



## rechtAKTUELL

DEZEMBER 2016

- 2 REFORM DER ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG –  
NEUE REGELN FÜR LEIHARBEIT UND WERKVERTRÄGE
- 6 PRÜFPFLICHTEN DES BETREIBERS EINES BEWERTUNGSPORTALS IM INTERNET
- 8 „URHEBERRECHTS-PACKAGE“ DER EUROPÄISCHEN KOMMISSION VOM 14.09.2016
- 12 ABTRETUNG DES ANSPRUCHS GEGEN EINE D&O-VERSICHERUNG  
AN DIE VERSICHERNDE GESELLSCHAFT
- 14 (VOLLE) EEG-UMLAGE FÜR SELBST ERZEUGTEN STROM?  
NEUES ZUR EIGENVERSORGUNG VON DER BUNDESNETZAGENTUR
- 16 NEUES ZUR WERBUNG MIT PRÜFZEICHEN
- 18 EINE ZUKUNFT FÜR DIE BETRIEBLICHE ALTERSVERSORGUNG?
- 20 HAFTUNGSERWEITERUNG FÜR KARTELLBUSSGELDER –  
DIE SCHLISSUNG DER „WURSTLÜCKE“
- 22 RÜCKRUF ODER KEIN RÜCKRUF?  
NEUE RECHTSPRECHUNG ZUM UNTERLASSUNGSANSPRUCH
- 24 NEUFASSUNG DES § 309 NR. 13 BGB:  
ÄNDERUNGSBEDARF IN STANDARD-ARBEITSVERTRÄGEN
- 28 EUGH ZUM DATENSCHUTZ: IP-ADRESSEN ALS PERSONENBEZOGENE DATEN
- 30 NEUES VERGABERECHT: 180 TAGE NACH DER GROSSEN REFORM
- 32 PROBLEME DER WIEDERHERSTELLUNGSKLAUSEL IN DER GEBÄUDEVERSICHERUNG
- 34 IN EIGENER SACHE

## REFORM DER ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG – NEUE REGELN FÜR LEIHARBEIT UND WERKVERTRÄGE

Der Bundestag hat am 21.10.2016 den „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“ verabschiedet. Das Gesetz wird am 01.04.2017 in Kraft treten und im Jahr 2020 evaluiert werden.

Der Gesetzgeber hat sich zum Ziel gesetzt, die Funktion der Arbeitnehmerüberlassung als Instrument zur zeitlich begrenzten Deckung eines Arbeitskräftebedarfs zu schärfen, Missbrauch von Leiharbeit zu verhindern, die Stellung der Leiharbeitnehmer zu stärken und die Arbeit der Betriebsräte im Entleiherbetrieb zu erleichtern. Der folgende Beitrag fasst die wesentlichen gesetzlichen Neuregelungen, die sich in der Praxis zum Teil erheblich auswirken werden, zusammen.

### DEFINITION DER ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG

Das AÜG wird zukünftig in § 1 Abs. 1 Satz 2 eine Definition der Arbeitnehmerüberlassung enthalten:

*„Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen.“*

Die Definition soll der Abgrenzung zwischen dem Einsatz von Arbeitnehmern als Leiharbeitnehmer auf der einen und als „Erfüllungsgehilfe“ im Rahmen eines Werk- bzw. Dienstvertrags auf der anderen Seite dienen, ändert jedoch nichts am Status quo. Gleichwohl ist auf eine „saubere“ Gestaltung von Dienst- und Werkverträgen mehr als bisher zu achten.

Ergänzend wird in § 12 Abs. 1 Satz 2 AÜG – anknüpfend an die ständige Rechtsprechung des BAG – klargestellt, dass bei einem Widerspruch zwischen dem Vertrag und dessen tatsächlicher Durchführung für die rechtliche Einordnung des Vertrages letztere maßgebend ist.

### EINFÜHRUNG EINER ÜBERLASSUNGSHÖCHSTDAUER

Die viel kritisierte und in ihrer Auslegung hoch umstrittene derzeitige Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG, wonach die Arbeitnehmerüberlassung lediglich „vorübergehend“ erfolgt, wird durch eine konkrete Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten ersetzt, § 1 Abs. 1 Satz 4, Abs. 1b AÜG. Dabei sind frühere Einsatzzeiten bei demselben Entleiher vollständig anzurechnen, wenn diese weniger als drei Monate zurückliegen. Kurzzeitige Unterbrechungen des Leiharbeitsverhältnisses haben somit keinen Einfluss auf die Berechnung der Überlassungshöchstdauer.

