

Oktober 2022

Liebe Leserin, lieber Leser,

in unserem Battke-Brief berichten wir für Sie über aktuelle Entwicklungen im Recht, zumeist Urteile von Obergerichten, die für Ihr tägliches Geschäft konkret von Bedeutung sind. Rechtspolitik erscheint da sehr weit weg zu sein. Aber das Recht von morgen ist für die Unternehmensführung nicht weniger relevant; denn man sollte wissen, was auf einen zukommen kann oder konkret zukommt, um sich rechtzeitig darauf einzustellen. Ein wichtiges Forum für Ersteres (was kann auf Unternehmen zukommen) ist der Deutsche Juristentag, der über Herausforderungen berät, auf die das Recht Antworten finden sollte. Auf seiner diesjährigen Sitzung in Bonn ging es in der Abteilung Wirtschaftsrecht dabei um die Verantwortlichkeit bei Versagen digitaler Systeme (Stichwort »autonomes Fahren«) und im Arbeits- und Sozialrecht um Auswirkungen des demografischen Wandels auf die Alterssicherungssysteme. Stehen diese Themen erst am Beginn eines rechtspolitischen Meinungsbildungsprozesses weit im Vorfeld der parlamentarischen Befassung, haben andere Projekte inzwischen ihre Umsetzung erfahren oder stehen unmittelbar davor und erfordern nun ganz konkret Anpassungsmaßnahmen in den Unternehmen. Stellvertretend für viele neue Gesetze im Bereich des Wirtschaftsrechts seien hier nur das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (betrifft vor allem sämtliche Gesellschaften bürgerlichen Rechts, aber auch Handelsgesellschaften), das Gesetz zur Umsetzung der Mobilitätsrichtlinie und – begleitend – zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, das insb. auch Formwechsel von Unternehmen erleichtern wird und damit neue Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet, aber auch einige Änderungen für die nationale Umwandlung von Unternehmen vorsieht, die schon im Vorfeld zu beachten sind, wenn Umstrukturierungen konkret geplant sind. Das zum 1. Januar 2023 in Kraft tretende neue Vormundschaftsrecht ist vor allem im Bereich der vorweggenommenen Erbfolge in Unternehmen und bei Beteiligung Minderjähriger an Unternehmen von Bedeutung und auch die unmittelbar bevorstehende Umsetzung der sog. »Whistleblowing-Richtlinie« stellt Unternehmen vor organisatorische Herausforderungen. Und nicht zuletzt erfreuen sich virtuelle und hybride Gesellschafterversammlungen zunehmender Beliebtheit, so dass hier nach Auslaufen des COVID-19-Gesetzes die Anpassung der Gesellschaftsverträge erforderlich ist. Außer in unserem Battke-Brief halten wir Sie auch in unseren verschiedenen Informationsformaten auf dem Laufenden und stehen Ihnen zum persönlichen Gespräch zur Verfügung. In diesem Sinne wünschen wir Ihnen eine erkenntnisreiche Lektüre – bleiben Sie gesund und optimistisch.

Ihre Battke Grünberg Rechtsanwälte PartGmbH

## N<sup>o</sup> 3/2022

> MANDANTENINFORMATION

Gesellschaftsrecht .....	06
Arbeitsrecht .....	11
Geistiges Eigentum .....	17
Verwaltungsrecht .....	22
Vergaberecht .....	23
In eigener Sache .....	24
Veranstaltungen & Vorträge .....	26
Impressum .....	30

# SCHWERPUNKTTHEMA

DR. ANDREA BENKENDORFF



## WISSENSTRANSFER IM GENERATIONENWECHSEL

Der Erfolg eines Unternehmens hängt im hohen Maße vom Wissen seiner Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ab. Wichtige Projekte müssen weitergeführt, sensitive interne und externe Kontakte aufrechterhalten und kritische Prozesse nahtlos fortgesetzt werden. Im ungünstigsten Fall verlässt aber der Mitarbeitende das Unternehmen und nimmt sein Wissen mit. Erst nachträglich wird deutlich, was dem Unternehmen mit seinem Ausscheiden verloren gegangen ist – zu spät.

### Ausgangslage

Gerade in Ostdeutschland ist in den nächsten 10 Jahren mit einer Rentenwelle der Mitarbeitenden zu rechnen, die nach der Wende eingestellt wurden. Andere erfahrene Mitarbeitende wechseln die Stelle, kündigen oder nehmen längere Zeit Urlaub. Neue Arbeitszeitmodelle ermöglichen häufige Abwesenheiten und Sabbaticals. Wenn dann die vakante Stelle nicht gleich wieder besetzt werden kann und über Monate interimsmäßig von Kolleginnen und Kollegen verwaltet wird, geht Wissen verloren. Selbst wenn das Wissen noch irgendwer hat, sind diese Wissenstragenden – auch dank Home-Office und Teilzeitregelungen – nicht immer zum Nachfragen vor Ort. Dazu ist das heute relevante Wissen zum Teil sehr schnelllebig und der Zugang zu Wissensquellen über »Google & Co« diffus.

Für Unternehmen ist es daher essenziell, das Wissen von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern im Unternehmen zu sichern, um einen Know-How-Verlust und somit eine Verschlechterung der Wettbewerbsfähigkeit zu vermeiden.

### Ein Beispiel

Ein Dienstleistungsunternehmen hat sich vorgenommen, den Übergang ausscheidender Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter besser zu regeln: Um eine Nachbesetzung zu erleichtern hat es im Arbeitsvertrag eine längere Kündigungsfrist von drei Monaten vereinbart. Der Personalleiter berichtet begeistert, dass er sogar schnell einen Nachfolger gefunden hat und noch einen Monat vor Vertragsende eine Überschneidungszeit gewährleisten kann. Dank des Einsatzes der Führungskraft wurde auch zur Übergabe eine Liste mit wichtigen Aufgaben gemacht und diese dem Nachfolger erläutert. Ist damit der Übergang des Wissens gesichert?

Kaum ist die Person weg, zeigt sich die Realität: Die Hektik vor dem Ausscheiden und der noch zu nehmende Resturlaub ließ kaum Zeit für ein echtes Einarbeiten. Auch fehlte das Eigeninteresse des Ausscheidenden, den Nachfolger zu befähigen. Trotz der Vorarbeiten klagt der Nachfolger, dass die Liste der Aufgaben veraltet und unvollständig wäre, ihm wichtige Informationen fehlten, er ständig Kollegen fragen muss. So habe er Arbeiten gemacht, die eigentlich schon von seinem Vorgänger erledigt waren. Er habe nicht gewusst, wo die Daten gespeichert sind. Er habe keinen Überblick über die Prozessverläufe, seine Führungskräfte hätten bei seinen Vorschlägen nur geschmunzelt: »... ja, das hat dein Vorgänger auch schon versucht«. Das ist alles andere als motivierend!

Dieses Beispiel zeigt, dass der Wissensverlust nicht nur im Bereich des dokumentierten, expliziten Wissens droht, auch wenn dies in Akten, Anleitungen oder Prozessbeschreibungen erfasst, leicht nachlesbar

oder erfragbar ist. Bedrohlicher ist der Wissensverlust beim Wissen, das auf Erfahrungen, Erinnerungen oder Werten beruht (implizites Wissen). So hörte z. B. ein Mechaniker bei einer Maschine schon am Geräusch, welches Problem vorlag. Er war sich sogar noch nicht einmal bewusst, dass er immer wieder auf dieses Erfahrungswissen zugreift. Wie will er dann dieses Wissen weitergeben? Dieses Wissen bleibt bei einer Übergabe auf eine Nachfolgerin oder einen Nachfolger regelmäßig unberücksichtigt. Um dieses Erfahrungswissen zu transferieren, muss es erlebt werden, ein Wissenstransfer von Mensch zu Mensch ist erforderlich.

#### Entscheidende Rollen beim Wissenstransfer

Beim Wissenstransfer kommt daher nicht nur der Erfahrenen oder dem Erfahrenen (Wissensgeberin oder Wissensgeber) und seiner Nachfolgerin oder seinem Nachfolger (Wissensnehmerin oder Wissensnehmer) eine entscheidende Rolle zu, sondern darüber hinaus vor allem der Führungskraft. Sie hat zu definieren, welche Person über wichtiges Schlüsselwissen verfügt und wie groß das unternehmerische Risiko effektiv sein wird, wenn das Wissen nicht vorhanden ist. Die Führungskraft muss sicherstellen, dass auch Erfahrungswissen wie wichtige Kontakte, Situationswissen und Zusammenhänge dokumentiert und sichtbar gemacht werden. Die Führungskraft muss aber nicht nur nachhalten, dass die ausscheidende Mitarbeiterin oder der ausscheidende Mitarbeiter sein Wissen dokumentiert und weitergibt, sondern auch, dass die neue Mitarbeiterin oder der neue Mitarbeiter dieses Wissen verstanden hat und anwenden kann. Dieser Wissenstransfer entlastet auch die Kollegen bei der Einarbeitung von neuen Mitarbeitern, weil sie nicht ständig gefragt werden müssen.

#### Systematischer Wissenstransfer als Unternehmenskultur

Doch macht ein systematischer Wissenstransfer nicht nur vereinzelt beim Ausscheiden von Mitarbeitern Sinn, sondern kann auch der Nutzung und Verteilung von vorhandenem Wissen auf alle Teammitglieder dienen: Instrumente und Methoden des Wissensmanagements fördern die Arbeitsqualität, die

Effizienz von Abläufen und die Entwicklung neuer Ideen. Das Team bleibt up to date und handlungsfähig, auch wenn erfahrene Mitglieder des Teams unerwartet ausfallen.

Wie kann man aber in der Unternehmenskultur verankern, das immerwährend und nicht nur in Einzelfällen Wissen weitergegeben wird?

#### Tools des Wissenstransfers

Die für ein systematisches Wissensmanagement denkbaren Tools orientieren sich an der Wissensnutzung: Wer muss was wissen? Handelt es sich um Wissen, das nur eine Person, das Team und alle im Unternehmen brauchen?

#### Wissenstransfer one to one

Soll Wissen nur von einer Person zur anderen vermittelt werden, nutzt man üblicherweise die Instrumente der Einarbeitung, der Übergabe oder der Vertretung. Zum Teil wird auch erworbenes oder zu erwerbendes Wissen transparent als Thema von strukturierten Mitarbeiterentwicklungsgesprächen, wenn sich eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter eine Schulung wünscht oder der Wissenserwerb Ziel der letzten Beurteilungsperiode war.

Über diese bewährten Tools hinaus könnte das Wissen um Spezialkenntnisse jeder Mitarbeiterin bzw. jedes Mitarbeiters in einem Unternehmenskontaktnetzwerk aufgenommen werden, in der nicht nur seine derzeitige Funktion, sondern auch seine Spezialkenntnisse (vielleicht aus früheren Funktionen) transparent und somit für Wissenssuchende auffindbar sind. Die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter kann sich hier auch mit einem Mikroartikel vorstellen.

Der ausscheidende Mitarbeitende könnte anhand von Checklisten die Übergabe strukturieren oder ein Vermächtnisbuch schreiben. Bewährt hat sich zum Beispiel auch eine Art Wissenstagebuch, in dem der Mitarbeitende quasi jeden Schritt seines Alltags mit allen Vernetzungen im Unternehmen erfasst. Dies kann in einen Bezug zu anderen gesetzt werden. Machen dies viele Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, entsteht eine sogenannte Wissenslandkarte.

Die Übergabe könnte durch die Führungskraft durch ein strukturiertes Übergabegespräch begleitet wer-

den und daher sicherstellen, dass das Wissen auch erfasst wurde.

### Wissenstransfer im Team

Braucht man ein Teamwissen, so muss gewährleistet werden, dass das Team von der Arbeit der einzelnen Teammitglieder weiß. Schulungen des Teams, themenbezogene Klausurtagungen und regelmäßige protokollierte Teambesprechungen sind in vielen Unternehmen schon Alltag.

Doch haben Sie auch schon systematisch *altersgemischte Teams* gebildet? So lernen die Generationen voneinander, miteinander und übereinander. Die Zusammenarbeit zwischen jüngeren und älteren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern kann genutzt werden, um z. B. die technologischen Fähigkeiten zu fördern und einem Wissensverlust vorzubeugen.

Auch kann man in den Teams *Tandems* bilden, bei denen mehrere Teammitglieder einen Aufgabenkreis gemeinsam bearbeiten (z. B. auch im Scrum).

Will man keine gemeinsame Bearbeitung von Aufgaben, wohl aber einen engen Kontakt zwischen Teamkolleginnen und Teamkollegen aus verschiedener Abteilungen, bieten sich *Mentoren- oder Patenprogramme* an, in dem eine erfahrenere Kollegin oder ein erfahrener Kollege Tipps und Tricks weitergibt, aber auch von der jungen Kollegin oder dem jungen Kollegen den Umgang mit Technologie lernen kann.

Im Sinne des lebenslangen Lernens sollte dabei der Fokus nicht nur auf dem Wissenstransfer von der älteren an die jüngere Generation liegen, sondern es sollte zukünftig intergenerationell gelernt werden. Abgesehen vom Wissenstransfer trägt dies auch zur gegenseitigen Akzeptanz von Generationen und zum Abbau von Vorurteilen bei.

Die Teamberatungen kann man anreichern durch den Bericht über besonders gelungene Vorhaben (*Best practices*), aber vor allem auch über gescheiterte oder schwierige Vorhaben oder Fehler (*Lesson learned*). So lernt das Team aus der Erfahrung der anderen. Der oder die Teamleitende kann eine systematische Nachbearbeitung von Projekten (*Debriefing*) sicherstellen und hieraus Erkenntnisse für die Zukunft für alle gewinnen.

Oder er kann in *Entscheidungsbäumen* getroffene Entscheidungen transparenter machen, aber auch damit das Wissen, wie solche Entscheidungen zustande kommen, vermitteln.

Für Führungskräfte bietet sich das moderierte gemeinsame Lösen von Problemen im Führungsalltag an (*sogenannte kollegiale Fallberatung*).

