einen höheren Stundenlohn erhalten, steht auf einem anderen Blatt.

FAZIT

- ▶ Ein Arbeitgeber ist grundsätzlich nicht verpflichtet, wenn er Mitarbeitern unterer Entgeltgruppen eines betrieblichen Entgeltsystems aufgrund der Erhöhung des gesetzlichen Mindestlohnes im Ergebnis einen höheren Stundenlohn zahlen muss, auch den Stundenlohn der Mitarbeiter der weiteren Entgeltgruppen in einer bestimmten Weise zu erhöhen.
- ▶ Die Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns an Stelle eines niedrigeren Stundenlohns, der sich aus betrieblichen Entgeltgrundsätzen ergibt, stellt keine Änderung von Entlohnungsgrundsätzen dar. Sie unterliegt somit nicht der Mitbestimmung des Betriebsrates gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.

Frank Martin Thomsen

KEIN ANNAHMEVERZUGSLOHN DES ARBEITNEHMERS NACH ERFOLGREICHEM KÜNDIGUNGSSCHUTZPROZESS?

Der Arbeitgeber muss einem Arbeitnehmer, der in einem Kündigungsschutzprozess obsiegt, nach § 615 BGB grundsätzlich das nach dem vermeintlichen Ende des Arbeitsverhältnisses nicht gezahlte Arbeitsentgelt nachentrichten. Gemäß § 11 Nr. 2 KSchG muss der Arbeitnehmer sich auf diesen Anspruch allerdings auch anrechnen lassen, was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen.

Das Bundesarbeitsgericht hat in seinem Urteil vom 27. Mai 2020 (Az.: 5 AZR 387/19) dem Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer, der Vergütung wegen Annahmeverzug fordert, schon einen Auskunftsanspruch über die von der Agentur für Arbeit und dem Jobcenter unterbreiteten Vermittlungsvorschläge zuerkannt. Grundlage dieses Anspruches sei eine Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis nach

§ 242 BGB. Der Arbeitgeber hätte nämlich keine andere rechtmäßige Möglichkeit, sich die notwendigen Informationen zu beschaffen, um eine Einwendung nach § 11 Nr. 2 KSchG zu begründen. Mitzuteilen seien – in Textform – die von der Agentur für Arbeit erhaltenen Arbeitsangebote unter Angabe der Kriterien Tätigkeit, Arbeitszeit, Arbeitsort und Vergütung.

Diese Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat das Landesarbeitsgericht Niedersachsen in seinem Urteil vom 9. November 2021 (Az.: 10 Sa 15/21) konsequent fortgeführt. Es hat die Klage des Arbeitnehmers (nach gewonnenem Kündigungsschutzprozess) auf Annahmeverzugslohn i. H. v. EUR 174.201,07 brutto abgewiesen, weil er sich weder nach Erhalt der Kündigung noch zu einem späteren Zeitpunkt bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend gemeldet hatte. Der Arbeitnehmer meinte, dass eine Pflicht, sich arbeitslos

zu melden, nicht bestanden hätte. Überdies würden leitende Positionen wie seine nur über Headhunter und nicht über die Agentur für Arbeit vergeben.

Zur Begründung hat das Landesarbeitsgericht Niedersachsen ausgeführt: Das Unterlassen der Meldung des Arbeitnehmers bei der Agentur für Arbeit als arbeitsuchend erfülle nach der neuen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes das Merkmal des böswilligen Unterlassens im Sinne von § 11 Nr. 2 KSchG.

Gemäß § 2 Abs. 5 SGB III seien Arbeitnehmer zur aktiven Mitarbeit bei der Vermeidung oder Beendigung von Arbeitslosigkeit angehalten und nach § 38 Abs. 1 SGB III auch verpflichtet, sich persönlich bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend zu melden. Auch wenn es sich bei dieser Meldeobligiertheit um eine rein sozialversicherungsrechtliche handele, sei die Meldepflicht auch im Rahmen der Anrechnungsvorschriften beim Annahmeverzug zu beachten. Dem Arbeitnehmer könne nämlich arbeitsrechtlich das zugemutet werden, was ihm das Gesetz ohnehin abverlange. Demgemäß genüge der Arbeitnehmer seinen Obliegenheiten aus § 11 Nr. 2 KSchG nur, wenn er sich arbeitslos melde und sich mit den ihm von der Agentur für Arbeit nachgewiesenen Arbeitsmöglichkeiten ernsthaft befasse. Einen Erfahrungssatz, das herausgehobene Manage-

mentposition wie die des Arbeitnehmers nicht über die Agentur für Arbeit, sondern ausschließlich über Headhunter vermittelt würden, gebe es auch nicht. Die Vermittlungsaufgaben der Agentur für Arbeit seien auch nicht auf solche Stellen beschränkt, die weniger anspruchsvoll, bedeutend oder gut dotiert seien als diejenige des Arbeitnehmers.

Der Arbeitnehmer hat Revision gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichtes Niedersachsen eingelegt.

FAZIT

- ▶ Arbeitgeber haben durch die neuere Rechtsprechung bessere Möglichkeiten, nach einem verlorenen Kündigungsschutzprozess Einwände gegen einen Annahmeverzugslohnanspruch des Arbeitnehmers zu erheben.
- ▶ Meldet sich der gekündigte Arbeitnehmer bei der Agentur für Arbeit nicht arbeitsuchend, entfällt regelmäßig sein Anspruch auf Annahmeverzugslohn.
- ▶ Im Übrigen: Arbeitgeber können gekündigte Arbeitnehmer auch auf geeignete und zumutbare Stellenangebote aufmerksam machen. Der Arbeitnehmer müsste diese Arbeitsangebote dann in seine Bemühungen bei der Arbeitssuche einbeziehen, wenn er eine Anrechnung böswillig unterlassenen Erwerbs nach § 11 Nr. 2 KSchG vermeiden will.

Frank Martin Thomsen

VERTRAGSSTRAFEN IM ARBEITSVERTRAG NICHT MEHR WIRKSAM?