Von der Überlassungshöchstdauer kann unter bestimmten Voraussetzungen durch Tarifvertrag und Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen abgewichen werden; die Einzelheiten regelt § 1 Abs. 1b AÜG. Danach kann in einem Tarifvertrag der Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche eine – nach oben oder unten – abweichende Überlassungshöchstdauer vereinbart werden. Nicht tarifgebundene

Entleiher, die in räumlicher, fachlicher und zeitlicher Hinsicht in den Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags fallen, können diese Regelung durch Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung inhaltsgleich übernehmen.

Enthält der Tarifvertrag der Einsatzbranche eine sog. Öffnungsklausel, die abweichende Regelungen in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung ausdrücklich zulässt, dürfen tarifgebundene Entleiher von der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer eigenständig und ohne Obergrenze abweichen. Nicht tarifgebundene, jedoch in den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallende Entleiher dürfen zwar ebenfalls von der Öffnungsklausel Gebrauch machen, grundsätzlich jedoch lediglich bis zu einer Obergrenze von 24 Monaten. Diese Begrenzung findet nur dann keine Anwendung, wenn der Tarifvertrag selbst eine von dem gesetzlichen Regelfall von 18 Monaten abweichende Überlassungshöchstdauer für Betriebs- und Dienstvereinbarungen festlegt.

Betriebe ohne Betriebsrat sind an die gesetzlich vorgegebene Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten gebunden.

Verleiher, die die Überlassungshöchstdauer überschreiten, begehen gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1e AÜG eine Ordnungswidrigkeit, die eine Geldbuße von bis zu 30.000,00 Euro nach sich ziehen kann. Zudem droht der Widerruf der Überlassungserlaubnis gem. § 5 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG.

Darüber hinaus kann der Verstoß zur Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer führen, es sei denn, der Leiharbeitnehmer macht von seinem Recht Gebrauch, gegenüber dem Ver- oder Entleiher zu erklären, dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhält (sog. Festhaltenserklärung, dazu noch weiter unten).

Gibt der Leiharbeitnehmer eine solche Festhaltenserklärung nicht ab und ist der Vertrag damit unwirksam, wird mit dem Eintritt der Unwirksamkeit gem. § 10 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 AÜG qua Gesetz ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer fingiert. Das ist eine für die Praxis sehr unerwünschte Folge.



Für den Übergangszeitraum nach Inkrafttreten des Gesetzes ist zu berücksichtigen, dass Überlassungszeiten, die vor dem 01.04.2017 liegen, bei der Berechnung der Überlassungshöchstdauer nicht berücksichtigt werden (§ 19 Abs. 2 AÜG). Bis zum 30.09.2018 können Sie also (wie gewohnt) disponieren.

#### **VERHINDERUNG VERDECKTER ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG**

Verleiher und Entleiher müssen die Überlassung von Arbeitnehmern zukünftig in dem zwischen ihnen geschlossenen Vertrag ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnen, bevor sie den Leiharbeiter überlassen bzw. einsetzen. Zudem sind die konkret eingesetzten Leiharbeiter vor deren Überlassung unter Bezugnahme auf dieses Vertragswerk namentlich zu bezeichnen (§ 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 AÜG). Diese Regelung wird relevant, wenn der Überlassungsvertrag als Rahmenvertrag über ein Arbeitskräftekontingent ausgestaltet ist. Ferner ist auch der Leiharbeiter selbst gem. § 11 Abs. 2 Satz 4 AÜG vor jeder Überlassung darüber zu informieren, dass er als Leiharbeiter tätig wird.

Diese verschärften Transparenzanforderungen sollen Konstellationen sog. verdeckter Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen von Schein-Werkverträgen verhindern. Bislang konnten vermeintliche Werkunternehmer, die tatsächlich Arbeitnehmerüberlassung betrieben, nach „Auffliegen“ ihrer missbräuchlichen Praxis eine auf Vorrat beschaffte Überlassungserlaubnis (sog. Vorratserlaubnis, auch als „Fallschirmlösung“ bezeichnet), die sie grundsätzlich zur Arbeitnehmerüberlassung berechtigt, vorlegen und damit den Eintritt der Sanktionen des AÜG bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung verhindern. Das war auch unsere Beratungsempfehlung.

Kommen Verleiher und Entleiher ihren Offenlegungspflichten nicht nach, begehen sie gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1c und 1d AÜG eine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit. Darüber hinaus kann auch dieser Verstoß gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG zur Unwirksamkeit des Vertrags zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiter und damit gleichzeitig gem. § 10 Abs. 1 AÜG zur Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeiter führen.