### Wissenstransfer im Gesamtunternehmen

Wissen, das jeder Mitarbeitende haben muss, wird auf der Ebene des Gesamtunternehmens herkömmlich durch Schulungen, Unternehmenshandbücher oder Anweisungen vermittelt. Besser noch helfen Dokumentenvorlagen und ein gutes *Dokumentenmanagementsystem* mit Suchfunktion beim Finden von Wissen. Austausch von Wissen kann projektbezogen über Clouds erfolgen, so dass jedes Teammitglied die Arbeit des anderen transparent nachvollziehen kann.

Schaffen Sie eine *unternehmenseigene Auskunftsplattform* durch die Erfassung meist gestellter Frage (*FAQ*) sowie ein *unternehmenseigenes WIKI-System*, das sogar von den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern selbst erstellt und fortwährend gepflegt werden könnte. Dies praktizieren wir bei Battke Grünberg schon lange mit großem Erfolg, da das Auskunftssystem für jeden die erste Anlaufstelle ist, um Lösungen oder Informationen zu finden. Schließlich sollten Plattformen für einen kollaborativen Austausch offline und online angeboten werden, wie z. B. in einem *UnternehmensBlog* oder in *Diskussionsforen*.

Ermöglichen Sie den informellen Austausch über *moderne Büroräumlichkeiten mit Kreativtechniken*. *Social Meeting Points*, *Kaffeeküche* und *Kreativräume* werden mit modernen Technologien ausgerüstet, um die Entwicklung gemeinsamer Ideen zu fördern.

### Den Betriebsrat an Bord holen!

Das Betriebsverfassungsrecht kennt den Begriff »Wissenstransfer« nicht. Dennoch hat der Betriebsrat umfangreich mitzureden, wie folgende Beispiele zeigen:

Das Unternehmen muss den Betriebsrat zu geplanten Änderungen bei Arbeitsplätzen und -verfahren unterrichten, § 90 BetrVG. Nach § 92 BetrVG hat die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber zu

Personalplanung und -bedarf sowie den daraus entstehenden Berufsbildungsmaßnahmen mit dem Betriebsrat zu beraten.

Durch den Wissenstransfer ändert sich gegebenenfalls die Tätigkeit, wobei die beruflichen Fähigkeiten und Kenntnisse eines Beschäftigten nicht mehr ausreichen? Dann hat der Betriebsrat nach §§ 98, 97 Abs. 2 BetrVG ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht nicht nur, wenn die Maßnahmen geplant, sondern auch, wenn diese bereits durchgeführt wurden. Wird standardisiertes Verhalten von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern beim Wissenstransfer verlangt, greift die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.

Organisiert das Team seine Kompetenzentwicklung selbst und legt fest, welche Mitarbeiter für welche Prozessschritte innerhalb eines Workflows am geeignetsten sind, könnte der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Ziff. 13 BetrVG mitzubestimmen haben. Diese Vorschrift greift, wenn eine Gruppe von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern eine ihr übertragene Gesamtaufgabe eigenverantwortlich entscheidet und erledigt. Bei der Nutzung von Systemen mit elektronischer Datenverarbeitung und -übertragung, wie z. B. Personalinformationssystemen, Skill-Datenbanken, Computer Based Training oder e-learning und bei EDV-unterstütztem Wissensmanagement, bestimmt der Betriebsrat gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mit. Ergänzend können freiwillig Betriebsvereinbarungen gemäß § 88 BetrVG abgeschlossen werden.

Aus dieser beispielhaften Aufzählung ergibt sich der Schluss: Holen Sie den Betriebsrat von vornherein mit an Bord und regeln Sie das Wissensmanagement in einer oder mehreren Betriebsvereinbarungen.

### Tipps und Tricks zur Einführung eines Wissensmanagements

Die Tools zum Wissenstransfer lassen sich aber nicht als Blaupause auf jedes Unternehmen anwenden. Auch muss das Wissen vor dem Zugriff Unbefugter und auch der Konkurrenz geschützt werden.

Was ist unser Tipp zur Umsetzung? Aus unserer Erfahrung hat sich ein gestuftes Workshop-Verfahren bewährt, das wir gern mit unserer rechtlichen und Coaching-Expertise begleiten (sog. Legal Coaching). Es gewährleistet ein praxisnahes, rechtlich korrektes und

strukturiertes Vorgehen mit dem Ziel einer Betriebsvereinbarung, die von allen Seiten Akzeptanz findet.

Wählen Sie hierzu zunächst einen Modell- oder Pilotbereich Ihres Unternehmens aus. Überlegen Sie sich dazu, in welchem Bereich Sie sich ein Wissensmanagement-Projekt überhaupt vorstellen können. Wählen Sie für erste Initiativen immer einen begrenzten bzw. überschaubaren Bereich aus.

Wählen Sie aus diesem Bereich möglichst kommunikative Stakeholder des Wissensmanagements. Stakeholder sind beispielsweise potentielle Wissensgeberinnen und Wissensgeber (Know-How-Trägerinnen und -Träger), Wissensnehmerinnen und Wissensnehmer (neue oder jüngere Arbeitskräfte) und Führungskräfte der unteren oder mittleren Führungsebene sowie Mitglieder des Betriebsrats und Personen aus der IT- und/oder Personalabteilung.

Gemeinsam verschafft sich diese Gruppe in einem ersten Workshop Klarheit über die Geschäftsanforderungen in dem ausgewählten Bereich. Die Stakeholder überlegen gemeinsam, inwieweit Wissen und welche Wissensbereiche eine wichtige Rolle spielen. Sie entwickeln, wer derzeit über welches Wissen verfügt und wie dieses Wissen gesichert, erworben bzw. weitergegeben wird.

Das Ergebnis wird zusammengefasst. Jedes Mitglied des Workshops prüft dann in den kommenden Wochen die erarbeiteten Erkenntnisse anhand seines Alltags und des Alltags seiner Arbeitsumgebung. Ergänzungen und Änderungen werden zu Beginn des 2. Workshops aufgenommen und dann als vorläufiges Zwischenergebnis gesichert.

Damit haben Sie einen Überblick über den IST-Zustand Ihres Wissensmanagement und wir können in den 2. Workshop starten: Hier analysieren die Teilnehmenden, welches Wissen im ausgewählten Bereich erfolgskritisch ist, aber fehlt - und zwar aktuell und zukünftig. Der Handlungsbedarf und die Ziele eines Wissensmanagements werden erarbeitet und diese wieder von jedem Mitglied des Workshops in den kommenden Wochen im Alltag gecheckt, damit Ergänzungen und Änderungen zu Beginn des 3. Workshops aufgenommen werden können. So erfährt auch diese Bearbeitungsstufe eine Gegenprüfung aus der Praxis.

In einem nächsten Workshop wird gemeinsam erarbeitet, welche Tools für welchen Wissenstransfer und für Ihr Unternehmen bzw. den Pilotbereich passen und ob die für die Durchführung dieser Tools erforderlichen Ressourcen (vor allem Zeit!!) vorhanden sind. Dies wird modellhaft in den nächsten Wochen probiert und die Erkenntnisse der Testphase wieder eingebracht.

Schließlich wird die ganz konkrete Umsetzung für alle Teile des Bereichs geplant und die Erfolgskontrolle in einem Transferplan verankert, der dann in einer Betriebsvereinbarung verschriftlicht wird. Die Betriebsvereinbarung ist in der Regel zeitlich befristet und auf den Pilotbereich beschränkt. Sie wird nach der Geltungszeit evaluiert und gegebenenfalls entfristet. Sie dient als Muster für weitere Bereiche oder eine Gesamtbetriebsvereinbarung für das gesamte Unternehmen.

## FAZIT

► Ein Unternehmen muss wissen, welches Wissen nötig ist und wer über das Wissen verfügt. Es muss durch ein alltäglich angewandtes Wissenstransfersystem das Wissen sichern und nicht nur die Weitergabe, sondern auch den Erwerb des Wissens überwachen und durch geeignete Tools gewährleisten. Und zwar so, dass das Wissen nicht nur im Einzelfall bei Vakanzen, sondern im Team und im Unternehmen gesichert, weiterentwickelt und verteilt wird.

► Wir unterstützen gern mit unserer Erfahrung aus den Bereichen Wirtschaftsrecht und Coaching! Denn die Einführung eines praxisnahen Wissensmanagementsystems ist für Sie als Unternehmen eine der wesentlichen Zukunftschancen.

Dr. Andrea Benkendorff

## Gesellschaftsrecht

### UMWANDLUNG VON UNTERNEHMEN UND GESAMTRECHTSNACHFOLGE

Die Umwandlung von Unternehmen nach dem Umwandlungsgesetz hat den großen Vorteil, dass das Unternehmen als Ganzes im Wege der sog. »Gesamtrechtsnachfolge« übergeht. »Umwandlung« heißt dabei vereinfacht, dass das Unternehmen - oder etwa bei einer Spaltung auch nur ein Betriebsteil - sein Rechtskleid wechselt, also etwa aus einer GmbH eine GmbH & Co KG oder umgekehrt wird. Das Konzept der Gesamtrechtsnachfolge ist dabei nicht nur dem Laien manchmal nur schwer verständlich - auch Verwaltungsbehörden und selbst Gerichte tun sich mitunter schwer, das Konzept zu begreifen. Es besagt schlicht und ergreifend, dass das gesamte Unternehmen mit allen Rechten, Pflichten und vor allem Rechtsbeziehungen und behördlichen Erlaubnissen, also so wie es steht und liegt von dem alten auf den neuen Rechtsträger übergeht; beim sog. Formwechsel, wenn also lediglich das »Rechtskleid« gewechselt wird, erfolgt nicht einmal ein Rechtsübergang - das Unternehmen arbeitet unbeirrt weiter und bekommt nur einen neuen Mantel umgehängt. Es ist der Zweck des Umwandlungsgesetzes, dem Bedürfnis Rechnung zu tragen, zügig und ohne große formelle und steuerliche Hür-

den die rechtlichen Strukturen an geänderte wirtschaftliche Verhältnisse anzupassen (so schon BGH-Urteil vom 21. Februar 2014 - Az.: II ZR 164/13).

Der Bundesgerichtshof hatte nun Gelegenheit, ein Landgericht entsprechend zu belehren (Urteil vom 2. Juli 202 - Az.: V ZR 201/20): Gegenstand des Rechtsstreits war ein Beschluss einer Wohnungseigenterversammlung, zu der die Verwalterin zuvor eingeladen hatte und mit dem der »bestehende Verwaltervertrag und die Verwalterbestellung der K. GmbH« verlängert worden waren. Verwalterin war ursprünglich eine im Handelsregister eingetragene Einzelkauffrau (e.K.) gewesen, die ihr Unternehmen der Wohnungsverwaltung im Wege der Ausgliederung zur Neugründung nach dem Umwandlungsgesetz auf diese K. GmbH übertragen hatte. Die klagenden Wohnungseigentümer hielten den Beschluss für nichtig, da Verwalterin bisher die eingetragene Kauffrau gewesen sei und es sich bei der Bestellung der K. GmbH um eine Neubestellung eines (anderen) Verwalters gehandelt habe, bei der die vorherige Einholung von Alternativangeboten erforderlich sei.

Der Bundesgerichtshof stellte fest, dass der Ver-

waltervertrag und die Verwalterstellung aufgrund der Ausgliederung nach dem Umwandlungsgesetz im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergegangen seien, ohne dass es dazu einer Mitwirkung der Eigentümergemeinschaft bedurft hätte. Es habe sich daher bei dem Verlängerungsbeschluss auch nicht um eine Neubestellung gehandelt. Der Beschluss sei folglich wirksam gewesen.

#### FAZIT

▸ Das Umwandlungsrecht ermöglicht es aufgrund der gesetzlich angeordneten Gesamtrechtsnachfolge

Unternehmen unkompliziert, ihre rechtliche Struktur zu verändern, ohne dass dadurch Rechtsverhältnisse und -beziehungen gestört oder unterbrochen werden und Rechte und Pflichten erlöschen.

▸ Das gilt auch für öffentlich-rechtliche Genehmigungen; gleichwohl besteht hier ein hohes Risiko, dass die Verwaltungsbehörden in Verkennung des Konzepts der Gesamtrechtsnachfolge von einem Erlöschen und einer Pflicht zur Neubeantragung ausgehen. Hier ist vorherige rechtliche Beratung unabdingbar.

Dr. Ekkehard Nolting

## DARF EINE IM HANDELSREGISTER AUFGENOMMENE UNRICHTIGE GESELLSCHAFTERLISTE AUF ANTRAG ENTFERNT WERDEN?

Manchmal müssen sich die Gerichte auch mit Anträgen befassen, die nicht ohne Weiteres begründet sind. Ein solcher Vorgang liegt dem Beschluss des Oberlandesgerichtes Brandenburg vom 23. August 2022 (Az.: 7 W 780/22) zugrunde.

Hiernach hatte der Antragsteller zunächst gegenüber dem Amtsgericht beantragt, eine aus seiner Sicht unrichtige und im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste einer GmbH aus dem Registerordner herauszunehmen, hilfsweise diese von Amts wegen zu löschen. Hintergrund für diesen Antrag dürfte gewesen sein, dass die Liste die unwiderlegbare Vermutung begründet, dass der dort ausgewiesene Gesellschafter im Verhältnis zur Gesellschaft - unabhängig von der tatsächlichen Rechtslage - Gesellschafter ist. Das Amtsgericht entsprach dem Antrag nicht, wogegen der Antragsteller Beschwerde zum Oberlandesgericht Brandenburg einlegte.

Das Oberlandesgericht Brandenburg wies die Beschwerde des Antragstellers zurück. Es vertrat die zutreffende Auffassung, dass eine unrichtige in das Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste, nicht einfach hieraus entfernt werden dürfe, wenn sich die Liste teilweise oder in allen ihren Verlautbarungen als unrichtig erweist. Denn für eine solche Maßnahme sieht das Gesetz bereits keine entsprechende Rechtsgrundlage vor.

In Übereinstimmung mit den gesetzlichen Grundlagen hob das Oberlandesgericht Brandenburg hervor, dass die Unrichtigkeit einer zum Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste durch Zuordnung eines Widerspruchs geltend gemacht werden muss (§ 16 Abs. 3 S. 4 GmbHG). Denn nur durch den Widerspruch zu der Liste wird deutlich gemacht, dass diese ganz oder teilweise für unrichtig gehalten werde.