Das Sächsische Landesarbeitsgericht hat in seinem Urteil vom 24. Januar 2022 (Az.: 1 Sa 345/21) entschieden, dass arbeitsvertragliche Vertragsstrafen unwirksam sind, wenn diese nur den Arbeitnehmer belasten, nicht aber den Arbeitgeber für gleichwertige Pflichtverletzungen sanktionieren.

Ein Arbeitnehmer kündigte das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist und gab ein ihm überlassenes iPad zu spät heraus. Im Arbeitsvertrag waren Vertragsstrafen vereinbart für den Fall, dass der »Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis schuldhaft ohne Rechtsgrund und ohne Einhaltung der Kündigungsfrist« löst. Als Vertragsstrafe war dann die Vergütung geschuldet, die der Arbeitnehmer bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist erhalten hätte, maximal ein Bruttomonatsgehalt. Weiter-

hin war für den Arbeitnehmer eine Vertragsstrafe in Höhe eines Bruttomonatsgehalts bei Verstoß gegen die Herausgaberegelerung geregelt. Der Arbeitgeber unterlag dagegen nach Vereinbarung keiner Vertragsstrafe.

Das Landesarbeitsgericht wies die Forderung des Arbeitgebers ab, wegen der Nichteinhaltung der Kündigungsfrist oder wegen der verspäteten Herausgabe des iPads jeweils die Zahlung eines Bruttomonatsgehalts zu erhalten. Zwar finde das Verbot der Vertragsstrafe für das Lösen vom Vertrag (§ 309 Nr. 6 BGB) auf Arbeitsverträge keine Anwendung. Dennoch verstoße die Regelung der Vertragsstrafe zu vorzeitigem Ausscheiden gegen das Transparenzverbot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB: Die Formulierung »schuldhaft ohne Rechtsgrund und ohne Einhaltung der Kündigungsfrist« ließe zu viel Interpretationsspielraum. Unklar

sei, wann diese Voraussetzungen erfüllt seien, nur bei unentschuldigtem Fernbleiben des Arbeitnehmers oder auch bei einer unberechtigten außerordentlichen Kündigung des Arbeitnehmers? Auch würde die Klausel nur den Arbeitnehmer einseitig belasten und damit unangemessen benachteiligen.

Die Vertragsstrafe bei Herausgabeverweigerung benachteilige den Arbeitnehmer nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts dagegen aufgrund der Höhe der angesetzten Vertragsstrafe unangemessen. Die Herausgabepflicht umfasse auch sämtliche Arbeitsunterlagen und -mittel, sodass die Strafe von einem

Bruttomonatsgehalt ausgelöst werde, wenn der Arbeitnehmer bspw. gebrauchte Gummihandschuhe o. Ä. nicht oder zu spät zurückgegeben hätte.

FAZIT

- Prüfen Sie genau, für welche Pflichtverletzung des Arbeitnehmers Vertragsstrafen in den Arbeitsvertrag aufgenommen werden.
- Wenn Sie Vertragsstrafen im Arbeitsvertrag aufnehmen, muss die Regelung ausgewogen und angemessen sein. Ansonsten ist die Vertragsstrafe bei einer Pflichtverletzung nicht durchsetzbar.

Dr. Andrea Benkendorff

MITBESTIMMUNG DES BETRIEBSRATS BEI HINAUSSCHIEBEN DES BEENDIGUNGSZEITPUNKTS NACH § 41 S. 3 SGB VI?

Ob die Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers über eine auf das Arbeitsverhältnis anwendbare tarifliche Altersgrenze hinaus auf der Grundlage des § 41 S.3 SGB VI eine Einstellung im Sinne des § 99 BetrVG ist, musste das Bundesarbeitsgericht in seinem Beschluss vom 22. September 2021 (Az.: 7 ABR 22/20) klären. Nach § 41 S. 3 SGB VI können Arbeitsvertragsparteien durch Vereinbarung während des Arbeitsverhältnisses den Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses hinausschieben, gegebenenfalls auch mehrfach, wenn eine Vereinbarung die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze vorsieht.

Die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter endeten in dem Betrieb der Arbeitgeberin aufgrund einer anwendbaren tarifvertraglichen Regelung mit Ablauf des Monats, in dem die Mitarbeiter die gesetzliche Regelaltersgrenze erreichen. Die Arbeitgeberin nahm nach Inkrafttreten des § 41 S. 3 SGB VI jährlich ca. 5-10 Verlängerungen von Arbeitsverhältnissen nach dieser Vorschrift vor. Sie unterrichtete den Betriebsrat über die entsprechenden Verlängerungen, holte jedoch nicht seine Zustimmung zu diesen ein. Dagegen wandte sich der Betriebsrat in dem Fall des Mitarbeiters K. Er beantragte, der Arbeitgeberin die Aufhebung der Beschäftigung des Herrn K aufzugeben und sie durch Zwangsgeld zur gerichtlichen Befolgung der Anordnung anzuhalten.

Zu Recht, wie das Bundesarbeitsgericht in seinem Beschluss feststellte. Die Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers über das Ende eines befristeten Arbeitsverhältnisses hinaus sei eine nach § 99 Abs. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtige Einstellung. Dies folge aus dem Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats bei einer Einstellung, das vornehmlich den Interessen der schon im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer diene. Im Hinblick auf diesen Zweck komme eine Einstellung nicht nur bei der erstmaligen Eingliederung eines Mitarbeiters in den Betrieb in Betracht. Die Interessen der bereits im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer seien nämlich auch berührt, wenn ein Arbeitnehmer über den zunächst vorgesehenen Zeitpunkt hinaus im Betrieb verbleibe.

Mit der Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers über das Ende eines befristeten Arbeitsverhältnisses hinaus nehme der Arbeitgeber – nicht anders als bei einer Neueinstellung – eine Besetzung des aufgrund der Befristung des Arbeitsverhältnisses freiwerdenden Arbeitsplatzes vor. Dies könne Zustimmungsverweigerungsgründe auslösen, die bei der »Erstinstellung« nicht voraussehbar gewesen seien und deshalb bei der ursprünglichen Einstimmungsentscheidung des Betriebsrats noch nicht berücksichtigt werden konnten. Die Beteiligung des Betriebsrats reiche grundsätzlich bei jeder befristeten Einstellung

nur bis zu der vorgesehenen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Diese Überlegungen gälten auch, wenn die Weiterbeschäftigung aufgrund einer Hinausschiebungsvereinbarung im Sinne von § 41 SGB VI erfolge.