#### **VERBOT DER „KETTENÜBERLASSUNG“**

Eine Überlassung und das Tätigwerdenlassen von Arbeitnehmern als Leiharbeiter ist zukünftig auch nach dem Gesetz nur noch zulässig, soweit zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiter ein Arbeitsverhältnis besteht, § 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG. Dadurch sollen sog. Ketten- oder Zwischenüberlassungen – die (zeitweise) „Weiterverleihung“ von Arbeitnehmern, die bereits von einem anderen Verleiher entliehen worden sind – verhindert werden.

Durch einen Verstoß verwirklicht sowohl der (End-)Verleiher als auch der Entleiher zukünftig den Ordnungswidrigkeitstatbestand des § 16 Abs. 1 Nr. 1b AÜG, der mit einer Geldbuße von bis zu 30.000,00 Euro bewehrt ist.

Verfügt der (End-)Verleiher darüber hinaus nicht über eine Verleih-erlaubnis, überschreitet er die Höchstüberlassungsdauer oder erfolgt die Arbeitnehmerüberlassung entgegen § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 AÜG verdeckt, finden gem. § 10a AÜG die §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 bis 1b, 10 AÜG entsprechende Anwendung. Somit führt der Verstoß des Endverleihers zur Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses zwischen den Leiharbeitern und dem Erstverleiher (sofern diese keine „Festhaltungserklärung“ abgeben) und der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Einsatzarbeitgeber.

#### **BEREICHAUSNAHME FÜR DEN ÖFFENTLICHEN DIENST**

Bislang war – auch innerhalb der Rechtsprechung – umstritten, ob das AÜG auf die in den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes vorgesehenen Personalgestellungen (insb. gemäß § 4 Abs. 3 TVöD) Anwendung findet. Das AÜG sieht zukünftig in § 1 Abs. 3 Nr. 2b und 2c AÜG eine entsprechende Bereichsausnahme vor und trägt damit dem Umstand Rechnung, dass die Personalgestellung lediglich als eine besondere Form der Aufgabenverlagerung anzusehen ist, die letztlich dem Bestandsschutzinteresse der betroffenen Arbeitnehmer dient.

### „EQUAL PAY“ UND „EQUAL TREATMENT“

Nach § 8 Abs. 1 Satz 1 AÜG sind Verleiher auch zukünftig verpflichtet, den Leiharbeitnehmern für die Zeit der Überlassung die im Betrieb des Entleihers für vergleichbare Arbeitnehmer geltenden Arbeitsbedingungen einschließlich des Entgelts zu gewähren. Insoweit wurde die Formulierung des derzeitigen § 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG wortgleich übernommen.

Dem Leiharbeitnehmer ist das Arbeitsentgelt zu zahlen, das er erhalten hätte, wenn er für die gleiche Tätigkeit beim Entleiher eingestellt worden wäre. Dazu zählt nicht nur das laufende Arbeitsentgelt, sondern jede Vergütung, die aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gewährt wird bzw. aufgrund gesetzlicher Entgeltfortzahlungstatbestände gewährt werden muss, d. h. etwa auch Weihnachts- und Sonderzuwendungen, Entgeltfortzahlung sowie Urlaubsentgelt.

Neu ist die Vermutungsregelung in § 8 Abs. 1 Satz 2 AÜG. Danach wird eine Gleichstellung hinsichtlich des Arbeitsentgelts vermutet, wenn der Leiharbeitnehmer das für einen vergleichbaren Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb geschuldete tarifliche Arbeitsentgelt erhält. Werden den (Stamm-)Arbeitnehmern im Betrieb des Entleihers Sachbezüge gewährt, ist der Verleiher berechtigt, insoweit einen Wertausgleich in Euro zu zahlen, § 8 Abs. 1 Satz 3 AÜG.

Eine Abweichung von dem Gleichstellungsgrundsatz durch Tarifvertrag wird in Zukunft grundsätzlich nur noch für die ersten neun Monate der Überlassung möglich sein, § 8 Abs. 4 Satz 1 AÜG. Eine längere Abweichung von bis zu höchstens 15 Monaten ist gemäß § 8 Abs. 4 Satz 2 AÜG nur ausnahmsweise dann zulässig, wenn für das Arbeitsverhältnis ein Branchenzuschlagstarifvertrag gilt (Zeitarbeitsbranche), der nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen eine stufenweise Heranführung an das vergleichbare tarifliche Arbeitsentgelt der Einsatzbranche vorsieht.