Des Weiteren machte das Oberlandesgericht Brandenburg in diesem Zusammenhang deutlich, dass nur durch die Aufnahme einer neuen, inhaltlich zutreffenden Gesellschafterliste sich im Handelsregister eine falsche Liste korrigieren lässt.

#### FAZIT

▸ Der Anspruch, eine Liste der Gesellschafter aus dem Registerordner herauszunehmen oder diese von Amts wegen zu löschen, findet im Gesetz bereits keine Rechtsgrundlage und »läuft ins Leere«.

▸ Gegen den guten Glauben einer unrichtigen Gesellschafterliste einer GmbH muss vielmehr die Zuordnung eines Widerspruchs erwirkt werden. Im Übrigen lässt sich eine falsche Liste lediglich durch die Aufnahme einer neuen, inhaltlich richtigen Liste im Handelsregister korrigieren.

Jörg-Dieter Battke

## ANMELDUNG DES GMBH-GESCHÄFTSFÜHRERS ZUM HANDELSREGISTER

Meldet der Geschäftsführer einer GmbH seine Bestellung zum Handelsregister an, hat er zu versichern, dass kein Grund vorliegt, der seiner Bestellung entgegensteht, insbesondere er nicht wegen einer der Straftaten verurteilt worden ist, die in § 6 Abs. 2 Nr. 3 GmbHG enumerativ aufgeführt sind. Dazu gehören u.a. - so der Gesetzestext - die Straftaten nach »den §§ 265b bis 266a des Strafgesetzbuches«. Der Gesetzgeber hat im Jahr 2017 zwischen die bis dahin unmittelbar aufeinanderfolgenden Vorschriften des § 265b und § 266 die §§ 265c, 265d und 265e eingefügt, die den Sportwettbetrug und die Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe unter Strafe stellen, ohne dass § 6 Abs. 2 Nr. 3 GmbHG darauf angepasst worden ist. Es war daher Streit entstanden, ob diese Vorschrift des GmbH-Rechts sich weiterhin nur auf die bisherigen Straftaten bezog (sog. »statische Verweisung«) oder ob nun auch die neuen Straftatbestände einbezogen seien (sog. »dynamische Verweisung«). Der Bundesgerichtshof hat diesen Streit im letzteren Sinne entschieden

(Beschluss vom 22. Juni 2022 - Az.: II ZB 8/22). Danach hat die Versicherung auch die Erklärung zu umfassen, dass der Geschäftsführer nicht wegen Sportwettenbetrugs oder Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe verurteilt worden ist. Eine Verurteilung wegen einer solchen Straftat steht mithin einer Bestellung ebenfalls entgegen.

### FAZIT

- ▶ Die Versicherung der Geschäftsführer bei Anmeldung ihrer Bestellung zum Handelsregister muss auch die Erklärung umfassen, dass sie nicht wegen Sportwettenbetrugs oder Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe verurteilt worden sind.
- ▶ Wegen Sportwettenbetrugs oder Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe verurteilte Personen können nicht zum Geschäftsführer einer GmbH berufen werden.

Dr. Ekkehard Nolting

## RECHTFERTIGT DIE VERSCHMELZUNG DES VERTRAGSPARTNERS DIE FRISTLOSE KÜNDIGUNG DER MIT IHM BESTEHENDEN VERTRÄGE?

Über diese - sicherlich nicht alltägliche - Frage musste das Oberlandesgericht München mit Urteil vom 29. August 2022 (Az.: 33 U 4846/2) entscheiden.

Dem lag zugrunde, dass zwischen zwei Parteien Verträge bestanden, die in der Folgezeit von einer der Parteien - im Hinblick auf die bevorstehende Verschmelzung und der damit verbundenen Veränderung des Vertragspartners - fristlos gekündigt worden sind. Die andere Vertragspartei wurde zeitlich nach der Kündigung als übertragender Rechtsträger mit einer anderen Gesellschaft verschmolzen (1. Verschmelzung). Auf diese wurde in der Folgezeit eine weitere Gesellschaft verschmolzen (2. Verschmelzung). Die Verschmelzungen und die damit einhergehenden Gesamtrechtsnachfolgen bewirkten, dass sämtliche Rechte und Pflichten aus vertraglichen Schuldverhältnissen ohne Mitwirkung der anderen Vertragspartei auf den aus den Verschmelzungen hervorgegangenen,

übernehmenden Rechtsträger übergeleitet worden sind.

Im Streit stand, ob die fristlose Kündigung die Verträge beendet hat.

Das Oberlandesgericht München hob zunächst hervor, dass die Verschmelzung an sich keine fristlose Kündigung rechtfertigt. Allerdings könnten sich als Folge der Verschmelzung besondere Umstände ergeben, die ein Festhalten am Vertrag für die kündigende Partei unzumutbar erscheinen lassen. An diese besonderen Umstände sind allerdings keine hohen Anforderungen zu stellen.

Der durch das Oberlandesgericht München zu beurteilende Rechtsstreit wies allerdings solche, die Kündigung rechtfertigenden Gründe auf. Diese bestanden darin, dass die die Kündigung erklärende Vertragspartei ausdrücklich von einer kleinen »Boutique«, d.h. einer grundsätzlich hoch spezialisierten



und damit entsprechend qualifizierten Vertragspartei betreut werden wollte. Dies war aufgrund der Verschmelzung und des damit verbundenen Größenwachstums des Vertragspartners nicht mehr gewährleistet.

Die zweite Verschmelzung führte im Ergebnis dazu, dass eine Gesellschaft auf die andere Vertragspartei verschmolzen wurde, mit der die kündigende Partei bereits aufgrund ursprünglich bestehender Vertragsbeziehung schlechte Erfahrungen gemacht hatte, weshalb es ihr auch insofern nicht zuzumuten war, am Vertrag festzuhalten.

#### FAZIT

- Die Verschmelzung des Vertragspartners als übertragender Rechtsträger und der damit verbundene Übergang bestehender Verträge auf den Gesamtrechtsnachfolger berechtigt nicht zu deren fristloser Kündigung.
- Anders kann dies zu beurteilen sein, wenn besondere Umstände vorliegen, die die weitere Vertragsdurchführung durch den übernehmenden Rechtsträger für die andere Vertragspartei unzumutbar machen, wobei hieran keine hohen Anforderungen zu stellen sind.

Jörg-Dieter Battke

## KEINE RÜCKFORDERUNG ÜBERZAHLTER GESCHÄFTSFÜHRERVERGÜTUNG AUFGRUND FESTSTELLUNG DES JAHRESABSCHLUSSES?

Der Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH hielt sein vereinbartes Gehalt für zu niedrig und zahlte sich daher eine nach seiner Auffassung angemessene Vergütung. Nachdem die Mitgesellschafter hiervon Kenntnis erlangt haben, ist u. a. der Anstellungsvertrag des Gesellschafter-Geschäftsführers außerordentlich gekündigt und sein Geschäftsanteil eingezogen worden. Ferner haben die Gesellschafter den ehemaligen Gesellschafter-Geschäftsführer auf Rückzahlung der ihm nicht zustehenden Vergütung in Anspruch genommen (vgl. § 43 Abs. 2 GmbHG). Dieser wandte sich gegen den Rückzahlungsanspruch auch unter Hinweis darauf, dass der Jahresabschluss der Gesellschaft für die maßgeblichen Geschäftsjahre durch die Gesellschafter festgestellt worden ist und dieser Feststellung die Wirkung eines Anerkenntnisses seines Gehalts als Geschäftsführer zukomme.

Das Oberlandesgericht Brandenburg hat mit Urteil vom 29. Juni 2022 (Az.: 7 U 133/21) diese Argumentation des in Anspruch genommenen Gesellschafter-Geschäftsführers zurückgewiesen. Es machte deutlich, dass die Gesellschafter mit der Aufstellung des Jahresabschlusses lediglich feststellen, welche Ausgaben tatsächlich durch die Gesellschaft getätigt worden sind. Demgegenüber enthält der Jahres-

abschluss regelmäßig keine Angaben dazu, ob die Ausgaben der Höhe nach angemessen sind und ob wegen einer Überzahlung Rückforderungsansprüche der Gesellschaft gegenüber der Geschäftsführung bestehen können.

Sind mithin Ansprüche auf Rückforderung überzahlter Vergütungen nicht als Forderungen der Gesellschaft in der Bilanz ausgewiesen, ist ihre Geltendmachung durch die Gesellschaft aufgrund der Feststellung des Jahresabschlusses nicht gehindert. Das »Schweigen« der Bilanz zu etwaigen Ansprüchen auf Rückforderung überzahlter Vergütung lässt nicht den Schluss zu, dass die Höhe der Geschäftsführervergütung geprüft und gebilligt worden wäre.

#### FAZIT

- Ansprüche der Gesellschaft gegenüber Gesellschafter-Geschäftsführern werden von der Feststellung des Jahresabschlusses grundsätzlich nur dann erfasst, wenn diese in der Bilanz aktiviert sind.
- Dies ist allerdings regelmäßig nicht der Fall; das »Schweigen« der Bilanz kann nicht als Verzicht auf solche Ansprüche gegenüber der Geschäftsführung angesehen werden, die nicht aktiviert worden sind.

Jörg-Dieter Battke

## ORGANISATION ALLEIN REICHT NICHT: HAFTUNG FÜR UNZUREICHENDE COMPLIANCE-STRUKTUREN

Die derzeit vielfältigen Compliance-relevanten Entwicklungen, wie die Whistleblower-Richtlinie und deren nationale Umsetzung, das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz sowie die Energiekrise, zwingt Unternehmen aller Art und Größe dazu, ihre Compliance-Strukturen kritisch zu überprüfen. Andernfalls droht die Wettbewerbsfähigkeit schnell und signifikant zu sinken. Zudem besteht ein existenzgefährdendes Haftungsrisiko für Unternehmen und Leitungsebene. Letzteres verdeutlicht einmal mehr die erst jüngst ergangene obergerichtliche Entscheidung (OLG Nürnberg, Urteil vom 30. März 2022 - Az.: 12 U 1520/19). Geschäftsführer und Compliance-Verantwortliche sollten diese Entscheidung kennen.

Der Geschäftsführer einer mittelständischen GmbH wurde mit einem hohen 6-stelligen Betrag für den Schaden haftbar gemacht, der durch Untreuehandlungen eines Mitarbeiters entstanden war. Das Gericht sah es als pflichtwidrig an, dass der Geschäftsführer für einen aufgrund der potenziellen Schadensträchtigkeit als erkennbar kritisch einzuordnenden Bereich, den der veruntreuende Mitarbeiter betreute, keine ausreichenden Compliance-Strukturen geschaffen hat. Konkret hielt es die Vorhaltung des 4-Augen-Prinzips für zwingend notwendig.

Das Urteil verdeutlicht schulmäßig aufbereitet, dass es die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers gebietet, eine interne Organisationsstruktur zu etablieren, die rechtmäßiges und effizientes Handeln gewährleistet. Dies wiederum erfordert organisatorische Vorkehrungen, d.h. Compliance-Strukturen, welche Rechtsverstöße durch die Gesellschaft oder von Mitarbeitern verhindern. Damit stellt es die leider immer noch anzutreffende (Fehl-)Einschätzung ad absurdum, ein Compliance-Management-System sei gar nicht erforderlich. Gleichzeitig stellt die Entscheidung klar, dass Bereiche mit hohem Risiko besondere Vorkehrungen benötigen, um haftungsentlastend

zu wirken. Dies setzt zwangsläufig voraus, dass man solche Bereiche unternehmensindividuell analysiert. Zudem ist kontinuierlich auf Anpassungsbedarf zu monitoren. Für Tätigkeitsfelder mit erheblichen finanziellen Auswirkungen oder der Gefahr von Personenschäden ist klargestellt, dass das 4-Augen-Prinzip als ein angemessenes Mittel einzubinden ist.

Gleichermaßen kann abgeleitet werden, dass gegebenenfalls weitere Vorkehrungen geboten sind. Im konkreten Fall hätte wohl auch die Etablierung eines Hinweisgebersystems in Kombination mit einer konkreten Überprüfung des Forderungsbestandes durch den Geschäftsführer aufgrund der ihm bekannten Auffälligkeiten höchstwahrscheinlich den (fortschreitenden) Rechtsverstoß des Mitarbeiters und damit die Haftung verhindert, jedenfalls aber den Schaden deutlich minimiert.

Es ist daher dringend zu empfehlen, das Thema Compliance mit all der damit verbundenen Komplexität keinesfalls zu unterschätzen. Gern unterstützen wir bei der Gestaltung angemessener Strukturen.

### FAZIT

- ▶ Die Notwendigkeit, überhaupt eine Compliance-Organisation zu schaffen, steht außer Frage.
- ▶ Die Compliance-Strukturen müssen zudem den jeweiligen Risiken entsprechend angemessen sein.
- ▶ Schadensträchtige Tätigkeitsfelder erfordern erhöhte Sicherheitsvorkehrungen, z.B. ein 4-Augen-Prinzip.
- ▶ Die Geschäftsführung haftet persönlich bei unzureichenden Compliance-Strukturen. Dies kann empfindliche Folgen auch für die Gesellschaft haben.
- ▶ Eine (ständige) Überprüfung der eigenen Strukturen, auch mit externer Hilfe, empfiehlt sich daher.

Anita Wehnert

## DISKRIMINIERUNGSVERBOT UND STELLENANZEIGEN AUF EBAY-KLEINANZEIGEN

Auf der Suche nach neuen qualifizierten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern bedienen sich Arbeitgeber oftmals verschiedener Wege, Stellenanzeigen zu veröffentlichen. Statt der früher klassischen Anzeige in Printmedien setzen Arbeitgeber verstärkt auf digitale Stellenanzeigen. Neben den einschlägigen Jobportalen oder der Jobbörse der Bundesagentur für Arbeit finden sich mitunter auch Stellenausschreibungen auf Ebay-Kleinanzeigen.