FAZIT

► Die Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers über das Ende eines befristeten Arbeitsverhältnisses hinaus

stellt grundsätzlich eine Einstellung im Sinne von § 99 BetrVG dar. Dies gilt auch, wenn die Weiterbeschäftigung aufgrund einer Hinausschiebungsvereinbarung im Sinne von § 41 SGB VI erfolgt. Die bloße Information des Betriebsrates über den Abschluss von Hinausschiebungsvereinbarungen im Sinne von § 41 SGB VI ersetzt nicht die Zustimmung nach § 99 BetrVG.

Frank Martin Thomsen

SUCHTBERATUNG IN DER DIAKONIE – EINGRUPPIERUNG I. D. R. IN EG 9

Sozialpädagoginnen und Sozialpädagogen in der Suchtberatung sind nach einem aktuellen, noch nicht rechtskräftigen Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 11. April 2022 (Az.: 4 Sa 60/21) auch dann, wenn sie über eine suchtttherapeutische Zusatzausbildung verfügen, i. d. R. weiterhin in Entgeltgruppe 9 der Arbeitsvertragsrichtlinien der Arbeitsrechtlichen Kommission der Diakonie Deutschland - Fassung Sachsen (nachfolgend: AVR) eingruppiert.

Zwar ist in den Richtbeispielen der Entgeltgruppe 10 die Sozialpädagogin/Sozialarbeiterin mit Weiterbildung Suchttherapie ausdrücklich genannt. Das Vorhandensein der Zusatzausbildung allein genügt jedoch nicht für eine entsprechend höhere Eingruppierung. Vielmehr müssen den Beschäftigten daneben auch Aufgaben obliegen, die unter Beachtung des § 12 Abs. 3 AVR diese Weiterbildung zwingend erfordern. § 12 Abs. 3 AVR sagt klar, dass für die Eingruppierung nicht die berufliche Ausbildung, sondern allein die Tätigkeit maßgebend ist. Entscheidend ist die für die Ausübung der beschriebenen Tätigkeit in der Regel erforderliche Qualifikation, nicht die formale Qualifikation der Mitarbeiterin bzw. des Mitarbeiters.

Die Tätigkeiten, für welche eine entsprechende Weiterbildung Suchttherapie erforderlich sind, müssen außerdem prägend i. S. d. § 12 Abs. 2 AVR sein, um eine Eingruppierung in Entgeltgruppe 10 zu begründen. Das bedeutet, sie müssen unverzichtbarer Bestandteil des Arbeitsauftrages sein und der Tätigkeit quasi »ihren Stempel aufdrücken«.

Für die von der Klägerin vorgetragene üblichen Beratungstätigkeiten in der Suchtberatungsstelle, die den ganz überwiegenden Teil ihrer Arbeitszeit aus-

machten, sah das Gericht deren suchtttherapeutische Zusatzausbildung zwar als nützlich, jedoch nicht als zwingend erforderlich an. Im entschiedenen Fall genügte es dem Sächsischen Landesarbeitsgericht außerdem nicht, dass die Klägerin vorgetragen hatte, ab und an zumindest vertretungsweise therapeutische Aufgaben innerhalb der Ambulanten Rehabilitation (Gruppenstunden) zu übernehmen, für welche sich die Notwendigkeit einer Weiterbildung Suchttherapie zumindest diskutieren lässt. Es ist davon auszugehen, dass das Gericht – so es nicht auch hier die zwingende Erforderlichkeit der Weiterbildung schon verneinte – im entschiedenen Fall wegen des geringen Zeitanteils deren prägenden Charakter verneinte. Genaueres wird sich der demnächst folgenden schriftlichen Urteilsbegründung entnehmen lassen.

FAZIT

- Dienstgeberinnen und Dienstgeber, welche die AVR anwenden und Suchtberatungsstellen betreiben, können die dort in der Suchtberatung tätigen Sozialpädagoginnen und Sozialpädagogen i. d. R. weiterhin nach Entgeltgruppe 9 vergüten.
- Entgeltgruppe 10 kommt nur in Betracht, wenn die konkrete Tätigkeit eine Weiterbildung Suchttherapie zwingend erfordert. Das ist bei den üblichen Suchtberatungstätigkeiten nicht der Fall.
- Selbst bei zwingender Erforderlichkeit der Weiterbildung für bestimmte suchtttherapeutische Aufgaben muss die in Rede stehende Tätigkeit prägend sein. Nur ganz geringe Arbeitszeitanteile genügen nicht für die Erfüllung des Richtbeispiels in Entgeltgruppe 10.

Dr. Tina Lorenz

DAS BUNDEARBEITSGERICHT MUSS ES RICHTEN! QUARANTÄNEZEITEN UND JAHRESURLAUB

Das Landesarbeitsgericht Hamm hat mit Urteil vom 27. Januar 2022 (Az.: 5 Sa 1030/21) entschieden, dass im Fall der Anordnung einer Quarantäne während eines bewilligten Urlaubs, die in die Zeit der Quarantäne fallenden Tage auf den Urlaub nicht anzurechnen und in der Folge entfallene Urlaubstage nachzuzugewähren sind. § 9 BUrlG sei analog anzuwenden, da die angeordnete Quarantäne mit der Situation eines arbeitsunfähig erkrankten Arbeitnehmers vergleichbar sei. Zwar schulde der Arbeitgeber tatsächlich keinen »Urlaubserfolg«. Der Arbeitnehmer solle aber nach § 1 BUrlG zur Erfüllung des Urlaubsanspruchs von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung freigestellt werden, um ihm die uneingeschränkte Möglichkeit selbstbestimmter Nutzung seiner Freizeit zu geben. Die Quarantäne-Bestimmungen verhinderten dieses, da sie bestimmten, wo sich eine Person aufzuhalten habe, mit wem sie Kontakt haben dürfe und ob sie sich gegebenenfalls Untersuchungen unterziehen müsse. Die Anordnung einer Quarantäne stehe damit einer freien, selbstbestimmten Gestaltung des Urlaubszeitraumes diametral gegenüber.