Unterbrechungen der Überlassungszeiten von bis zu drei Monaten sind auch hier hinsichtlich der Berechnung des Neun- bzw. 15-Monats-Zeitraums unschädlich. Frühere Einsatzzeiten bei demselben Entleiher sind dann anzurechnen. Da Überlassungszeiten vor dem Inkrafttreten des Gesetzes am 01.04.2017 gem. § 19 Abs. 2 AÜG nicht berücksichtigt werden, kann ein Anspruch auf „Equal Pay“ frühestens ab dem 01.01.2018 entstehen. Vereinbarungen, die schlechtere als die in § 8 AÜG vorgesehenen Arbeitsbedingungen vorsehen, sind gem. § 9 Abs. 1 Nr. 2 AÜG unwirksam. Darüber hinaus ist die (Verlängerung der) Überlassungserlaubnis nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG zu versagen bzw. zu widerrufen, § 5 Abs. 1 Nr. 3 AÜG.

### FESTHALTENSERKLÄRUNG DES LEIHARBEITNEHMERS

Neu ist, dass Leiharbeitnehmer in den Fällen fehlender Überlassungserlaubnis, des Verstoßes gegen die Transparenzpflichten in § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 AÜG oder der Überschreitung der Überlassungshöchstdauer zukünftig die Möglichkeit haben, die in § 9 Abs. 1 AÜG grundsätzlich vorgesehene Rechtsfolge der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags mit dem Verleiher zu verhindern, indem sie gegenüber

dem Verleiher oder Entleiher erklären, an dem Arbeitsverhältnis festhalten zu wollen („Festhaltungserklärung“).

Die Erklärung muss innerhalb eines Monats nach dem für den Beginn der Überlassung vorgesehenen Zeitpunkt (in den Fällen des § 9 Abs. 1 Nr. 1 und 1a) bzw. nach dem Überschreiten der zulässigen Überlassungshöchstdauer (in den Fällen des § 9 Abs. 1 Nr. 1b) erfolgen. Zu kritisieren ist, dass die Frist unabhängig von dem Zeitpunkt der Kenntniserlangung durch den Leiharbeitnehmer zu laufen beginnt, die Frist damit verstreichen kann, bevor dieser überhaupt von dem Unwirksamkeitsgrund Kenntnis hat.

Gleichwohl hat auch der Ausschuss für Arbeit- und Soziales im Bundestag in seiner letzten Beschlussempfehlung vor Verabschiedung des Gesetzes insoweit keine Nachbesserung vorgenommen. Zu begrüßen ist allerdings, dass § 9 Abs. 3 AÜG nunmehr die – einem möglichen Missbrauch vorbeugende – Klarstellung erhält, dass eine Festhaltungserklärung, die vor Beginn der Monatsfrist abgegeben worden ist, unwirksam ist. Zudem wurden weitere Anforderungen an die Festhaltungserklärung ergänzt. Diese ist nur dann wirksam, wenn

- der Leiharbeitnehmer sie vor Abgabe bei der Bundesagentur für Arbeit vorlegt,
- die Bundesagentur die Erklärung mit dem Datum des Tages der Vorlage und dem Hinweis versieht, dass sie die Identität des Leiharbeitnehmers festgestellt hat, und
- die Erklärung spätestens am dritten Tag nach der Vorlage in der Bundesagentur dem Ver- oder Entleiher zugeht.

### KEIN EINSATZ VON LEIHARBEITNEHMERN ALS STREIKBRECHER

Das auch derzeit schon bestehende Leistungsverweigerungsrecht der Leiharbeitnehmer gegenüber einem Entleiher, der unmittelbar von einem Arbeitskampf betroffen ist, wird zukünftig durch das Verbot in § 11 Abs. 5 AÜG ergänzt, Leiharbeitnehmer als Streikbrecher tätig werden zu lassen. Ziel ist nach der Gesetzesbegründung, die Position von Leiharbeitnehmern zu stärken und eine missbräuchliche Einwirkung auf Arbeitskämpfe zu unterbinden.

Das Verbot soll ausnahmsweise dann nicht gelten, wenn der Entleiher sicherstellt, dass Leiharbeitnehmer keine Tätigkeiten übernehmen, die bisher von Arbeitnehmern erledigt wurden, die

- sich im Arbeitskampf befinden oder
- ihrerseits Tätigkeiten von Arbeitnehmern, die sich im Arbeitskampf befinden, übernommen haben.

Verstöße des Entleihers werden gem. § 16 Abs. 1 Nr. 8a AÜG als Ordnungswidrigkeit geahndet. Das Bußgeld kann bis zu 500.000,00 Euro betragen. Zuständige Kontrollbehörde ist die Bundesagentur für Arbeit.