Auch wenn eine Anzeige auf Ebay-Kleinanzeigen mitunter schneller und einfacher zu veröffentlichen ist als auf anderen Portalen, sollten Arbeitgeber nicht außer Acht lassen, dass auch hier die Anforderungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) und insbesondere das Diskriminierungsverbot aus § 7 AGG gelten. Es ist daher darauf zu achten, dass auch eine Stellenanzeige auf Ebay-Kleinanzeigen nicht unzulässig u. a. an Geschlecht oder Alter der Bewerberin oder des Bewerbers anknüpfen.

Das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein (Urteil vom 21. Juni 2022 - Az.: 2 Sa 21/22) hatte einen Fall zu entscheiden, in dem ein familiengeführter Kleinbetrieb eine Stellenanzeige auf Ebay-Kleinanzeigen veröffentlichte, in der nach einer »Sekretärin« gesucht wurde. Der männliche Kläger nutzte die Antwortfunktion des Portals und teilte mit, dass er sich für die Stelle interessiere und über die nötigen Qualifikationen verfüge, ohne jedoch Unterlagen zu übersenden. Zudem fragte er nochmals nach, ob wirklich nur eine Sekretärin, also eine Frau gesucht werde. Der potentielle Arbeitgeber bestätigte dies und lehnte den

Bewerber ab. Dieser klagte daraufhin auf eine Entschädigungszahlung aufgrund der Diskriminierung wegen seines Geschlechts.

Das Landesarbeitsgericht gab der Klage statt, wobei es die offensichtliche Diskriminierung nur knapp feststellte. Etwas intensiver beschäftigte es sich mit der Frage, ob der Kläger überhaupt Bewerber sei, insbesondere weil er lediglich die Chatfunktion genutzt und keine Unterlagen übersandt hatte. Das Landesarbeitsgericht bejahte die Bewerbereigenschaft, der Kläger habe sich auf eine Stellenanzeige beworben. Da der potentielle Arbeitgeber nicht deutlich gemacht habe, welche (formalen) Anforderungen er an eine Bewerbung stellt, sei die Übersendung von Unterlagen nicht erforderlich gewesen. Vielmehr sei es für die Bewerbereigenschaft ausreichend, wenn der Bewerber identifizierbar sei und seine Bewerbungsabsicht kundgetan habe. Ausreichend sei hierzu die Nutzung der Antwortfunktion bzw. eine einfache Chatnachricht.

### FAZIT

- ▶ Auch bei Stellenanzeigen auf Ebay-Kleinanzeigen ist darauf zu achten, dass die Stellenanzeigen diskriminierungsfrei formuliert werden.
- ▶ Arbeitgeber sollten bei Stellenanzeigen auf Ebay-Kleinanzeigen deutlich machen, welche Mindestanforderungen sie an Bewerbungen per Chatnachricht stellen, damit diese überhaupt berücksichtigt werden.

Anne Kiesewalter, LL.M.

## SCHULUNGSANSPRUCH FÜR MITGLIED DES WIRTSCHAFTSAUSSCHUSSES?

Der Arbeitgeber lehnte die Teilnahme eines Betriebsratsmitgliedes, das dem Wirtschaftsausschuss angehört, an dem Seminar Wirtschaftsausschuss Teil II ab und beglich auch nicht die Rechnung des Veranstalters für die Schulung über EUR 2.132,24. Das Betriebsratsmitglied hatte zuvor schon das Seminar Wirtschaftsausschuss Teil I absolviert.

Zur Begründung trug er u. a. vor, dass die

Vorschriften über den Wirtschaftsausschuss (§§ 106 ff. BetrVG) gerade nicht auf § 37 Abs. 6 BetrVG verwiesen, der einen Schulungsanspruch für Betriebsratsmitglieder vorsehe. Der Gesetzgeber hätte nach § 107 Abs. 1 S.3 BetrVG den Kreis der in den Wirtschaftsausschuss zu entsendenden Personen auch auf diejenigen beschränken wollen, die die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderliche fachliche und persönliche Eignung bereits

besäßen. Überdies handele es sich bei der Schulung Wirtschaftsausschuss II nicht um eine Grundlagenschulung, sondern um eine Vertiefungsschulung, die nicht erforderlich sei. An dieser Schulung hätten zudem vor einigen Jahren schon drei Betriebsratsmitglieder teilgenommen, die auch Mitglied im Wirtschaftsausschuss seien.

Diese Begründung überzeugte das Hessische Landesarbeitsgericht - anders als das Arbeitsgericht Frankfurt a. M. als Vorinstanz - in seinem Beschluss vom 17. Januar 2022 (Az.: 16 TaBV 121/21) nicht. Es verurteilte den Arbeitgeber zur Zahlung der Schulungskosten i.H.v. EUR 2.132,24. Die Vorschrift des § 37 Abs. 6 BetrVG sei zwar auf Mitglieder des Wirtschaftsausschusses in dieser Eigenschaft nicht anwendbar. Ein Schulungsanspruch könnte sich allerdings nach § 37 Abs. 6 BetrVG für ein Betriebsratsmitglied ergeben, das zugleich Wirtschaftsausschussmitglied sei. Die Tätigkeit eines Betriebsratsmitgliedes in einem Wirtschaftsausschuss stelle nämlich Betriebsrats-tätigkeit dar. § 107 Abs. 1 S. 3 BetrVG sei auch nur eine Sollvorschrift, die für die vom Betriebsrat hinzuziehenden weiteren betriebsangehörigen Mitglieder des

Wirtschaftsausschusses zutreffen möge, nicht jedoch für die Betriebsratsmitglieder selbst.

Die Schulung Wirtschaftsausschuss II sei auch eine Schulung, die erforderliche Grundkenntnisse vermittele, über die jedes Wirtschaftsausschussmitglied verfügen müsse. Nach § 106 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG gehöre nämlich zu den wirtschaftlichen Angelegenheiten, mit denen sich der Wirtschaftsausschuss zu befassen habe, auch die wirtschaftliche und finanzielle Lage des Unternehmens. Dies schließe die Analyse des Jahresabschlusses ein, die Gegenstand der in Streit stehenden Schulung Wirtschaftsausschuss II gewesen sei. Dort sei es darum gegangen, eine Bilanz zu lesen und zu verstehen sowie diese auch kritisch hinterfragen zu können.

#### FAZIT

► Ein Betriebsratsmitglied, das Mitglied des Wirtschaftsausschusses ist, hat Anspruch auf Freistellung und Erstattung der Schulungskosten für Schulungen, die ihm erforderliche Grundlagenekenntnisse für die Tätigkeit im Wirtschaftsausschuss vermitteln.

Frank Martin Thomsen

## BESSERTELLUNGSVERBOT – KEIN DIENSTWAGEN ZUR PRIVATEN NUTZUNG FÜR DEN BETRIEBSRATSVORSITZENDEN

Nach § 78 S. 2 BetrVG ist nicht nur die Benachteiligung von Betriebsratsmitgliedern aufgrund des Betriebsratsamtes, sondern auch eine Besserstellung untersagt. So soll verhindert werden, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat durch die Gewährung von Vorteilen »auf seine Seite zieht«. Hauptanwendungsbereich ist die Vergütung von (freigestellten) Betriebsratsmitgliedern, sofern diese über der Vergütung bzw. Vergütungsentwicklung von vergleichbaren Mitarbeitern liegt. Nach § 37 Abs. 4 BetrVG soll die Entwicklung der Vergütung gleichförmig ablaufen. Medienwirksam waren zudem – rechtswidrige – Begünstigungen des Betriebsrates durch Urlaubsreisen in südliche Gefilde.

Das Landesarbeitsgericht Nürnberg hat mit Urteil vom 5. April 2022 (Az.: 7 Sa 238/21) nun entschieden, dass das Begünstigungsverbot auch für die Überlassung von Dienstwagen mit Gestattung der privaten Nutzung gilt. Auch wenn für die Ausübung des

Betriebsratsamtes an sich ein Dienstwagen erforderlich sein kann (z.B. wenn unterschiedliche Betriebs-teile aufgesucht werden müssen), ist die Möglichkeit der Privatnutzung des Dienstwagens ein Vergütungsbestandteil. Gewährt der Arbeitgeber nur bestimmten Mitarbeitergruppen im Unternehmen einen Dienstwagen auch zur Privatnutzung, ist dies auch Maßstab für die Betriebsratsmitglieder. Nur wenn diese eine entsprechende Tätigkeit ausüben oder ohne eine Freistellung ausüben würden, haben diese einen Anspruch hierauf. Ansonsten stellt die – »system-widrige« – Überlassung eines Dienstwagens auch zur privaten Nutzung eine unrechtmäßige Begünstigung dar. Dies gilt auch dann, wenn das Betriebsratsmitglied zwar ursprünglich einmal einen solchen Anspruch gehabt hat, mittlerweile aber eine Tätigkeit ohne Anspruch auf einen Dienstwagen ausübt.

Unerheblich ist, ob der Vorteil bewusst gewährt

oder sogar in einer Betriebsvereinbarung mit dem Betriebsrat vereinbart wird. Denn der Schutzzweck des Begünstigungsverbot, also die Vermeidung einer Beeinflussung des Betriebsratsmitgliedes, muss gerade auch für absichtlich vereinbarte Vorteile gelten.

### FAZIT

► Bei (freigestellten) Betriebsratsmitgliedern sollte regelmäßig geprüft werden, ob die Entwicklung der Vergütung und sonstiger Leistungen vergleichbaren

Mitarbeitergruppen entspricht. Sowohl eine Schlechter-, als auch eine Besserstellung sind gesetzlich untersagt. Auch Zusatzleistungen gehören regelmäßig auf den Prüfstand.

► Wird eine (versehentliche) Besserstellung von Betriebsratsmitgliedern festgestellt, sollte diese umgehend beendet werden. Da die Besserstellung wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig ist, gilt dies auch, wenn die Besserstellung arbeitsvertraglich oder in einer Betriebsvereinbarung geregelt ist.

Kristian Glowe

## NEUES AUS DEM URLAUBSRECHT: HINWEIS AUF VERFALLSWIRKUNG WIRD IMMER WICHTIGER

Am 22. September 2022 hat der Europäische Gerichtshof auf Vorlagefrage des Bundesarbeitsgerichts seine Rechtsprechung zu den Hinweisobliegenheiten des Arbeitgebers – entgegen der bisherigen Auffassung der Gerichte in Deutschland – ausgeweitet.

Hintergrund ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes aus dem Jahr 2019, nach der die bis dahin »automatisch« eingetretene Verfallswirkung des Jahresurlaubs zum 31. März des Folgejahres nach § 7 Abs. 3 BUrlG nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofes nur eintreten soll, wenn der Arbeitgeber seine Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter hierüber jeweils individuell unterrichtet und zur rechtzeitigen Inanspruchnahme des Urlaubs aufgefordert hat.

Nun hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass auch eine Verjährung von Urlaubsansprüchen voraussetzt, dass der Arbeitgeber über den Urlaubsverfall (ausreichend) unterrichtet hat. Erst hiermit bestehe Kenntnis über die Ansprüche und erst zu diesem Zeitpunkt könne daher auch eine Verjährungsfrist beginnen (EuGH, Urteil vom 22. September 2022 - Az.: C-120/21). Erfolgt der Hinweis nicht, können Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter so nahezu unbegrenzt ihre Urlaubsansprüche für die Vergangenheit geltend machen. Insbesondere für »Altfälle«, aber auch wenn zukünftig der Hinweis vergessen wird, ist damit das (finanzielle) Risiko deutlich erhöht.

In einer weiteren Vorlagefrage hat der EuGH zudem entschieden, dass die Hinweisobliegenheiten auch für den Urlaubsverfall bei langzeiterkrankten Mitarbeitern gelten. Hier verfällt der Urlaub nach

15 Monaten seit Entstehung (also zum 31. März des übernächsten Jahres) nur dann, wenn ausreichend unterrichtet wurde. Dies gilt allerdings nur für die Urlaubsansprüche, die der oder die Langzeiterkrankte vor seiner Krankheit noch hätte nehmen können (EuGH, Urteil vom 22. September 2022 - Az.: C-518/20, C-727/20). Für Urlaub, der während der Abwesenheit entsteht und tatsächlich nie genommen werden konnte, hat das Bundesarbeitsgericht ja dankenswerterweise ohne Inanspruchnahme des Europäischen Gerichtshofes entschieden, dass hier der Hinweis keinerlei Einfluss auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Urlaubs hatte und daher auch nicht erforderlich ist (BAG, Urteil vom 7. September 2021 - Az.: 9 AZR 3/21).

### FAZIT

► Wer bisher noch nicht kalenderjährlich und jeweils individuell unterrichtet, sollte dies unbedingt implementieren. Das finanzielle Risiko der Abgeltung von über Jahre hinweg nicht in Anspruch genommenen Urlaub ist erheblich!

► Um langzeiterkrankte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ausreichend zu unterrichten, sollte dies schon zu Beginn des Urlaubsjahres erfolgen. So vermeiden Sie das Problem, das der oder die Betroffene zum Zeitpunkt der Unterrichtung bereits krank war und den Urlaub damit nicht mehr gemäß dem Hinweis in Anspruch nehmen konnte. Natürlich kann auch im weiteren Verlauf des Kalenderjahres noch eine weitere Unterrichtung und Aufforderung erfolgen.

Kristian Glowe

## ZULÄSSIGKEIT VON HÖCHSTBETRAGSREGELUNGEN IN SOZIALPLÄNEN UND VON KLAGEVERZICHTSPRÄMIEN

Soll Personal abgebaut oder Standorte eingeschränkt/geschlossen werden und besteht ein Betriebsrat, sind Interessenausgleich und Sozialplan abzuschließen. Der Sozialplan soll dem Ausgleich oder der Abmilderung der wirtschaftlichen Nachteile der betroffenen Arbeitnehmer dienen. In der Praxis ebenfalls anzutreffen sind Betriebsvereinbarungen zu Klageverzicht- bzw. Turboprämien, die eine zusätzliche Zahlung versehen, wenn gekündigte Mitarbeiter keine Kündigungsschutzklage erheben. Diese haben für Arbeitgeber den erheblichen Vorteil einer schnellen Rechtssicherheit. Solche Betriebsvereinbarungen waren mit Unsicherheit belastet, weil das Bundesarbeitsgericht 2005 entschieden hatte, dass ein Budget für Klageverzichtsprämien nicht zu Lasten des Sozialplanes gehen dürfe. Mit dieser Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht nun mit Urteil vom 7. Dezember 2021 (Az.: 1 AZR 562/20) ausdrücklich gebrochen. Klageverzichtsprämien können Teil eines

Gesamtbudgets sein, solange die Funktion des Sozialplans, der Ausgleich bzw. die Abmilderung von Nachteilen, noch erfüllt werde.