Damit stellt sich das Landesarbeitsgericht Hamm gegen die Rechtsprechung anderer Landesarbeitsgerichte und des Bundesarbeitsgerichts. Die-

ses hat mit Urteil vom 25. August 2020 (Az.: 9 AZR 612/19) entschieden, dass die Bestimmungen der §§ 9, 10 BUrlG nicht verallgemeinerungsfähig seien, und ihre entsprechende Anwendung auf andere urlaubsstörende Ereignisse oder Tatbestände, aus denen sich eine Beseitigung der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers ergebe, nicht in Betracht kommt. Auch das Landesarbeitsgericht Düsseldorf (Urteil vom 15. Oktober 2021 – Az.: 7 Sa 857/21) und das Landesarbeitsgericht Köln (Urteil vom 13. Dezember 2021 – Az.: 2 Sa 488/21) haben die Nachgewährung von Urlaubstagen infolge einer behördlichen Quarantäne-Anordnung abgelehnt.

FAZIT

- ▶ Mit seiner Entscheidung weicht das Landesarbeitsgericht Hamm von der bisherigen Rechtsprechung ab. Die Revision zum Bundesarbeitsgericht wurde zugelassen, das nun das letzte Wort hat.
- ▶ Die Frage ist von durchaus hoher praktischer Relevanz, da die »Omikron-Welle« eine Vielzahl von Quarantäne-Anordnungen zog und immer noch nach sich zieht. Sollte sich das Bundesarbeitsgericht der Auffassung des Landesarbeitsgerichts Hamm anschließen, drohen vielen Arbeitgebern erhebliche Urlaubsnachforderungen seitens der Belegschaft.

Dr. Andrea Benkendorff

»ABER DER IST DOCH NUR AUSHILFE« – UNZULÄSSIGE DIFFERENZIERUNG BEIM STUNDENLOHN

Viele Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber setzen geringfügig Beschäftigte ein, um die »regulär« Beschäftigten zu unterstützen bzw. kleinere verbleibende Lücken im Dienstplan zu schließen. Dabei ist stets im Blick zu behalten, dass geringfügig Beschäftigte als Teilzeitbeschäftigte unter das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) fallen und insbesondere nicht gegenüber den Vollzeitmitarbeitern benachteiligt werden dürfen, § 4 TzBfG.

Eine solche Benachteiligung liegt vor, wenn die geringfügig Beschäftigten dieselbe Arbeit wie die Vollzeitbeschäftigten verrichten, aber allein aufgrund der geringfügigen Beschäftigung einen geringeren Stundenlohn erhalten. Dies hat das Landesarbeitsgericht

München mit Urteil vom 19. Januar 2022 (Az.: 10 Sa 582/21) entschieden. Im dortigen Fall beschäftigte die Arbeitgeberin »hauptamtliche« Rettungsassistenten in Voll- und Teilzeit. Daneben beschäftigte sie »nebenamtliche« Rettungsassistenten auf Basis einer geringfügigen Beschäftigung. Im Gegensatz zu den hauptamtlichen Rettungsassistenten legt die Arbeitgeberin die Dienste der nebenamtlichen Rettungsassistenten nicht verbindlich fest, vielmehr teilen diese selbst mit, welche offenen Dienste sie übernehmen wollen. Die hauptamtlichen Rettungsassistenten wurden mit ca. EUR 17,00 pro Stunde vergütet, während die nebenamtlichen Rettungsassistenten für dieselbe Arbeit einen Stundenlohn von EUR 12,00 erhielten. Die Klage

eines nebenamtlichen Rettungsassistenten auf Zahlung des höheren Stundenlohns hatte vor dem Landesarbeitsgericht München Erfolg.

Nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts kann der Umstand, dass die geringfügig beschäftigten Rettungsassistenten ihre Zeit selbst einteilen können und die Dienste nicht durch die Arbeitgeberin vorgegeben werden, die Ungleichbehandlung bei der Stundenvergütung nicht rechtfertigen. Denn eine unterschiedliche Behandlung könne nur gerechtfertigt sein, wenn objektive Gründe vorliegen, beispielsweise unterschiedliche Arbeitsleistung, Arbeitsplatzanforderungen oder erforderliche Berufserfahrung.

Insbesondere, wenn sich die Arbeitsleistung der geringfügig Beschäftigten nicht von der der Vollzeitbeschäftigten unterscheidet, gelte der Grundsatz »gleicher Lohn für gleiche Arbeit«.

FAZIT

- ▶ Arbeitgeber sollten bei geringfügig Beschäftigten stets im Blick behalten, dass sie sie gegenüber »regulären« Beschäftigten nicht benachteiligen.
- ▶ Insbesondere darf bei gleicher Arbeitsleistung keine Differenzierung in der Vergütung - gemessen am Stundenlohn - erfolgen.

Anne Kiesewalter, LL.M.

AUSSERORDENTLICHE KÜNDIGUNG WEGEN VERSTOSSES GEGEN CORONA-SCHUTZMASSNAHMEN, INITIATIVRECHT DER MITARBEITERVERTRETUNG

Bereits der erstmalige Verstoß gegen Schutzmaßnahmen vor der Verbreitung des Coronavirus kann eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen, auch ohne vorangegangene Abmahnung. Dies zumindest in Bereichen, in denen Schutzmaßnahmen zum Schutz besonders gefährdeten Gruppen angeordnet werden.