**BERÜCKSICHTIGUNG BEI MITBESTIMMUNGSRECHTLICHEN SCHWELLENWERTEN**

§ 14 Abs. 2 AÜG stellt zukünftig – in Anlehnung an die neuere Rechtsprechung des BAG – klar, dass Leiharbeitnehmer im Rahmen der Ermittlung mitbestimmungsrechtlicher Schwellenwerte im Entleiherbetrieb grundsätzlich zu berücksichtigen sind. Dies gilt sowohl für das Betriebsverfassungsgesetz (mit Ausnahme des § 112a BetrVG) als auch für die Schwellenwerte der Unternehmensmitbestimmung (z. B. nach dem MitbestG oder dem DrittelbG) sowie die entsprechenden Wahlordnungen. Die Anwendung der Mitbestimmungsgesetze wird also ausgedehnt. Lediglich wenn es um die für die Anwendung eines Gesetzes erforderliche Anzahl bzw. den dafür erforderlichen Anteil an Arbeitnehmern geht, sind nur die Leiharbeitnehmer zu berücksichtigen, deren Einsatzdauer sechs Monate übersteigt.

**KLARSTELLUNGEN IM BETRIEBSVERFASSUNGSGESETZ**

In § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG wird klarstellend aufgenommen, dass sich die Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat auch auf den zeitlichen Umfang des Einsatzes, den Arbeitsort und die Arbeitsaufgaben der Leiharbeitnehmer erstreckt. Ferner sind Arbeitgeber zukünftig verpflichtet, dem Betriebsrat auf dessen Verlangen die Verträge vorzulegen, die der Beschäftigung der Leiharbeitnehmer zugrunde liegen, also insbesondere die Überlassungsvereinbarung mit dem Verleiher.

Ferner werden Arbeitgeber den Betriebsrat gem. § 92 BetrVG im Rahmen ihrer Unterrichtung über die Personalplanung auch darüber informieren müssen, ob Aufgaben mit eigenen Arbeitnehmern, Leiharbeitnehmern oder durch die Beauftragung von Dienst- bzw. Werkvertragsunternehmern erfüllt werden sollen.

**DEFINITION DES ARBEITSVERHÄLTNISSES**

Schließlich wird in § 611a BGB eine sich an den Grundsätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung orientierende Definition des Arbeitsverhältnisses eingefügt, um schon anhand des Gesetzeswortlauts eine klare Abgrenzung zu selbstständigen Tätigkeiten zu ermöglichen und dadurch missbräuchliche Gestaltungen des Fremdpersonaleinsatzes zu verhindern. § 611a Abs. 1 Satz 1 bis 4 BGB wird lauten:

*„Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab.“*

Ferner stellt die Vorschrift klar, dass die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls erfolgt und letztlich die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, nicht dessen Bezeichnung maßgeblich ist. Auch dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des BAG. Insgesamt ändert sich hier also nichts.

Das arbeitsrechtliche Dezeranat von Loschelder veranstaltet am 18.01.2017, 16:00 bis 18:00 Uhr, ein Seminar zu dem Thema

*„Die AÜG-Reform:  
Das gilt ab April 2017 für Leiharbeit und Werkverträge“*

Falls Sie an der Veranstaltung teilnehmen möchten, bitten wir um eine kurze Rückmeldung bis spätestens zum 31.12.2016.

Ihr Ansprechpartner ist Dr. Martin Brock:  
Tel.: 0221 650 65-233 Fax: 0221 650 65-234  
E-Mail: andrea.kiekuth@loschelder.de

Für weitere Fragen zum aktuellen und zukünftigen Recht der Arbeitnehmerüberlassung stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Detlef Grimm  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-129  
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Stefan Freh  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-129  
stefan.freh@loschelder.de



## PRÜFPFLICHTEN DES BETREIBERS EINES BEWERTUNGSPORTALS IM INTERNET

Produkt- oder personenbezogene Bewertungsportale im Internet sind alltäglich geworden. Ob Restaurant, Hotel, Ärztin oder Arbeitgeber – der Kreis der online bewerteten Waren und Dienstleistungen ist kaum mehr überschaubar. Wie jedes neue Geschäftsmodell bringen auch Bewertungsportale im Internet neue Rechtsfragen mit sich, auf die die Rechtsprechung erst im Laufe der Zeit Antworten geben kann. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) konkretisiert nun die Pflichten, die den Betreiber eines Bewertungsportals im Internet im Hinblick auf potentiell rechtsverletzende Bewertungen treffen.