Außerdem bestätigt das Bundesarbeitsgericht in der Entscheidung die Zulässigkeit der Deckelung von Abfindungsbeträgen auf einen Höchstbetrag. Davon betroffen sind aufgrund der üblichen Abfindungsformeln überwiegend ältere Arbeitnehmer. Solange die gedeckelte Abfindung eine zumindest spürbare Abmilderung der wirtschaftlichen Nachteile älterer Arbeitnehmer erreicht, können sie vereinbart werden.

### FAZIT

- ▶ Der Bewegungsspielraum für Klageverzichtsprämien in Personalabbau szenarien wurde vom Bundesarbeitsgericht erweitert.
- ▶ Die Deckelung von Abfindungen in Sozialplänen ist zulässig, solange die gedeckelte Abfindung die Folgen für die Arbeitnehmer spürbar mildert.

Karsten Matthieß

## ARBEITSZEITERFASSUNG IN DEUTSCHLAND JETZT PFLICHT – ABER WIE?

Nach dem deutschen Arbeitszeitgesetz musste im Unternehmen bisher nicht die gesamte Arbeitszeit dokumentiert werden, sondern bisher nur Überstunden und Sonntagsarbeit. Dies wird sich nun ändern müssen:

Mit Beschluss vom 27. Juli 2021 (Az.: 7 TaBV 79/20) hatte das Landesarbeitsgericht Hamm entschieden, dass der Betriebsrat hinsichtlich der Einführung einer elektronischen Zeiterfassung im Betrieb ein Initiativrecht gem. § 87 Abs. 1 Ziff. 6 BetrVG hat. Es wich damit von der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG, Beschluss vom 28. November 1989 - Az.: 1 ABR 97/88) ab, nach welcher das Initiativrecht des Betriebsrats hinsichtlich des Mitbestimmungstatbestandes nach § 87 I Nr. 6 BetrVG eben gerade nicht zum Inhalt hat, dass der Betriebsrat auch die Einführung einer technischen Kontroll-einrichtung verlangen kann. Streitfrage war also, ob der Betriebsrat die Unternehmen zur Einführung

einer (elektronischen) Zeiterfassung zwingen kann.

Nach der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 13. September 2022 (Az.: 1 ABR 22/21) ist diese Streitfrage nun gelöst: Der Betriebsrat könne die Einführung eines Systems der (elektronischen) Arbeitszeiterfassung im Betrieb nicht mithilfe der Einigungsstelle erzwingen, denn nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts gibt es bereits eine gesetzliche Verpflichtung der Unternehmen zur systematischen Erfassung der Arbeitszeiten ihrer Beschäftigten in Deutschland. Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sind danach bereits gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 1 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) verpflichtet, ein System einzuführen, mit dem die von ihren Beschäftigten geleistete Arbeitszeit erfasst werden kann. Das Bundesarbeitsgericht begründete diese Verpflichtung mit der Auslegung des deutschen Arbeitsschutzgesetzes nach dem sogenannten Stechuhr-Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH, Urteil vom 14. Mai 2019 - Az.: C-55/18).

Das überraschende Urteil des Bundesarbeitsgerichts wird gemeinhin als »Paukenschlag« bezeichnet. Die gesetzliche Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung geht viel weiter als ein Recht des Betriebsrates, eine Zeiterfassung im Betrieb zu erzwingen, da sie auch für Unternehmen ohne Betriebsrat gilt. Es ist davon auszugehen, dass dieses Grundsatzurteil weitreichende Auswirkungen auf die derzeit praktizierten Arbeitszeitmodelle in Wirtschaft und Verwaltung haben wird.

Noch ist allerdings vieles unklar: Muss eine elektronische Zeiterfassung eingeführt werden oder genügt z. B. auch eine handschriftliche Dokumentation? Und was genau muss alles erfasst werden? Hier bleibt der genaue Wortlaut der Begründung des Urteils des Bundesarbeitsgerichts abzuwarten, der zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses noch nicht

vorlag. Wir halten Sie auf dem Laufenden.

#### FAZIT

- Unternehmen sowie Beschäftigte müssen sich hinsichtlich der Arbeitszeit insgesamt auf mehr Kontrolle einstellen.
- Unternehmen sollten sich zudem auf umfassenden Änderungsbedarf hinsichtlich der bisher praktizierten Arbeitszeitmodelle vorbereiten: Ob in Zukunft eine Vertrauensarbeitszeit noch möglich ist, scheint nun mehr als fraglich. Auch auf mobile Arbeit und Homeoffice dürfte das Urteil weitreichende Auswirkungen haben.
- Wir beraten Sie bei der Prüfung bzw. Anpassung Ihrer gelebten Arbeitszeitmodelle gern.

Dr. Tina Lorenz

## SUCHTBERATUNG IN DER DIAKONIE – AUCH MIT THERAPEUTISCHER ZUSATZAUSBILDUNG IN DER REGEL EG 9

Bereits im letzten Battke Brief berichteten wir, dass Sozialpädagoginnen und Sozialpädagogen in der Suchtberatung nach einem aktuellen Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 11. April 2022 (Az.: 4 Sa 60/21) auch dann, wenn sie über eine suchttherapeutische Zusatzausbildung verfügen, i. d. R. weiterhin in Entgeltgruppe 9 der Arbeitsvertragsrichtlinien der Arbeitsrechtlichen Kommission der Diakonie Deutschland - Fassung Sachsen (nachfolgend: AVR) eingruppiert sind. Das ausführlich begründete Urteil liegt nun vor.

Das Sächsische Landesarbeitsgericht sah die bei der Klägerin vorhandene Weiterbildung Suchttherapie für ihre auszuübende Tätigkeit nicht als erforderlich im Sinne von § 12 Abs. 3 AVR an, da die Klägerin in der Suchtberatungs- und -behandlungsstelle beratende und keine therapeutischen Tätigkeiten ausübt. Für die von der Klägerin vorgetragene üblichen Beratungstätigkeiten in der Suchtberatungsstelle, die den ganz überwiegenden Teil ihrer Arbeitszeit ausmachen, sah das Gericht deren suchttherapeutische Zusatzausbildung zwar als nützlich, jedoch nicht als zwingend erforderlich an. Selbst die Gruppenstunden im Rahmen der ambulanten Rehabilitation, für

welche sich die Notwendigkeit einer Weiterbildung Suchttherapie zumindest diskutieren lässt, führt nicht die Klägerin selbst durch, sondern ihre Kolleginnen. Deren allenfalls vereinzelte vertretungsweise Übernahme durch die Klägerin genügt dem Landesarbeitsgericht nicht, da dies ihrer Tätigkeit nicht das Gepräge gibt, wie es § 12 Abs. 2 AVR für eine Eingruppierungsrelevanz aber fordert.

Das Landesarbeitsgericht sah nach dem Vortrag der Klägerin auch keine schwierigen Aufgaben im Sinne der Anmerkung 14 der Anlage 1 zu § 12 AVR als gegeben. Hierzu hätte die Klägerin nach den zutreffenden Ausführungen des Landesarbeitsgerichts die »Normalaufgaben« einer Sozialpädagogin mit den (fachlich) schwierigen Aufgaben vergleichen müssen. Die Klägerin hätte also zunächst eine Vergleichsgruppe Sozialpädagoginnen und Sozialpädagogen mit normaler Schwierigkeit der Tätigkeit bilden und deren Tätigkeit darstellen müssen. Ausgehend von dieser normalen Schwierigkeit oblag es der Klägerin, die Steigerung der Schwierigkeit ihrer Tätigkeit gegenüber der Vergleichsgruppe darzulegen. Die von der Klägerin angeführte »besondere Suchtproblematik« genügt dem Landesarbeitsgericht hierfür nicht, denn jede Tätig-

keit einer jeden Sozialpädagogin/Sozialarbeiterin ist durch eine »besondere Problematik« gekennzeichnet, wie das Gericht zutreffend ausführte. Dies ist ein Berufsbild, in dem es typischerweise um Menschen in besonderen Problemsituationen geht.

### FAZIT

► In der Suchtberatung tätige Sozialpädagoginnen und Sozialpädagogen werden i. d. R. nach EG 9 der Anlage 1 zu den AVR vergütet. EG 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. Die nur vertretungsweise Übernahme von Gruppentherapiestunden im Rahmen der ambulanten Rehabilitation genügt für eine Eingruppierung in EG 10 nicht.

Dr. Tina Lorenz

## BEIM BETRIEBLICHEN EINGLIEDERUNGSMANAGEMENT KANN VIEL SCHIEF GEHEN

Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, muss mit ihnen im Rahmen eines Verfahrens zum betrieblichen Eingliederungsmanagement (nachfolgend BEM) nach § 167 Abs. 2 SGB IX geklärt werden, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann. Das ist nichts Neues und viele Personalabteilungen können das Sprüchlein auswendig. Trotzdem wird das BEM gern als eine reine Formalie verstanden, die man vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung eben noch zu erledigen hat. Dann wird schnell zu einem Einladungsschreiben gegriffen, das man beim letzten Mal verwendet hat, auch wenn das letzte Mal schon ein paar Jahre zurück liegt.

Die aktuelle Gesetzgebung und Rechtsprechung hat allerdings zu vielen Neuerungen geführt. Deren Nichtbeachtung kann für Unternehmen teuer werden: Ein nicht oder nicht ordnungsgemäß durchgeführtes BEM-Verfahren führt meist dazu, dass die betroffenen Beschäftigten eine im Anschluss ausgesprochene personenbedingte Kündigung erfolgreich gerichtlich angreifen können. Das bedeutet: Entweder, die Gekündigten sind wieder einzustellen und ggf. ausstehendes Gehalt ist nachzuzahlen, oder das Kündigungsschutzverfahren muss mit einem meist kostspieligen Abfindungsvergleich beendet werden. Insbesondere folgende Änderungen sind zu beachten:

Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 18. November 2021, Az.: 2 AZR 138/21, klargestellt,

dass das BEM kein Mindesthaltbarkeitsdatum hat: Vielmehr muss ein erneutes BEM-Verfahren durchgeführt werden, sobald die Beschäftigten wieder mehr als sechs Wochen arbeitsunfähig sind – auch wenn das letzte BEM-Verfahren noch keine zwölf Monate zurück liegt. Soll eine krankheitsbedingte Kündigung ausgesprochen werden, darf daher das letzte BEM-Verfahren nicht länger als sechs Wochen vor Ausspruch der Kündigung beendet worden sein, wenn die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer danach wieder –durchgehend oder insgesamt – mehr als sechs Wochen arbeitsunfähig erkrankt war.

Schon bisher stellten auch die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Einladung zum BEM die Unternehmen vor große Herausforderungen. So muss z.B. bereits im Einladungsschreiben auf die im anschließenden BEM-Verfahren beabsichtigte Datenverarbeitung hingewiesen werden. Entsprechende Hinweise einerseits vollständig und andererseits verständlich zu formulieren, ist nicht einfach. Unternehmen sollten jedoch nicht unterschätzen, wie wichtig die Einhaltung dieser Vorgaben für das gesamte BEM-Verfahren ist. Nicht nur ein falscher Hinweis führt hier zumeist zur Unwirksamkeit einer sich dem BEM anschließenden krankheitsbedingten Kündigung. Nach einer aktuellen Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg (Urteil vom 20. Oktober 2021, Az.: 4 Sa 70/20) ist das BEM bereits dann nicht ordnungsgemäß durchgeführt, wenn durch den Hinweis über die Datenerhebung und Datenverwendung der fälschliche Eindruck erweckt wird, dass Gesundheitsdaten an Vertreter des Arbeitgebers weitergegeben



werden können, die nicht am BEM-Verfahren beteiligt sind. Außerdem stellt die Entscheidung klar, dass während des gesamten BEM-Verfahrens und nicht nur im Einladungsschreiben auf die Einhaltung des Datenschutzes geachtet werden muss. Allein der datenschutzrechtliche Hinweis im Einladungsschreiben genügt somit nicht. Aber auch die in der Praxis gern vorsorglich von den Beschäftigten eingeholte Einwilligungserklärung, mit der sie pauschal der »gesamten Datenverarbeitung« zustimmen, genügt in aller Regel nicht.

Dies stand bisher bei den meisten Unternehmen sicherlich nicht im Fokus. Auf die Vertretung von Beschäftigten spezialisierte Rechtsanwaltskanzleien dürften hierauf jedoch nun besonders sorgfältig achten. Das ist gerade wegen der folgenden Gesetzesänderung heikel: Das Teilhabestärkungsgesetz führte zu einer Ergänzung des § 167 Abs. 2 S. 2 SGB IX, durch die die Beschäftigten nun eine Vertrauensperson ihrer Wahl zum BEM-Verfahren hinzuziehen dürfen. Das kann auch deren Rechtsanwältin oder Rechtsanwalt

sein. Wie bisher auch dürfen außerdem Betriebsrat, Schwerbehindertenvertretung und ggf. auch Rentenversicherung bzw. Integrationsamt am Verfahren teilnehmen, sofern die Beschäftigten dies wünschen.

#### FAZIT

- Die Anforderungen an ein ordnungsgemäßes BEM-Verfahren sind hoch und das Verfahren ist fehleranfällig. Wenn Beschäftigte ihren Rechtsbeistand zum BEM-Verfahren hinzuziehen, werden Verfahrensfehler zudem leichter offenbar.
- Wir empfehlen, die Vorlagen für BEM-Verfahren regelmäßig zu prüfen und zu aktualisieren. Nur so können krankheitsbedingte Kündigungen optimal vorbereitet werden. Dabei unterstützen wir gern.
- Wenn Sie mehr erfahren wollen, nutzen Sie gern die Möglichkeit, am 9. November 2022 um 9:00 Uhr an unserem kostenfreien Online-Seminar im Rahmen unserer Battke Brainery zu diesem Thema teilzunehmen. [Sie können sich hier anmelden.](#)

Daniela Guhl und Dr. Tina Lorenz

Geistiges Eigentum

## WIRKSAME VERTEIDIGUNG GEGEN NEGATIVBEWERTUNGEN IM INTERNET

Mit Urteil vom 9. August 2022 hat der 6. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (Az.: VI ZR 1244/20) entschieden, dass sich ein Hotelbetreiber gegen die negative Bewertung seines Hotels in einem Reiseportal wehren kann, indem er bestreitet, dass der Kundenkontakt stattgefunden hat. Wenn der Portalbetreiber daraufhin die Überprüfung der Echtheit der Bewertung nicht vornimmt, haftet er auf Löschung der fraglichen Bewertung.