So hat das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg (Urteil vom 10. Dezember 2021 - Az.: 12 Sa 46/21) eine außerordentliche Kündigung gegen eine Pflegefachkraft für rechtswirksam befunden, die in einem Altenpflegeheim beschäftigt war. Diese hatte zu Beginn der Coronapandemie die Anweisung des Arbeitgebers nicht befolgt, während des gesamten Aufenthalts in der Einrichtung Schutzkleidung zu tragen. An der Eignung als außerordentlicher Kündigungsgrund änderte vorliegend auch nichts, dass die Mitarbeiterin das Tragen der Schutzkleidung nur während der Pausenzeiten unterließ. Aus Sicht des Landesarbeitsgerichtes reicht es für eine Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung bereits aus, dass die Klägerin auf wiederholte Aufforderung ihrer Vorgesetzten und bei akuter Infektionslage im Altenpflegeheim die Schutzmaßnahmen nicht befolgte.

Interessant ist darüber hinaus, dass in diesem Fall die Mitarbeitervertretung ohne formelle Anhörung des Arbeitgebers bereits Stellung zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung nahm. So hatte die Mitarbeitervertretung durch eine »in cc« erhaltene Kommunikation zwischen der Heim- und

Bereichsleitung Kenntnis von dem Sachverhalt erlangt und schon vorsorglich der Kündigung zugestimmt. Nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg reicht dies zur Durchführung des Mitberatungsverfahrens nach § 46 lit. b) in Verbindung mit § 45 MVG.EKD aus. Es ist nicht erforderlich, dass das Mitberatungsverfahren vom Dienstgeber eingeleitet wird. Dies kann auch im Rahmen des Initiativrechts nach § 47 MVG.EKD von der Mitarbeitervertretung eingeleitet werden.

FAZIT

- ▶ Absichtliche Verstöße sollten bereits frühzeitig mit Abmahnungen sanktioniert werden, um die Mitarbeiter zu disziplinieren und im Wiederholungsfall rechtssicher eine Kündigung aussprechen zu können. In offensichtlichen Verweigerungsfällen muss eine Abmahnung nicht abgewartet werden.
- ▶ Stimmt die Mitarbeitervertretung bereits vor einer Anhörung im Mitberatungsverfahren einer außerordentlichen Kündigung zu, entfällt die Notwendigkeit eines weiteren Mitberatungsverfahrens. Dies allerdings nur, wenn die MAV schon vollständig über den Sachverhalt in Kenntnis gesetzt war. Bei dem strengerem Mitbestimmungsverfahren zur (hilfsweisen) ordentlichen Kündigung sollte die Mitarbeitervertretung aber durch formelle Einleitung des Zustimmungsverfahrens beteiligt werden.

Kristian Glowe

ANGEMESSENE GEHEIMHALTUNGSMASSNAHMEN AUCH OHNE VERTRAULICHKEITSVEREINBARUNGEN

Das Oberlandesgericht Schleswig-Holstein hat mit Entscheidung vom 28. April 2022 (Az.: 6 U 39/21) entschieden, dass angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen im Sinne des Geschäftsgeheimnisgesetzes (GeschGehG) auch dann angenommen werden können, wenn bezüglich des Geschäftsgeheimnisses keine ausdrücklichen Vertraulichkeitsvereinbarungen geschlossen wurden und vertragliche Verschwiegenheitspflichten unwirksam sind.

Die Klägerin nahm die Beklagte erfolgreich auf Unterlassung der Benutzung einer Teil-Kostenrechnung nach § 6 GeschGehG in Anspruch. Die Klägerin erstellte diese Excel-Tabelle vorsorglich zur Erfüllung eines eventuellen Schadensersatzanspruchs der Beklagten mit hoher Mühewaltung. Da die Teil-Kostenrechnung umfangreiche Einblicke in die betriebsinterne Kalkulation der Klägerin zuließ, nahm das Oberlandesgericht ein Geschäftsgeheimnis an. Die Beklagte habe sich diese Teil-Kostenrechnung unbefugt verschafft und genutzt, wovon das Oberlandesgericht ebenfalls überzeugt war.

Das Oberlandesgericht kam auch zu der Überzeugung, dass die Klägerin den Umständen nach angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen zum Schutz der Tabelle ergriffen habe. Dies ist nunmehr zwingende Voraussetzung des GeschGehG. Das Gericht stufte die Teil-Kostenrechnung als sensible bis wichtige Information der Klägerin ein und ordnete sie damit dem unterem bis mittleren Geheimhaltungsbereich ein. Vor diesem Hintergrund hielt das

Oberlandesgericht die ergriffenen Schutzmaßnahmen für ausreichend. Die Klägerin habe entsprechend dem »Need to Know«-Prinzip die Tabelle nur den Personen zugänglich gemacht, welche die Informationen zwingend gebraucht haben. Auch ohne ausdrückliche Verschwiegenheitsabrede mit diesen Personen, habe die Klägerin von deren Verschwiegenheit ausgehen können. Denn in den jeweiligen Anstellungs- und Arbeitsverträgen habe es Verschwiegenheitsklauseln gegeben. Diese seien für den Geheimnisschutz nicht deswegen unbeachtlich, weil sie gegebenenfalls wegen ihrer zu allgemeinen Fassung unwirksam wären. Entscheidend sei, dass die Klägerin aus ex ante Sicht keinen Anlass hatte davon auszugehen, dass die von ihr getroffenen Maßnahmen unzureichend wären. Es ist zu fragen, ob bei objektiver Betrachtung im Vorfeld sinnvolle und effiziente Schutzmaßnahmen ergriffen wurden. Zudem hatte die Klägerin zumindest die Standard-IT-Sicherheitsmaßnahmen zum Schutz der Informationen ergriffen, sodass ihr der Unterlassungsanspruch im Ergebnis zugesprochen wurde.

FAZIT

► In Geheimhaltungsprozessen kommt es entscheidend auf die Darlegung und Begründung aller zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse ergriffenen Maßnahmen, ob unwirksam oder nicht, an.

Manuela Pokern

GOOGLE ANALYTICS IN DER MANGEL

Seitdem der Europäische Gerichtshof mit Entscheidung vom 16. Juli 2020 (Az.: C-311/18 »Schrems II«) das EU-US-Datenschutzabkommen »Privacy Shield« für ungültig erklärt hat, ist umstritten, ob und wie personenbezogene Daten bspw. in Form von Google Analytics datenschutzkonform an die USA übermittelt werden können. Für die Zulässigkeit der Datenübermittlung in ein Drittland ist dabei entscheidend, dass

sie in ein Land erfolgt, das ein dem EU-Datenschutzrecht gleichwertiges Schutzniveau aufweist.