### AUSGANGSLAGE

Bewertungsportale im Internet bewegen sich typischerweise im Spannungsfeld zwischen unterschiedlichen – teils übereinstimmenden, teils gegenläufigen – Interessen der beteiligten Personen. Der Nutzer des Bewertungsportals hat ein Interesse daran, frei und offen seine Meinung kundzutun und andere Interessenten an seinen Erfahrungen teilhaben zu lassen. Der Plattformbetreiber möchte sich möglichst ungehindert wirtschaftlich betätigen und die Äußerungen seiner Kunden verbreiten. Die Situation des Bewerteten ist hingegen zweischneidig: Genau so, wie er auf der einen Seite von positiven Beurteilungen profitiert, können auf der anderen Seite negative Bewertungen seinen Geschäftsbetrieb nachhaltig schwer schädigen.

Grundsätzlich ist kein Anbieter von Waren oder Dienstleistungen davor geschützt, dass er oder die Produkte, die er anbietet, zum Gegenstand kritischer Berichterstattung oder Bewertungen gemacht werden. Die Zulässigkeit einer negativen Bewertung endet jedoch dort, wo ein Bewertungsportal als „Onlinepranger“ oder Mittel zur Schädigung unliebsamer Konkurrenten missbraucht wird. Nicht hinnehmen braucht der Bewertete daher etwa eine sog. (in jüngerer Vergangenheit in anderem Zusammenhang zu Berühmtheit gelangte) „Schmähhkritik“ oder eine auf Grundlage falscher Tatsachen abgegebene Bewertung.

### RECHTLICHER RAHMEN

Die Anonymität des Internets stellt den rechtsverletzenden Bewerteten vor ein großes praktisches Problem: In den meisten Fällen wird es ihm nicht möglich sein, unmittelbar gegen denjenigen vorzugehen, der die Bewertung abgegeben hat. Der Betreiber des Bewertungsportals ist zwar erreichbar, aber grundsätzlich nicht für die Bewer-

tungen verantwortlich. Dies gilt zumindest, wenn die Bewertungen als die Bewertungen von Dritten erkennbar sind und sich der Betreiber die Äußerungen des Kunden nicht erkennbar zu eigen gemacht hat. Bei den meisten Bewertungsportalen dürfte es an einem solchen „Zueigenmachen“ in der Regel fehlen.

Eine Verantwortlichkeit für eine fremde Äußerung kann sich jedoch ergeben, wenn der Portalbetreiber nach Erhalt konkreter Hinweise seinen hieraus resultierenden Prüfpflichten nicht nachkommt und Hinweise auf eine mögliche Rechtsverletzung ignoriert.

Zum Umfang der Prüfpflichten hat der Bundesgerichtshof bereits im Jahr 2011 entschieden, dass ein Portalbetreiber nach Erhalt eines konkreten Hinweises auf eine Rechtsverletzung verpflichtet ist, den Verantwortlichen, der die Bewertung abgegeben hat, zur Abgabe einer Stellungnahme aufzufordern. Wenn dieser nicht antwortet, muss der Portalbetreiber davon ausgehen, dass die Beanstandung berechtigt ist und den Eintrag löschen. Wenn der Verantwortliche seine Bewertung im Einzelnen erläutert, so kann der Portalbetreiber von dem Betroffenen, der sich von der Bewertung verletzt fühlt, die Vorlage von Nachweisen verlangen, aus denen sich ergibt, dass die Bewertung unberechtigt ist. Auf Grundlage dieser Nachweise muss der Portalbetreiber dann in eigener Verantwortung entscheiden, ob er den beanstandeten Eintrag löscht oder nicht.

### BGH-ENTSCHEIDUNG „WWW.JAMEDA.DE“

Der Bundesgerichtshof hat in einer aktuellen Entscheidung die Linie, auf der seine bisherigen Entscheidungen lagen, grundsätzlich bestätigt, dabei jedoch den Umfang der den Portalbetreiber treffenden Prüfpflichten graduell verschärft (Urteil vom 01.03.2016, Az.: VI ZR 34/15 – „www.jameda.de“).

Zunächst bestätigt der Bundesgerichtshof seine bisherige Rechtsprechung, dass ein Hostprovider nicht verpflichtet ist, die von den Nutzern in das Netz gestellten Beiträge vor der Veröffentlichung auf eventuelle Rechtsverletzungen zu überprüfen. Wird er hingegen mit einer Beanstandung des Betroffenen konfrontiert, die so konkret gefasst ist, dass der Rechtsverstoß auf der Grundlage der Behauptung des Betroffenen unschwer bejaht werden kann, ist eine Ermittlung und Bewertung des gesamten Sachverhalts unter Berücksichtigung einer Stellungnahme des für den Beitrag Verantwortlichen erforderlich.