Geklagt hatte der Betreiber eines Ferienparks mit 1.180 Wohneinheiten und 4.000 Betten gegen den Betreiber eines Reiseportals im Internet, auf dessen Portal mehrere negative Bewertungen zu einem seiner Hotels veröffentlicht wurden. Die Nutzer des Portals hatten ihre Bewertungen zum Teil mit Fotos unter Angabe eines Vornamens oder eines Kürzels veröffentlicht. Der Hotelbetreiber bestreitet, die Bewertenden seien Gäste seiner Ferieneinrichtung gewesen.

Nachdem das Kölner Landgericht die Klage abwies, gab das Oberlandesgericht Köln der Klage

statt. Der Bundesgerichtshof bestätigte das Urteil des Oberlandesgerichts. Zur Begründung führt es aus, dass der Portalbetreiber als mittelbarer Störer Bewertungen dann löschen muss, wenn er seinen Prüfpflichten nach Kenntnisnahme von der Rechtsverletzung nicht nachkommt. Diese Prüfpflichten werden bereits dann ausgelöst, so der Bundesgerichtshof, wenn der Bewertete bestreitet, der Bewertung habe ein Gästekontakt zugrunde gelegen. Zu weiteren Darlegungen, insbesondere einer näheren Begründung seiner Behauptung des fehlenden Gästekontakts, sei er gegenüber dem Bewertungsportal grundsätzlich nicht verpflichtet. Dies gelte vor allem auch für den Fall, dass die Bewertung Angaben enthalte, die für einen Gästekontakt sprechen und damit auf den ersten Blick plausibel erscheine. Denn derartige Angaben könne der Ferienparkbetreiber regelmäßig nicht überprüfen. Eine nähere Begründung der Behauptung des fehlenden Gästekontakts sei nur erforderlich, wenn

Geistiges Eigentum

sich die Identität des Bewertenden ohne weiteres aus der Bewertung ergäbe. Da der Portalbetreiber auf die Rüge des Hotelbetreibers nicht tätig geworden ist und eine Nachfrage bei seinen Nutzern verweigerte, sei davon auszugehen, den jeweiligen Gästekontakt habe es nicht gegeben. Diese inhaltlich plausiblen, aber als unecht zu beurteilenden Gästebewertungen stellen dann einen Eingriff in das Unternehmenspersönlichkeitsrecht des Ferienparkbetreibers dar und lösen

einen Unterlassungsanspruch gegen den Portalbetreiber nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog aus.

#### FAZIT

► Das Bestreiten der Echtheit des Gästekontakts stellt eine erfolgsversprechende Verteidigung gegen Negativbewertungen im Internet dar. Portalbetreiber müssen die Echtheit der Bewertungen prüfen.

Manuela Pokern

## RISIKO FEHLENDER MITWIRKUNG DES AUFTRAGGEBERS – RECHTE DES IT-UNTERNEHMERS

Es ist die Befürchtung wohl so manchen Unternehmers im IT-Projektvertrag: Die unterlassene oder fehlerhafte Mitwirkungshandlung des Bestellers/Auftraggebers, etwa fehlender Zugang zu Altdaten und fehlende Nutzungsrechte an Anwendungen, die migriert werden sollen. In einem solchen Fall kann der Unternehmer das Werk nicht abnahmereif herstellen, sodass sein Vergütungsanspruch mangels Abnahme grundsätzlich nicht fällig wird. Weiterhin muss er damit rechnen, nach Vornahme der Bestellerhandlung das Werk vollenden zu müssen, was Vorhaltekosten verursacht.

Zum Glück ist der Unternehmer dem nicht rechtlos ausgeliefert. Auch ohne vertragliche Regelung hilft ihm das Bürgerliche Gesetzbuch (s.u. 1). Zusätzlich kann er seine Rechtsposition mit vertraglichen Regelungen verbessern (s.u. 2).

1. Der Unternehmer hat bei unterlassener Mitwirkung Anspruch auf Gewährung einer angemessenen Entschädigung (§ 642 BGB).

Er kann sich durch Kündigung vom Vertrag lösen und unabhängig von einem Verschulden des Bestellers eine dem Teilwerk angemessene Vergütung beanspruchen (§§ 643, 645 BGB). Diese Regelung ist für den Besteller besonders unangenehm, weil er bei Neuvergabe u.U. doppelt bezahlen muss. Diese und die vorstehende Regelung werden daher in Formularverträgen dem Besteller gerne abbedungen.

Der Unternehmer hat weiter Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen für das Leistungsangebot oder Mehrkosten für die Aufbewahrung oder Erhaltung des Werks; er kann Materialien, die der Besteller

nicht bereitstellt, nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag selbst beschaffen und bei schuldhafter Nichterfüllung einer Verpflichtung des Bestellers kann er Schadensersatz verlangen.

2. Der Unternehmer kann seine Position aber noch vertraglich verbessern:

Die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers können als echte Pflichten ausgestaltet sein, nicht nur, wie es die gesetzliche Regelung vorsieht, als bloße Obliegenheit. Im Unterschied zu diesen sind echte Pflichten nämlich selbständig einklagbar; ihre Verletzung ist schadensersatzpflichtig.

Die Mitwirkungspflichten sollten möglichst präzise und umfassend beschrieben werden, etwa die Pflicht des Auftraggebers, zu den im Projektplan definierten Terminen Testdaten in ausreichender Menge und Vielfalt zur Verfügung zu stellen.

Besteht der Besteller auf einem Wegfall des Kündigungsrechts (s.o.), sollte sich jedenfalls der im Zeitplan festgelegte Zeitraum angemessen verlängern. Auch eine Schadenspauschale nach erfolgloser Fristsetzung durch den Auftragnehmer zur Erfüllung der Mitwirkungspflicht kommt in Betracht.

#### FAZIT

► IT-Unternehmer sollten um ihre gesetzlichen Rechte bei unterlassener Mitwirkung des Bestellers kämpfen; sie sind Ausgleich für das Risiko des Ausbleibens der Vergütung und von Mehraufwendungen.  
► Die Rechtsposition kann durch vertragliche Regelungen beträchtlich verbessert werden.

Dierk Schlosshan

## WEBSITE-ANALYSE OHNE COOKIES UND OHNE EINWILLIGUNG – DATENSCHUTZKONFORM

Fast jeder Betreiber einer Website betreibt Reichweitenanalyse, die erfasst, wie viele Personen die Website besuchen, wo sie herkommen, welche Seiten besonders aufgerufen werden, wie lange sie bleiben etc. Im Unterschied zum Tracking ist Ziel der Verarbeitung die Erstellung von nicht-personenbezieharen aggregierten Statistiken, nicht die Erhebung von Daten mittels Wiedererkennung einzelner Nutzerinnen oder Nutzer über einen längeren Zeitraum.

Das gängige kostenlose Werkzeug hierfür, Google Analytics, stößt allerdings zunehmend auf datenschutzrechtliche Hindernisse: Datenschutzbehörden in Frankreich und Österreich haben den Betrieb untersagt, insbesondere weil personenbezogene Daten ohne geeignete Rechtsgrundlage in die USA übertragen werden. Zudem erfordert die Datenverarbeitung eine die Nutzererfahrung trübende Einwilligung des Nutzers, nicht nur nach DS-GVO, sondern auch nach § 25 TTDSG. Nach letzterer Vorschrift ist eine Einwilligung grundsätzlich erforderlich in zwei Fällen:

- »Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers«
- (Zielgerichteter, aktiver) »Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind«.

Google Analytics und ähnliche Tools erfüllen beide Tatbestandsmerkmale: Sie speichern Informationen auf dem Endgerät des Nutzers in Form von Cookies und greifen durch Java-Skript aktiv auf Browserdaten des Nutzers zu.

Auf Interesse stößt daher die sog. Logdatenanalyse, bei der etwa mit Hilfe des Tools Matomo lediglich Informationen auf dem eigenen Webserver analysiert

werden, die der Browser automatisch beim Aufruf einer Website mitsendet, ohne dass dies der Anbieter des Telemediendienstes beeinflussen könnte, u.a. die aufgerufene Domain und URL, die IP-Adresse des anfragenden Rechners, Datum und Uhrzeit des Zugriffs, die Webseite, von der aus der Zugriff erfolgt (Referrer-URL) sowie verwendeter Browser und ggf. das Betriebssystem des Rechners (User-Agent).

Der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg bestätigt (FAQ zu Cookies und Tracking, Stand März 2022), dass die Analyse dieser Daten mangels »Zugriff« und »Speicherung« keine Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG erfordert. Auch für die damit einhergehende Verarbeitung personenbezogener Daten sei bei Einhaltung bestimmter Maßgaben keine Einwilligung erforderlich; die Verarbeitung könne auf das berechtigte Interesse des Website-Betreibers gestützt werden.

### FAZIT

- In der Regel ermöglicht die Beachtung der nachfolgenden Punkte eine Reichweitenanalyse ohne Einwilligung:
  - Reichweitenanalyse mittels lokaler Logfile-Analyse
  - Verzicht auf Dienste externer Dritter
  - Datensparsame Konfiguration
  - Kein Zusammenführen von Nutzungsdaten (z.B. über Anbieter- oder Gerätegrenzen)
  - Keine Verwendung der zur Wiedererkennung des Nutzers erlangten Informationen für andere Zwecke.

Dierk Schlosshan

## ENTWURF DES DATA ACT

Am 23. Februar 2022 hat die EU-Kommission ihren Entwurf eines Datengesetzes vorgelegt. Mit ihm sollen eine gerechte Verteilung der Wertschöpfung aus Daten auf die Akteure der Datenwirtschaft gewährleistet werden sowie der Datenzugang und die Datennutzung gefördert werden.

Der Vorschlag beinhaltet das Recht der Nutzer auf Zugang und Nutzung der nutzergenerier-

ten Daten, d.h. Nutzer wären künftig berechtigt, die kostenlose Herausgabe der durch die Nutzung entstandenen Daten zu verlangen. Produkte wären daher so zu designen, dass die bei ihrer Nutzung erzeugten Daten standardmäßig für den Nutzer einfach, sicher und direkt zugänglich sind. Daneben sollen Hersteller von Produkten und Anbieter von bestimmten Services vorvertragli-

che umfangreiche Informationspflichten erfüllen.

Des Weiteren ist das Verbot unfairer Vertragsklauseln in standardisierten Datenlizenzverträgen gegenüber Klein- und mittleren Unternehmen statuiert. Als unfair werden Klauseln gesehen, deren Verwendung entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zu einer Abweichung von der guten kaufmännischen Praxis des Datenzugangs und der Datennutzung führt; beispielsweise die Vereinbarung eines Haftungsausschlusses für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit.

Zudem werden in dem Vorschlag Bestimmungen, die eine Erleichterung des Wechsels von Datenverarbeitungsdiensten ermöglichen sollen, festgelegt. Datenverarbeitungsanbieter sollen demnach Hindernisse vermeiden, die den Vertragspartner daran hindern, den Vertrag mit einer Kündigungsfrist von höchstens 30 Tagen zu kündigen und einen neuen Vertrag mit einem anderen Anbieter zu schließen, Daten auf einen anderen Anbieter zu übertragen und nach einem Wechsel des Anbieters auf ein bestimmtes Mindestmaß an Funktionalitäten zugreifen zu können. Der Anbieterwechsel darf nicht kostenpflichtig sein.

Über den Entwurf wird im Rahmen des EU-Gesetzgebungsverfahrens beraten und abgestimmt. Der aktuelle Entwurf kann und wird noch Änderungen erfahren. Wir werden die Entwicklungen weiterhin im Blick behalten.

#### FAZIT

► Sollte es zur Umsetzung des Entwurfs kommen, sind damit für Unternehmen erhebliche Auswirkungen verbunden, da digitale Produkte so entwickelt sein müssen, dass Daten an Dritte jederzeit herausgegeben werden können, z.B. könnten kommunale Unternehmen beim Angebot von Produkten rund um die Steuerung von Solaranlagen, Wärmepumpen oder Ladepunkten als Datenhalter gelten und müssten damit die Daten der beim Kunden installierten Geräte herausgeben.

► Die Migration von Daten bringt in der Praxis aktuell viele Probleme mit sich. Es ist zu hoffen und bleibt abzuwarten, ob die Umsetzung des Data Acts Regelungen schafft, die den Anbieterwechsel für Markttaktore erleichtern.

Dr. Daniel Schöneich und Dr. Marie Sophie Arendt

## VORBEREITUNGSHANDLUNGEN SIND KEINE ERNSTHAFTE BENUTZUNG IM GESCHÄFTLICHEN VERKEHR

Der Markeninhaber hat das Recht, seine Marke zu nutzen und anderen die Nutzung im geschäftlichen Verkehr zu untersagen. Seine Rechtsposition wird aber an das Erfordernis der tatsächlichen und ernsthaften Benutzung der geschützten Marke geknüpft. Bleibt die Marke nach Ablauf der sog. 5-jährigen Benutzungsschonfrist unbenutzt, kann der Markeninhaber aus seiner Marke keine Ansprüche herleiten und unterliegt der Gefahr, die Marke wegen Verfalls zu verlieren.