Google Analytics ist ein beliebtes Webseitentool, um das Nutzerverhalten von Webseitenbesuchern auszuwerten. Mit wenig Konfigurationsaufwand kann ermittelt werden, welche Seiten bspw. wie lang aufgerufen werden oder wie sich die Nutzer auf den Seiten verhalten. Zur Nutzung dieses Analysedienstes

erhebt Google die IP-Adresse des Benutzers sowie u.a. Informationen zu dem verwendeten Browser und dem Betriebssystem. Überdies setzt Google auch Cookies auf den Endgeräten des Benutzers. Diese Daten werden von Google nicht nur umfassend für eigene Zwecke genutzt, sondern vor der Nutzung auf die Server von Google in den USA übermittelt.

Die durch die Nutzung von Google Analytics stattfindende Datenübermittlung in die USA verstößt nach Auffassung des österreichischen Datenschutzbeauftragten (Entscheidung vom 22. April und 12. Januar 2022) gegen die Vorgaben der europäischen DS-GVO. Auch in Frankreich und den Niederlanden wird die Verwendung von Google Analytics als datenschutzwidrig angesehen. Grund dafür sei, dass die Datenübermittlung nicht auf Grundlage eines angemessenen Schutzniveaus erfolge. Die von Google verwendeten Standardvertragsklauseln, sprich die ausdrückliche Zusage von Google zur Einhaltung des europäischen Datenschutzniveaus, seien nicht ausreichend. Lokale Behörden seien durch die Standardvertragsklauseln nicht gebunden. Auch könnten die US-Nachrichtendienste nach wie vor von ihren unbeschränkten Zugriffs- und Überwachungsmög-

lichkeiten Gebrauch machen, die ihnen durch nationale Vorschriften, wie z.B. dem Cloud Act eingeräumt werden. Darüber hinaus biete auch die von Google angebotene IP-Anonymisierung keinen hinreichenden Schutz. Die IP-Anonymisierung bewirkt nur die Kürzung eines Teils der IP-Adressen und sei damit keine vollständige Datenanonymisierung. Zudem findet die IP-Anonymisierung erst nach der Übermittlung der Daten an Google statt.

Dass das Aus für Google Analytics auch in Deutschland kommt, ist sehr wahrscheinlich. Die Hoffnungen der Anwender liegen daher auf dem von der EU-Kommission und der US-Regierung im März angekündigten Versuch, ein neues Abkommen im Hinblick auf die Übertragung personenbezogener Daten an Drittländer (»Trans-Atlantic Data Privacy Framework«) zu schließen.

FAZIT

► Die Verwendung von Google Analytics ist aktuell kaum datenschutzkonform möglich. Es ist bereits jetzt über den Wechsel zu einer in der EU ansässigen Analyseplattform nach zu denken.

Manuela Pokern

PREISEXPLOSION BEI BAUSTOFFEN

Seit dem Jahr 2020 ist es auf dem Weltmarkt zu signifikanten Preisanstiegen bei Baustoffen gekommen. Preissteigerungen von über 200 % sind keine Seltenheit. Dies hat natürlich gravierende Auswirkungen auf laufende Bauprojekte. Es stellt sich daher derzeit für viele Baubeteiligte die drängende Frage, ob die gestiegenen Preise in irgend einer Art und Weise »umgelegt« werden können, konkret ob derjenige, der die Baustoffe nun weit über dem ursprünglich kalkulierten Preis teuer einkaufen muss, eine Preisanpassung gegenüber seinem Auftraggeber geltend machen kann.

Grundsätzlich ist eine solche Preisanpassung nicht möglich, da in aller Regel die Vertragspreise entweder als Einheitspreise Festpreise sind. Ein solcher Festpreis gilt für die gesamte Vertragslaufzeit, also

bis zum Abschluss des Bauvorhabens. Preissteigerungen gehen somit grundsätzlich zulasten desjenigen, der das Baumaterial zu besorgen hat. Durch die vertragliche Vereinbarung des Festpreises übernimmt er hierfür das Risiko. Die Gesetzeslage ist insoweit völlig eindeutig. Dies galt in der Vergangenheit auch zu Zeiten außergewöhnlicher Preissteigerungen z.B. bei der Ölpreiskrise in den 70er Jahren oder Mitte der 2000er Jahre, als es zu ungewöhnlichen Preisanstiegen im Stahlbereich kam. Die obergerichtliche Rechtsprechung war auch hier stets strikt und hat dem Verlangen nach einer Preisanpassung entsprechend den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB jeweils eine Absage erteilt. Insoweit ist grundsätzlich davon auszugehen, dass auch jetzt eine

Preisanpassung unter Berufung auf die Störung der Geschäftsgrundlage nicht erfolgreich sein dürfe.

Allerdings ist nicht auszuschließen, dass die Rechtsprechung in der derzeitigen Situation doch zu anderen Urteilen kommt. Denn nach den Preissteigerungen in den vergangenen zwei Jahren ist nunmehr durch die massiven staatlichen Sanktionen infolge des Ukraine-Krieges eine Preisregulierung auf dem Weltmarkt auf unabsehbare Zeit ausgeschlossen. Grundsätzlich ist es nämlich so, dass solche staatlichen Maßnahmen, die in gravierender Weise in den Wirtschaftskreislauf eingreifen und nicht vorhersehbar waren, nicht nur zulasten einer Vertragspartei gehen können. Denn es ist anzunehmen, dass redliche Vertragsparteien für diesen Fall das damit verbundene wirtschaftliche Risiko nicht einseitig zu Lasten einer

Vertragspartei geregelt, sondern in dem Vertrag für diesen Fall eine Möglichkeit zur Anpassung vorgesehen hätten, wenn man sich solcher Risiken bewusst gewesen wäre. Dies hat der Bundesgerichtshof wegen der Lockdown-Maßnahmen für den Gewerbemietbereich jüngst genau so entschieden.