Zur Bestimmung, welcher Überprüfungsaufwand vom Hostprovider im Einzelfall zu verlangen sei, bedürfte es einer umfassenden Interessenabwägung, die alle Umstände des Einzelfalls berücksichtigt. Maßgebliche Bedeutung komme dabei dem Gewicht der angezeigten Rechtsverletzung und den Erkenntnismöglichkeiten des Portalbetreibers zu; ebenso seien die Funktion und Aufgabenstel-

lung des angebotenen Dienstes sowie die Eigenverantwortung des ggf. zulässigerweise anonym auftretenden Nutzers miteinzubeziehen.

Nach Abwägung der im entschiedenen Fall zu berücksichtigenden Interessen stellt der Bundesgerichtshof ausdrücklich fest, dass an die Prüfpflichten des Portalbetreibers strenge Anforderungen zu stellen seien. So müsse die vom Portalbetreiber durchzuführende Überprüfung erkennbar zum Ziel haben, die Berechtigung der Beanstandung des Betroffenen zu klären. Der Portalbetreiber müsse ernsthaft versuchen, sich hierzu die notwendige Tatsachengrundlage zu verschaffen und dürfe sich insbesondere nicht auf eine rein formale Prüfung zurückziehen. Dies könne im Einzelfall dazu führen, dass der Portalbetreiber verpflichtet ist, den Nutzer aufzufordern, die tatsächliche Grundlage der Bewertung möglichst genau zu beschreiben. Auch müsse er entsprechende Unterlagen (z. B. Rechnungen) an den Betroffenen (ggf. geschwärzt) übermitteln. Dies gelte jedenfalls, soweit eine Übermittlung datenschutzrechtlich zulässig sei.

Die Entscheidung geht über die bisherige Rechtsprechung insoweit hinaus, als der Bundesgerichtshof ausdrücklich festhält, dass den Betreiber eines Bewertungsportals eine Recherchepflicht trifft, die zumutbare Nachforschungen beim Nutzer erfordert. Dabei geht der Bundesgerichtshof nicht nur von einer materiellen Recherchepflicht aus, sondern hat auch entschieden, dass den Portalbetreiber im Fall einer gerichtlichen Auseinandersetzung eine sog. sekundäre Darlegungslast trifft. Dies bedeutet, dass der Portalbetreiber wegen der begrenzten Erkenntnismöglichkeiten des Bewerteten verpflichtet ist, im Prozess darzulegen, was er unternommen hat, um seinen

Prüfpflichten nachzukommen. Tut er dies nicht, gelten die tatsächlichen Umstände, auf die der Bewertete seine Beanstandung stützt, als zugestanden. Dies erleichtert den Rechtsschutz gegen schädigende Bewertungen erheblich.

## FOLGEN FÜR DIE PRAXIS UND OFFENE FRAGEN

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs stärkt die Rechte von Anbietern von Waren oder Dienstleistungen, die sich in Bewertungsportalen rechtsverletzenden Bewertungen ausgesetzt sehen.

Noch nicht geklärt ist die spannende Frage, ob und unter welchen Umständen der Betreiber eines Bewertungsportals ggf. verpflichtet sein kann, die Anonymität des Nutzers aufzuheben und persönliche Daten des Nutzers preiszugeben. Ein Bedürfnis hieran besteht insbesondere deshalb, weil der Betreiber des Bewertungsportals wegen der Verletzung von Prüfpflichten nur auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann. Weitergehende Ansprüche, insbesondere auf Schadensersatz, stehen dem Betroffenen auch in diesem Fall nur gegen den unmittelbar Verantwortlichen zu.

Auf Grundlage des geltenden Datenschutzrechts bestehen gewisse Zweifel an einem solchen Auskunftsanspruch gegen den Betreiber eines Bewertungsportals. Es mehren sich jedoch die Stimmen, die dies nicht für eine sachgerechte Lösung halten. Bewertungsportale im Internet werden daher auch in Zukunft Gegenstand spannender Rechtsfragen bleiben.

Für Fragen zu sämtlichen Themen des Äußerungsrechts stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Stefan Maaßen, LL.M.  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-231  
stefan.maassen@loschelder.de



Patrick Pommerening  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-134  
patrick.pommerening@loschelder.de



## „URHEBERRECHTS-PACKAGE“ DER EUROPÄISCHEN KOMMISSION VOM 14.09.2016

Am 14.09.2016 hat die Kommission insgesamt zwei Richtlinienvorschläge und zwei Verordnungsvorschläge zur weiteren Harmonisierung des Urheberrechts veröffentlicht, allgemein benannt als „Urheberrechts-Package“. Mit diesen Richtlinien- und Verordnungsvorschlägen möchte die Kommission auf die Entwicklung der Digitaltechniken reagieren, die zu Veränderungen bei der Schaffung, der Herstellung, der Verbreitung und der Verwertung von Werken und sonstigen Schutzgegenständen geführt hat. Wenn die Umsetzung gelingt, ist dies ein sehr gewichtiger Schritt auf dem Wege der Harmonisierung des Urheberrechts.