In einem aktuellen Fall hatte das Landgericht Stuttgart (Urteil vom 22. Februar 2022 - Az.: 17 O 601/21) zu entscheiden, ob die durch den Unternehmer vorgenommenen Handlungen ernsthafte Benutzungen im geschäftlichen Verkehr darstellen. Der Markeninhaber hielt Rechte über eine Marke, die für Bier

geschützt war. Eine Brauerei warb mit einer Bierflasche des Markeninhabers. Der Markeninhaber bot ihr eine Zusammenarbeit an, was sie mit Hinweis auf die fehlende Benutzung durch ihn ablehnte. Daraufhin mahnte der Markeninhaber die Brauerei ab. Sie wies die Abmahnung zurück und forderte den Markeninhaber auf, Benutzungsnachweise vorzulegen. Aus den übermittelten Belegen ergaben sich u.a. Konzeptvorlagen, Angebotseinholungen und Vertragsverhandlungen. Die Brauerei sah darin keine ernsthafte Benutzung und klagte gegen den Markeninhaber auf Erstattung der Kosten für die Verteidigung gegen die Abmahnung.

Das Gericht prüfte unter dem Gesichtspunkt der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung, ob die Marke wegen Nichtbenutzung löschungsreif sei. Es

stellte fest, dass es für die Abgrenzung der Benutzung von der bloßen Vorbereitung auf die tatsächliche Verwendung des Zeichens als Herkunftshinweis im nach außen gerichteten geschäftlichen Verkehr ankäme (Verweis auf BGH, Beschluss vom 19. Dezember 1979 - Az.: I ZB 4/78). Das Gericht bewertete die durch den Markeninhaber vorgenommenen Handlungen als Vorbereitungshandlungen, da es allgemeine Aktivitäten waren, die eine künftige Zeichenbenutzung erst vorbereiteten. Das Stadium eines unmittelbaren konkreten Einsatzes der Marke sei hingegen nicht erreicht worden. Der Markeninhaber wurde so verurteilt, die Kosten der Brauerei zu zahlen.

#### FAZIT

- ▶ Die Marke muss im geschäftlichen Verkehr ernsthaft benutzt werden. Es droht sonst die Löschung der Marke auch können keine Rechte aus der Marke hergeleitet werden. Nicht ausreichend ist lediglich eine unternehmens- oder konzerninterne Verwendung, wenn die Marke nicht auch außerhalb benutzt wird.
- ▶ Die Benutzung muss sich auf Waren/Dienstleistungen beziehen, die bereits vertrieben werden oder deren Vertrieb unmittelbar bevorsteht.
- ▶ Handlungen im Vorfeld dazu, wie Marktanalysen, Verpackungsentwürfe etc., reichen nicht aus.

Dr. Marie Sophie Arendt

## KENNZEICHNUNGSPFLICHT »GEKAUFTE« BEWERTUNGEN

Verbraucher lassen sich beim Kauf von Bewertungen leiten. Die Einträge, die Erfahrungen von Nutzern mit dem Produkt oder dem Unternehmen wiedergeben, sind für viele Verbraucher daher eine wichtige Informationsquelle.

In einem aktuellen Fall hatte das Oberlandesgericht Frankfurt a.M. (Urteil vom 9. Februar 2022 - Az.: 6 U 232/21) zu entscheiden, ob die Aufnahme von einzelnen Bewertungen in das Gesamtbewertungsergebnis eines Produkts unzulässig ist, wenn für einzelne Bewertungen ein geringes Entgelt bezahlt wird und dieser Umstand bei der Darstellung des Gesamtbewertungsergebnisses nicht kenntlich gemacht wird.

In dem Fall vermittelte die Antragsgegnerin den Verkäufern eines Online-Markplatzes ein Programm, das ihnen half, frühzeitig Bewertungen für Produkte mit wenigen oder keinen Bewertungen zu erhalten. Die Käufer der Produkte erhielten für ihre Bewertungen geringwertige Prämien. Die Bewertungen flossen, ohne Kennzeichnung der Entlohnung und wie viele solcher Rezensionen Teil des Gesamtergebnisses sind, in das Gesamtbewertungsergebnis ein. Die Antragstellerin, selbst Vermittlerin von Kundenbewertungen, beantragte im Wege der einstweiligen Verfügung der Plattformanbieterin zu untersagen, diese Praxis fortzusetzen.

Das Gericht bestätigte den Antrag. Die Veröffentlichung der Rezensionen verstoße gegen § 5a Abs. 4 S. 1 UWG. Danach handelt unlauter, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Die kommerzielle Tätigkeit bejahte das Gericht, da die Plattformanbieterin ein Entgelt für die Bewertung ausgelobt habe. Die Berücksichtigung der Rezensionen sei nicht kenntlich gemacht worden. Sie ergebe sich auch nicht aus den Umständen, da nicht davon ausgegangen werden dürfe, dass Verbraucher wüssten, dass (auch) gekaufte Bewertungen in das Gesamtbewertungsergebnis einfließen. Die Bewertungen seien zudem geeignet, den Käufer zu einer Bewertung (geschäftliche Handlung) zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Es entspräche der Erfahrung, dass Kunden ein Produkt aufgrund einer Entlohnung positiver bewerten würden als ohne.

#### FAZIT

- ▶ Der Plattformbetreiber muss eine Entlohnung der Bewertenden kenntlich machen.

► Die entsprechende Kennzeichnungspflicht umfasst durch den neu eingeführten § 5b Abs. 3 UWG auch die Angaben, ob und wie der Unternehmer sicherstellt,

dass die veröffentlichten Bewertungen von solchen Verbrauchern stammen, die die Waren oder Dienstleistungen tatsächlich genutzt oder erworben haben.

Dr. Marie Sophie Arendt

Verwaltungsrecht

## WENN DAS FITNESSSTUDIO IN DIE GRÜNANLAGEN VERLAGERT WIRD UND WAS IN PARKS GETRUNKEN WERDEN DARF.

Verwaltungsrecht

Grünanlagen, vor allem in großen Städten wie Berlin oder Dresden, erfreuen sich bei der Bevölkerung großer Beliebtheit. Die Besucherinnen und Besucher zieht es besonders in den warmen Sommermonaten in die Parks, auch um sich durch sportliche Aktivitäten oder sonstige Beschäftigungen vom Stress des Alltages abzulenken und zu erholen. Das Potenzial der innerstädtischen Grünanlagen wurde jedoch längst nicht nur von privaten Personen entdeckt. Auch Veranstalterinnen und Veranstalter von Sportkursen nutzen vermehrt die Parks, um dort Freiluftkurse anzubieten und durchzuführen.

So auch in einem Fall, mit dem sich das Verwaltungsgericht Berlin vor kurzem zu beschäftigen hatte. Einem Berliner Veranstalter für Sportkurse, welcher Fitnesskurse für bis zu 20 Teilnehmerinnen und Teilnehmer in Parks anbot, wurde eine Genehmigung für das Abhalten der Kurse von der zuständigen Behörde untersagt, woraufhin dieser klagte. Das Verwaltungsgericht Berlin wies die Klage mit Urteil vom 22. April 2022 (Az.: 24 K 284.20) jedoch ab.

Grünanlagen dienen der erholungsbedürftigen und erholungssuchenden Bevölkerung. So gilt sowohl in Berlin als auch in Dresden, dass Grünanlagen »gestaltete Freiflächen (sind), die sich im Eigentum der Stadt befinden und sich vorrangig aus Vegetations-, Wege- und Wasserflächen zusammensetzen. Sie dienen der Bevölkerung zur Erholung und Freizeitgestaltung und/oder erfüllen stadtgestalterische, ökologische, stadthygienische sowie kulturelle Aufgaben« (vgl. § 1 Abs. 2 der Grünanlagensatzung der Landeshauptstadt Dresden vom 27. Januar 2011).

Des Weiteren stehen die Grünanlagen dem Allgemeingebrauch zur Verfügung. Das bedeutet, dass eine Vielzahl von Menschen zu deren Nutzung berechtigt. Die Angebote von kommerziellen

Sportveranstalterinnen und Sportveranstaltern richten sich jedoch nicht an alle potenzielle Parkbesucherinnen und Parkbesucher, sondern sind lediglich für deren Kunden zugänglich. Da die Kurse Dienstleistungen darstellen, unterfallen sie nicht dem Allgemeingebrauch. Diese Nutzung stellt vielmehr eine Sondernutzung dar, welche einer Genehmigung bedarf. Außerdem lastet auf den Grünanlagen ein hoher Nutzungsdruck, sodass die Erteilung von Genehmigungen bewirken kann, konkurrierende Angebote zeitlich und räumlich zu koordinieren.

Andererseits sind Verwaltungsgerichte auch nicht nur Spielverderber. So hat dieselbe Kammer des Verwaltungsgerichts Berlin ausgeführt, dass der mäßige Genuss von Alkohol in Parks und Grünanlagen der widmungsmäßigen Nutzung dieser Anlagen entspricht und daher nicht untersagt werden darf (VG Berlin, Urteil vom 6. August 2022 – Az.: VG 24 L 183/22). Die Besucherinnen und Besucher der Grünanlagen dürfen daher selbst entscheiden, ob sie Erholung durch individuelle sportliche Betätigung und/oder den Genuss von (alkoholischen) Getränken suchen.

### FAZIT

- Grünanlagen sind grundsätzlich lediglich für den Allgemeingebrauch und nicht für kommerzielle Veranstalterinnen und Veranstalter zugänglich.
- Auf dafür ausgewiesenen Flächen können Kunst- und Kulturveranstaltungen jedoch erlaubnisfrei gestattet sein, unter der Bedingung, dass diese frei von kommerziellen Hintergründen sind.
- Besucherinnen und Besucher der Grünanlagen dürfen selbst entscheiden, ob sie Erholung durch individuelle sportliche Betätigung und/oder den Genuss von (alkoholischen) Getränken suchen.

Dr. Ludger Meuten/ Stud. Iur. Moritz Unger

## PRÄQUALIFIKATION SCHÜTZT VOR EIGNUNGSPRÜFUNG NICHT

Zu den fest verankerten Grundsätzen des Vergaberechts zählt, dass der Zuschlag ausschließlich einem geeigneten Bieter erteilt werden darf. Hierbei ist die Prüfung der Eignung sowohl für die Vergabestelle als auch für die Unternehmen arbeits- und zeitaufwendig. Dies gilt insbesondere, wenn die Vergabestelle eine Vielzahl von Unterlagen und Nachweise zum Beleg der Eignung fordert.

Bereits seit geraumer Zeit sehen die einschlägigen Vergabeverordnungen (VgV, SektVO) und Vergabe- und Vertragsordnungen (VOB/A) vor, dass sich Bieter präqualifizieren lassen können. So ermöglicht beispielsweise § 6 b EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A, dass der Nachweis über die Eignung auch durch vom öffentlichen Auftraggeber direkt abrufbare Eintragungen in die allgemein zugängliche Liste des Vereins für Präqualifikation von Bauunternehmen e. V. (Präqualifikationsverzeichnis) geführt werden kann. Die im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegten Angaben werden nicht ohne Begründung in Zweifel gezogen. § 50 Abs. 3 Nr. 1 VgV regelt, dass die Bewerber oder Bieter keine Unterlagen beibringen müssen, sofern und soweit die zuschlagserteilende Stelle die Unterlagen durch eine kostenfreie Datenbank innerhalb der Europäischen Union, insbesondere im Rahmen eines Präqualifikationssystems, erhalten kann.

Allerdings kann die Nutzung des Präqualifikationssystems i. V. m. unglücklichen Formulierungen in den einschlägigen Formularbüchern zu Unsicherheiten führen. In einem europaweit durchgeführten Vergabeverfahren waren in einem von der Vergabestelle verwendeten Formularblatt Referenzen einzutragen, die mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar waren. Allerdings enthielt das Formularblatt den Klammerzusatz »Angaben sind immer vorzunehmen, soweit das Unternehmen nicht PQ-qualifiziert ist«. Aus dieser Formulierung hat die Vergabekammer des Bundes in ihrem bemerkenswerten Beschluss vom 6. April 2022 (vgl. VK Bund, Beschluss vom 6. April 2022, Az.: VK 2 - 26/22) die Schlussfolgerung gezogen, dass die Eignung, insbesondere die Referenzen, präqualifizierter Bieterinnen und Bieter nach dem Wortlaut des Formblattes nicht mehr zu prüfen sei. Ausweislich des

Formblattes sollen nur nicht präqualifizierte Bieter Angaben zu den Referenzen tätigen. Hingegen - so die Vergabekammer des Bundes - sind für präqualifizierte Bieter die Referenzleistungen nicht mehr gesondert zu prüfen. Dies hat zur Folge, dass die Vergabestelle diese Unternehmen auch nicht mangels Vorlage vergleichbarer Referenzen ausschließen kann.

Dieser Auffassung ist das Oberlandesgericht Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 8. Juni 2022 mit Nachdruck entgegengetreten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Juni 2022 - Az.: VII-Verg 19/22). In der Entscheidung, welcher ein Antrag auf vorzeitige Gestattung des Zuschlages zu Grunde lag, hat das Oberlandesgericht Düsseldorf zutreffend darauf hingewiesen, dass die inhaltlichen Anforderungen an die Eignungsnachweise für alle Unternehmen - egal ob präqualifiziert oder nicht - gleich sein müssen. Die Vergabestelle muss daher anhand transparenter Kriterien willkürfrei bzw. gleichbehandelnd diejenigen fachkundigen und leistungsfähigen Bieterinnen und Bieter auswählen, deren Angebote gewertet werden sollen. Daher müssen auch die Eignungsnachweise präqualifizierter Bieter den jeweiligen Anforderungen der Ausschreibung genügen. Hierfür sind die im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegten Referenzen heranzuziehen. Gegen diese Herangehensweise spricht auch nicht der Wortlaut des Formblattes. Durchschnittliche Bieterinnen und Bieter - so das Oberlandesgericht Düsseldorf - entnehmen dieser Formulierung nur, dass sie von Angaben zu Referenzen von dem Formblatt »Eigenerklärung Eignung« nur insoweit befreit sind, wenn und soweit im Präqualifikationsverzeichnis mindestens drei mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbare Referenzen hinterlegt sind. Dies ergebe sich aus der Auslegung der Vorgaben des Vordruckes. Daher müssen auch präqualifizierte Unternehmen die Forderung der Vorlage vergleichbarer Referenzen als an sich gerichtet verstehen. Maßstab der Prüfung sind dann die Eintragungen im Präqualifikationsverzeichnis. Demnach hatte die Vergabestelle die Antragstellerin zu Recht ausgeschlossen, weil sie nur zwei der im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegten Referenzen als gleichwertig mit der aus-

geschriebenen Leistung gewertet hat. Eine Entscheidung, die vom Oberlandesgericht Düsseldorf nunmehr bestätigt wurde.