FAZIT

- Es spricht einiges dafür, dass in absehbarer Zeit erste Urteile ergehen, die ein Preisanpassungsverlangen mit genau diesem Argument für begründet halten.
- Im Rahmen von Verhandlungen dürfte dies ein gewichtiges Argument für eine einvernehmliche Nachkalkulation und Vereinbarung neuer Vertragspreise auch bei laufenden Bauvorhaben sein.

Prof. Dr. Johannes Handschumacher

Vergaberecht

MÜSSEN NEBENANGEBOTE GLEICHWERTIG SEIN

Nebenangebote sind ein geeignetes Instrument, mit dem der Auftraggeber die Kreativität und Leistungsfähigkeit der Bieter abfragen kann, insbesondere wenn der Amtsvorschlag im Leistungsverzeichnis in technischer Hinsicht nicht der Weisheit letzter Schluss ist. Insofern bestimmt § 8 EU VOB/A, dass der öffentliche Auftraggeber Nebenangebote zulassen kann. Fehlt jedoch eine entsprechende Angabe in der Auftragsbekanntmachung, sind die Nebenangebote nicht zugelassen und bereits kraft Gesetzes deswegen auszuschließen. Eine vergleichbare Regelung findet sich in § 35 Abs. 1 VgV im Bereich der Liefer- und Dienstleistungsaufträge. Weiterhin bestimmt § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 VOB/A, dass der Auftraggeber, der Nebenangebote zugelassen hat, verpflichtet ist, anzugeben, in welcher Art und Weise Nebenangebote einzureichen sind und welche Mindestanforderungen an Nebenangebote gestellt werden. Hingegen findet sich eine Vorgabe, die Gleichwertigkeit eines Nebenangebotes mit dem Hauptangebot zu prüfen, in den einschlägigen Bestimmungen gerade nicht. Ein Umstand, der in der vergaberechtlichen Prüfpraxis der öffentlichen Auftraggeber und der von diesen eingeschalteten

Ingenieurbüros gerne und nachhaltig ignoriert wird. Mit dieser Thematik hatte sich das Oberlandesgericht Frankfurt zuletzt in seinem Beschluss vom 15. März 2022 auseinandergesetzt (OLG Frankfurt, Beschluss vom 15. März 2022, Az.: 11 Verg 10/21). Ausgeschrieben waren Bauleistungen zur Errichtung einer vollständig neuen Infrastruktur und der öffentlichen Erschließung für ein künftig zu schaffendes Wohnviertel.

Das Nebenangebot des Bieters sah vor, die Frostschutzschicht für den Straßenbelag aus Recyclingmaterial herzustellen. Das Nebenangebot wurde vom Auftraggeber nicht gewertet, da die Verwendung von Recyclingmaterial nicht erwünscht sei. Aus der Dokumentation eines Aufklärungsgespräches durch das beauftragte Planungsbüro mit dem Bieter ist ersichtlich, dass das Nebenangebot keinerlei Hinweise auf die Gleichwertigkeit des Recyclingmaterials enthalte. Daher könne von einer Gleichwertigkeit des Nebenangebotes nicht ausgegangen werden. Nach erfolgloser Rüge leitete das Unternehmen, dessen Nebenangebot ausgeschlossen werden sollte, ein Nachprüfungsverfahren ein. Nachdem die Vergabekammer Hessen den Nachprüfungsantrag teilweise als unzulässig

Vergaberecht

und im Übrigen als offensichtlich unbegründet abgewiesen hat, konnte das Unternehmen im Beschwerdeverfahren vor dem Oberlandesgericht Frankfurt im Wesentlichen obsiegen. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts Frankfurt war der Ausschluss des Nebenangebotes wegen der fehlenden Gleichwertigkeit mit den Vorgaben des Hauptangebotes vergaberechtswidrig. Ausdrücklich weist das Oberlandesgericht Frankfurt darauf hin, dass der öffentliche Auftraggeber, der Nebenangebote zugelassen hat, verpflichtet ist, die Mindestanforderung festzulegen, denen das Nebenangebot genügen muss. Diese Bestimmung schützt die Bieter, die Nebenangebote abgeben möchten, davor, dass ihre Nebenangebote mit der Begründung zurückgewiesen werden, sie seien gegenüber dem Hauptangebot minderwertig und wichen davon unannehmbar ab. Vor diesem legislativen Hintergrund ist für eine unbenannte, nicht näher determinierte und daher intransparente Gleichwertigkeitsprüfung zwischen Haupt- und Nebenangebot zu Lasten der Bieter kein Raum. Zwar kann mit einer solchen Gleichwertigkeitsprüfung gegebenenfalls der Wert von Nebenangeboten im Verhältnis zum Hauptangebot beurteilt werden. Ungeachtet dessen genügt eine Gleichwertigkeitsprüfung, für die es keine benannten Bezugspunkte gibt, weil wie vorliegend der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist, nicht den Anforderungen an transparente Wertungskriterien. Die Bieter können bei Angebotsabgabe nicht mit der angemessenen Sicherheit vorhersehen, welche Variante die Vergabestelle bei einer Gleichwertigkeitsprüfung noch als gleichwertig anerkennen wird und welche nicht.

Da die von dem öffentlichen Auftraggeber durchgeführte Gleichwertigkeitsprüfung rechtsfehlerhaft war, hat sich das Oberlandesgericht Frankfurt mit der Frage befasst, ob nicht bestimmte Anforderungen im Leistungsverzeichnis zugleich als erforderliche Mindestbedingung für die Nebenangebote qualifiziert werden können. So weist das Oberlandesgericht Frankfurt darauf hin, dass Mindestanforderungen für Nebenangebote nicht ausdrücklich als solche bezeichnet werden müssen. Es ist jedoch erforderlich, dass der

Bieter erkennen kann, dass es sich um eine Mindestanforderung handelt.

Der Umstand, dass im Leistungsverzeichnis vorliegend ausschließlich die Verwendung natürlicher Gesteinskörnung vorgesehen und auf den Zusatz »oder gleichwertig« verzichtet wurde, kann jedoch nicht die Mindestanforderung für die Nebenangebote »nur natürliche Gesteinskörnungen« entnommen werden. Dem Leistungsverzeichnis ist nur zu entnehmen, dass die Verwendung von Recyclingmaterial im Rahmen des Hauptangebotes unzulässig ist. Hingegen ist es gerade die Natur eines Nebenangebotes bei der technischen Umsetzung, von den Anforderungen, die für das Hauptangebot gelten, abzuweichen. Letztlich ist auch zu berücksichtigen, dass die Formulierung »oder gleichwertig« gemäß § 7 EU Abs. 2 VOB/A nur dann vorgesehen ist, wenn eine produktneutrale Ausschreibung nicht möglich ist, weil der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann. Aufgrund der mangelhaften Ausführungen im Leistungsverzeichnis hat das Oberlandesgericht Frankfurt den Auftraggeber verpflichtet, das streitgegenständliche Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in den Stand vor Angebotsauswertung zurückzusetzen und die Angebotsbewertung des Nebenangebotes zu wiederholen.

FAZIT

- ▶ Nebenangebote können nur dann gewertet werden, wenn der Auftraggeber diese in der Auftragsbekanntmachung zugelassen hat.
- ▶ Der öffentliche Auftraggeber ist verpflichtet, anzugeben, in welcher Art und Weise Nebenangebote einzureichen sind und welche Mindestanforderungen an die Nebenangebote gestellt werden.
- ▶ Die Mindestanforderungen müssen zwar nicht ausdrücklich als solche bezeichnet werden, jedoch muss ein erfahrener Bieter in der Lage sein, die Anforderungen als Mindestanforderungen zu erkennen.
- ▶ Die Prüfung der Gleichwertigkeit der Nebenangebote mit dem Hauptangebot ist vergaberechtlich nicht vorgesehen.

Dr. Ludger Meuten

ZU DEM PREIS? UNMÖGLICH?!

In unserer Battke Brief Ausgabe 1/2022 sind wir auf die Entscheidung der Vergabekammer Bund vom 15. November 2021 eingegangen. Die Vergabekammer Bund hatte die Gelegenheit wahrgenommen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen einer ordentlichen Preisprüfung näher zu konkretisieren. Anders als in dem durch die Vergabekammer Bund zu entscheidenden Sachverhalt hatte die Vergabekammer Berlin nun darüber zu urteilen, ob eine Preisprüfung bereits ab einer Differenz von 11 % zum nächst höheren Angebot erfolgen kann.

Nach Auffassung der Vergabekammer Berlin in ihrem Beschluss vom 25. März 2022 (Az.: VK-B2-53/21) indiziert ein Preisabstand zum nächst höheren Angebot das Vorliegen eines unangemessen niedrigen Preises. Der öffentliche Auftraggeber ist bereits ab einem Preisabstand von 11% berechtigt, gegenüber dem betroffenen Bieter/der betroffenen Bieter aufzuklären, wie dieser/diese seine/ihre Preise ermittelt hat und ob diese kostendeckend und angemessen sind.

In der Entscheidung hat die Vergabekammer

Berlin zudem darauf hingewiesen, dass in pauschalen Aussagen zur Darstellung der Preisermittlung keine geeignete Preisauflklärung liegt. Zudem reicht die bloße Versicherung des Bieters/der Bieterin, er/sie habe ein auskömmliches Angebot abgegeben und eine ordnungsgemäße Abwicklung der Maßnahme zu dem angebotenen Gesamtpreis sei ohne Zweifel zu erwarten, nicht aus um eine Preisauflklärung zu ersetzen. Ungereimtheiten in Bezug auf die Preisbildung, die sich im Wege der Aufklärung nicht zufriedenstellend aufklären lassen, gehen zulasten der Bieter.

FAZIT

- ▶ Bereits ab einer Differenz von 10 % zum nächst höheren Angebot kann ein unangemessen niedriger Preis indiziert sein und eine Angemessenheitsprüfung gegenüber dem Bieter erfolgen.
- ▶ Ungeachtet landesvergaberechtlicher Aufgreifschwelen besteht eine Verpflichtung zur Angemessenheitsprüfung ab 20 %.

Juliane Pethke

I. BATTKE BRAINERY

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 Anmeldemöglichkeit finden Sie direkt auf der Startseite unserer Homepage über die eigens hierzu angelegte Kachel »BATTKE BRAINERY«

II. WORKSHOPS

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.

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. ARBEITSRECHT

Veranstaltungen
Arbeitsrecht

Thema: Alkohol am Arbeitsplatz

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Ort: online

Datum: 4. Oktober 2022

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.rkwcampus.de

Thema: Arbeitsrecht für Führungskräfte

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Ort: Chemnitz

Datum: 8. November 2022

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.rkwcampus.de

IV. GESELLSCHAFTSRECHT

Thema: Compliance für den Mittelstand

Veranstalter: Bauakademie Ost gGmbH

Ort: Werder (Havel)

Datum: 6. Oktober 2022

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ekkehard Nolting

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.bauakademie-ost.de

Fachveranstaltungen für Rechtsanwälte – Personengesellschaftsrecht

Datum: 10. August 2022

Ort: Steigenberger Hotel Metropolitan Frankfurt

Im Rahmen des Sommerintensivkurses Gesellschaftsrecht der Deutschen Anwaltsakademie

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ekkehard Nolting

(geschlossene Veranstaltung)

Fachveranstaltungen für Rechtsanwälte – Das neue Personengesellschaftsrecht (MoPeG)

Datum: 29. September 2022

Lehrgang für Fachanwälte

Ort: Freiburg i.B.

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ekkehard Nolting

(geschlossene Veranstaltung)

V. VERGABERECHT

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

Veranstalter: eVergabe.de GmbH

Ort: online

Datum: 5. Oktober 2022, 13. Dezember 2022

Referent: Frau Rechtsanwältin Juliane Pethke

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.evergabe.de

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

Veranstalter: eVergabe.de GmbH

Ort: Dresden

Datum: 27. September 2022, 7. Dezember 2022

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

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: 8. September 2022, 22. November 2022

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.evergabe.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