### FAZIT

► Auch bei präqualifizierten Bietern ist die Eignung zu prüfen.

► Maßgeblich für die Eignungsprüfung sind in erster Linie die im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegten Eintragungen, insbesondere Referenzen.

► Unternehmen, die Bedenken haben, ob die im Verzeichnis hinterlegten Referenzen ausreichen, ist zu empfehlen, vorsorglich gesondert zusätzliche Referenzen zu hinterlegen oder dem Angebot beizufügen.

Dr. Ludger Meuten

### In eigener Sache

## RECRUITING IM NICHT-EU-AUSLAND? NA KLAR! (ABER BITTE MIT PLAN!)

In eigener Sache

Immer mehr Unternehmen spüren den Mangel deutlich: Arbeitskräfte in Deutschland oder sogar aus dem benachbarten Ausland sind rar. Dies betrifft mittlerweile nicht mehr nur hochqualifizierte Fachkräfte mit wissenschaftlicher Hochschulausbildung. Ebenso fehlen mittlerweile allorts auch Pflege(fach)kräfte, Produktionsmitarbeiter oder LKW-Fahrer. Angesichts des demografischen Wandels lässt sich der erhöhte Bedarf auch in Zukunft nicht mit deutschen Arbeitskräften decken. Und inzwischen lassen sich für die zahlreichen offenen Stellen auch häufig nicht genug Beschäftigte aus EU-Staaten finden, bei denen die Einstellung zumindest rechtlich gesehen keine größeren Probleme bereitet.

Viele Unternehmen setzen deshalb schon jetzt auf ein internationales Recruiting von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern aus Nicht-EU-Staaten. Nicht erst durch die Ukraine-Krise hat sich z. B. ein großes Arbeitskräftepotential in Osteuropa offenbart. Aber auch Arbeitskräfte aus anderen Ländern sind mittlerweile heiß begehrt: So z. B. aus Indien, Vietnam, den Philippinen bzw. Asien allgemein oder aus Südamerika.

Auch wenn die Notwendigkeit und der Wille vorhanden sind, tun sich die Unternehmen mit der Umsetzung des Recruitings überwiegend noch schwer. Oft fehlt hier schon die Idee, wo die Arbeitskräfte zu finden sind oder zumindest ein (vertrauenswürdiger) Kooperationspartner. Dazu kommen praktische Schwierigkeiten wie Sprachbarrieren, kulturelle Unterschiede und aufwändiger Papierkram. Auch scheuen (immer noch) viele Arbeitgeberinnen

und Arbeitgeber auch die rechtlichen Hürden, zumal auch die Behörden in Deutschland häufig eher Steine in den Weg legen, anstatt die Wirtschaft beim Gewinn wertvoller Arbeitskräfte zu unterstützen.

Battke Grünberg hat sich deshalb schon vor längerer Zeit entschlossen, Unternehmen beim Recruiting von Arbeitskräften aus Nicht-EU-Staaten umfassend zu unterstützen. Da Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber z. B. beim beschleunigten Fachkräfteverfahren selbst Vertragspartei der Behörde werden oder im Rahmen anderer Verfahren selbst gegenüber den Behörden handeln können, liegt die Initiative schon längst nicht mehr allein in der Hand der Arbeitssuchenden.

Und hier gilt: Wer sich vor dem Antrag bei den Behörden auf den - richtigen - Aufenthaltstitel Gedanken um die rechtlichen und praktischen Voraussetzungen der Erteilung macht, kann vermeiden, dass die Anträge abgelehnt werden und damit unnötig Kosten und Aufwand z. B. für ein Klageverfahren entsteht.

Unsere Kanzlei bietet interessierten Unternehmen deshalb nicht nur die Unterstützung bei Schwierigkeiten im Antragsverfahren oder Auseinandersetzungen mit den Behörden betreffend Visum oder Aufenthaltserlaubnis zu Erwerbszwecken bzw. Blaue Karte EU. Wir werden schon viel früher tätig und beraten die Unternehmen bereits vor Antragstellung zu den erforderlichen Voraussetzungen. Gemeinsam findet sich hier für jedes Anliegen das richtige Verfahren und eine gründliche Vorarbeit erspart (meistens) die Ablehnung der Anträge. Das vermeidet nicht nur



unnötige Kosten, sondern spart vor allem Zeit. Die Fachkräfte sind also schneller da!

Neben der Beratung im Umgang mit den Behörden bietet sich vorausschauend auch eine adäquate Arbeitsvertragsgestaltung unter Beachtung von rechtlichen Notwendigkeiten wie Mindestentgelten ebenso wie aus Unternehmenssicht wünschenswerten Befristungs- bzw. Kündigungsregelungen speziell für Mitarbeitende mit nur zeitlich begrenztem Aufenthaltstitel ein, da ein Arbeitsvertragsangebot den Anträgen auf einen Aufenthaltstitel in der Regel schon beizufügen ist.

Ebenso beraten wir Unternehmen zur Vertragsgestaltung mit ausländischen Kooperationspartnern.

Daneben beraten wir aber auch gerne Unternehmen innerhalb der Europäischen Union, z. B. in Polen und Tschechien, die Beschäftigte aus Nicht-EU-Staaten (z.B. geflüchtete Ukrainer) zur Dienstleistungserbringung nach Deutschland entsenden möchten. Trotz der europäischen Dienstleistungsfreiheit ist hierzu ein formales Verfahren bei der deutschen Botschaft im Land des Unternehmenssitzes nötig, was - hoffentlich - in die Erteilung eines sogenannten Vander Elst-Visums für diese Arbeitskräfte mündet. Sowohl für die Antragsvoraussetzungen als auch bei den nicht seltenen Streitigkeiten mit den Behörden um die Erteilung können Unternehmen auf umfassende Erfahrungen unserer Kanzlei zurückgreifen. Darüber hinaus verfügen wir über Erfahrungen und umfassendes Know-How für Unternehmen aus anderen EU-Staaten, die in Deutschland Tochterunternehmen gründen und auch Mitarbeitende aus Nicht-EU-Staaten in diesen Unternehmen beschäftigen möchten.

Insbesondere Herr Rechtsanwalt Kristian Glowe und Frau Rechtsanwältin Dr. Tina Lorenz verfügen in unserem Haus über umfangreiche Kenntnisse und Erfahrungen in diesen Bereichen und haben gute Kontakte zu Behörden und Kooperationsunternehmen für das Recruiting ausländischer Arbeitskräfte. Zusammen mit unserer Kooperationspartnerin, der

intap network GmbH (intap-network.de) mit Sitz in Dresden, ist unsere Kanzlei beispielsweise in der Lage, Unternehmen von der Planung des Recruitings bis zur Eingliederung der ausländischen Arbeitskräfte in den Arbeitsprozess rechtlich wie praktisch zu begleiten.

Während wir rechtliche Unterstützung bei den behördlichen Verfahren und der Vertragsgestaltung bieten, übernimmt unsere Kooperationspartnerin innerhalb ihres Tätigkeitsgebiets mit einem umfassenden Relocation Service das Onboarding und die (kultursensible) Integration in das Arbeitsumfeld. Außerdem gibt sie den Arbeitskräften Hilfestellung zur möglichst problemlosen Ankunft in Deutschland, d. h. zur Aufklärung und Unterstützung bei notwendigen behördlichen Angelegenheiten sowie Hilfe bei der Wohnungssuche und bei der Korrespondenz mit Vermieterinnen und Vermietern. So ist es möglich, Unternehmen die Unterstützung beim Recruiting von ausländischen Arbeitskräften komplett aus einer Hand anzubieten.

Nicht zuletzt sind Unternehmen in unserer Kanzlei auch sprachlich gut aufgehoben: Das gesamte Team spricht selbstverständlich Englisch. Herr Rechtsanwalt Kristian Glowe, der einen seiner Tätigkeitsschwerpunkte in der Beratung zur Beschäftigung von Arbeitskräften aus dem Nicht-EU-Ausland in Deutschland hat, spricht Polnisch als zweite Muttersprache. Unterstützt wird er von unserer Assistentin Frau Mazurek, die ebenfalls polnische Muttersprachlerin ist. Frau Rechtsanwältin Dr. Tina Lorenz, die ebenfalls schwerpunktmäßig in diesem Bereich berät, spricht zudem fließend Spanisch, ebenso unsere Assistentin Frau Gelbhaar. Auch eine Verständigung z. B. auf Französisch ist in unserer Kanzlei kein Problem.

Näheres finden Sie unter:

[www.battke-gruenberg.de/recruiting-international/](http://www.battke-gruenberg.de/recruiting-international/)

Dr. Tina Lorenz und Kristian Glowe

## I. BATTKE BRAINERY

Veranstaltungen  
Arbeitsrecht

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«.

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

- ▶ 9. November 2022 »Betriebliches Eingliederungsmanagement - aktuell, rechtssicher und praktikabel«
- ▶ 14. Dezember 2022 »Eine Kette, sie zu knechten? - Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) in der Compliance-Praxis«
- ▶ 11. Januar 2023 »Microsoft, Google, Zoom und andere US-Diensteanbieter - Black Box Internationaler Datentransfer?«  
Informationen zur Anmeldung erhalten Sie demnächst unter [www.battke-gruenberg.de](http://www.battke-gruenberg.de).

## 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. VORTRÄGE

#### 1. ARBEITSRECHT

**Thema: Mitarbeitende und Fachkräfte gesucht? Chancen der Zuwanderung genutzt! Ein Praxisworkshop zur Beschäftigung von Mitarbeitenden aus dem Nicht-EU-Ausland mit aktuellem Schwerpunkt der Beschäftigung ukrainischer Geflüchteter**

Arbeitsrecht

Veranstalter: DIAkademie Diakonische Akademie für Sachsen, Brandenburg und Berlin

Ort: Moritzburg

Datum: 3. November 2022

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Tina Lorenz

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter [www.diakademie.de](http://www.diakademie.de).

**Thema: Aktuelle Entwicklungen im Arbeitsrecht**

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

Ort: Moritzburg

Datum: 8. November 2022

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter [www.diakademie.de](http://www.diakademie.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](http://www.rkwcampus.de).

**Thema: Grundlagen der Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR)**

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

Ort: Moritzburg

Datum: 24. bis 25. November 2022

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Andrea Benkendorff

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter [www.diakademie.de](http://www.diakademie.de).

**Thema: Arbeitsrecht Aktuell 2023**

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Ort: Bautzen

Datum: 12. Januar 2023

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter [www.rkwcampus.de](http://www.rkwcampus.de).

**Thema: Arbeitsrecht Aktuell 2023**

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Ort: Chemnitz

Datum: 18. Januar 2023

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter [www.rkwcampus.de](http://www.rkwcampus.de).

**Thema: Arbeitsrecht Aktuell 2023**

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Ort: Großpösna

Datum: 24. Januar 2023

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter [www.rkwcampus.de](http://www.rkwcampus.de).

**Thema: Arbeitsrecht Aktuell 2023**

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Ort: Dresden

Datum: 31. Januar 2022

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter [www.rkwcampus.de](http://www.rkwcampus.de).

**Thema: Alkohol am Arbeitsplatz**

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Ort: Dresden

Datum: 9. Februar 2023

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter [www.rkwcampus.de](http://www.rkwcampus.de).

**Thema: Umgang mit schwierigen sowie mit (dauer-)kranken Mitarbeitern**

Veranstalter: Bauakademie Ost gGmbH

Ort: Werder (Havel)

Datum: 1. März 2022

Referentin: Frau Rechtsanwältin Dr. Tina Lorenz

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter [www.bauakademie-ost.de](http://www.bauakademie-ost.de).

**Thema: Arbeitsrecht für Führungskräfte**

Veranstalter: RKW Sachsen GmbH

Ort: Dresden

Datum: 14. März 2023

Referent: Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie demnächst unter [www.rkwcampus.de](http://www.rkwcampus.de)

## II. GESELLSCHAFTSRECHT

Thema: (Anwaltliche) Berufsausübungsgesellschaften nach Berufsrechtsreform und Reform des Personengesellschaftsrecht (MoPeG)

Veranstalter: Rechtsanwaltskammer Sachsen

Ort: Dresden

Datum: 9. Dezember 2022

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ekkehard Nolting

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter [www.seminare.rak-sachsen.de](http://www.seminare.rak-sachsen.de).

Veranstaltungen  
Gesellschaftsrecht

## III. VERGABERECHT

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

Veranstalter: eVergabe.de GmbH

Ort: Dresden

Datum: 22. November 2022

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter [www.evergabe.de](http://www.evergabe.de).

Veranstaltungen  
Vergaberecht

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

Veranstalter: eVergabe.de GmbH

Ort: Dresden

Datum: 7. Dezember 2022

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter [www.evergabe.de](http://www.evergabe.de)

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

Veranstalter: eVergabe.de GmbH

Ort: online

Datum: 13. Dezember 2022

Referent: Frau Rechtsanwältin Juliane Pethke

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter [www.evergabe.de](http://www.evergabe.de).

## IV. GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ UND WETTBEWERBSRECHT

Veranstaltungen  
Gewerblicher  
Rechtsschutz

**Thema: EVB-IT Verträge für Dienstleistungen und DSGVO (inklusive EVB-Musterverträge zu Cloudverträgen)**

Veranstalter: eVergabe.de GmbH

Ort: Dresden

Datum: 8. November 2022

Referent: Herr Rechtsanwalt Dr. Daniel Schöneich

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter [www.abstsachsen.de](http://www.abstsachsen.de)

**Thema: Mein Chef ist ein Vollandot – Wieviel müssen sich Arbeitgeber in Netzwerken gefallen lassen?**

Veranstalter: Krankenhausgesellschaft Sachsen

Ort: Webinar

Datum: 30. November 2022

Referent: Frau Rechtsanwältin Manuela Pokern und Frau Rechtsanwältin Daniela Guhl

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter [www.events.khg-sachsen.de](http://www.events.khg-sachsen.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](mailto:info@battke-gruenberg.de)

W: [www.battke-gruenberg.de](http://www.battke-gruenberg.de)