Was die Harmonisierung des Rechts des geistigen Eigentums betrifft, ist die EG, später als EU, sehr unterschiedliche Wege gegangen. Im Markenrecht und im Designrecht sind parallel Richtlinien und Verordnungen erlassen worden, dies mit dem Ergebnis, dass zum einen ein einheitliches europäisches Markenrecht mit der Möglichkeit geschaffen worden ist, eine Europamarke für alle 28 Mitgliedstaaten in Alicante anzumelden. Dieselbe Möglichkeit ist für das Design- bzw. Geschmacksmusterrecht eröffnet worden. Die nationalen Markenrechte und Designrechte blieben aber erhalten, wurden mit Hilfe der Richtlinien für alle 28 Staaten gleichgeschaltet.

Im Patentrecht hat man versucht, für alle 28 Staaten ein einheitliches Patentrecht und ein einheitliches Patentverfahrensrecht zu schaffen, das an sich spätestens in 2017 in Kraft treten sollte. Durch den sog. Brexit ist die Umsetzung nunmehr gefährdet, vielleicht in weite Zukunft gerückt.

Einen ganz anderen Weg ist man beim Urheberrecht gegangen. Mit immer neuen Richtlinien – bislang sind es acht – hat man versucht, die Harmonisierung in Teilbereichen, z. B. bei den Verwertungsrechten, den Schranken, den Folgerechten, der Verjährung und verschiedenen Ansprüchen voranzubringen, zuletzt bei der Vereinheitlichung des Rechts der Verwertungsgesellschaften. Eine einheitliche Urheberrechtsverordnung hat man nicht angestrebt, da die Urheberrechtssysteme in den einzelnen Ländern zu unterschiedlich sind. Das gilt insbesondere für zwei Kernbereiche, den Werkbegriff und das Urheberpersönlichkeitsrecht.

Beim Werkbegriff hat der EuGH dem Gesetzgeber die Harmonisierungsarbeit aus der Hand genommen und hat in inzwischen sechs EuGH-Entscheidungen im Wege der Rechtsprechung einen einheitlichen Werkbegriff geschaffen. Insoweit hat der EuGH den Gesetzgeber überholt. Beim Urheberpersönlichkeitsrecht sind die Differenzen noch nicht überwunden.



Umso erstaunlicher ist es, dass das jetzt vorliegende Urheberrechts-Package zwei Richtlinien, erstmals aber auch zwei Verordnungsentwürfe umfasst. Zwar handelt es sich auch hier um Teilbereiche. Offensichtlich will die EU aber nunmehr im Verordnungswege einheitliche Regelungen schaffen, sich nicht mehr auf die Umsetzung der Richtlinien durch die nationalen Gesetzgeber verlassen.

Die vorgelegten Entwürfe sind so umfangreich, auch wenn sie sich nur auf Teilbereiche beziehen, dass nachfolgend nur ein ganz kurzer Überblick gegeben werden kann. Offensichtlich ist es der Kommission mit dem Erlass der Richtlinien bzw. Verordnungen sehr eilig. Die Fristen, die zur Stellungnahme gesetzt sind, sind knapp. Noch knapper sind die Fristen, die das Bundesministerium der Justiz den sog. beteiligten Kreisen vorgegeben hat.

Nachfolgend daher nur einige wenige Gesichtspunkte, die voraussichtlich in zwei oder drei Jahren zu Änderungen des Urheberrechtsgesetzes führen werden bzw. zu neuen Verordnungen neben dem Urheberrechtsgesetz.

Der Vorschlag der ersten Richtlinie trägt den Titel

*„Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt“.*

In einer sehr ausführlichen Begründung, die weit ausführlicher ist als der Richtlinienvorschlag zusätzlich in insgesamt 47 Erwägungsgründen, sind die vorgesehenen gesetzlichen Regelungen der Richt-

linie in nur zehn Artikeln zusammengefasst. Den Begriffsbestimmungen kann entnommen werden, dass es insbesondere um die Organisation der Forschung an den Hochschulen, um die Technik des Text- bzw. Data-Minings geht, um die Einrichtung des sog. Kulturerbes und schließlich um Presseveröffentlichungen.

In Art. 3 f. der Richtlinie wird dann festgelegt, dass das sog. Text- und Data-Mining, eine Technik für die automatisierte Auswertung von Texten und Daten in digitaler Form, mit deren Hilfe beispielsweise Erkenntnisse über Muster, Trends und Korrelationen gewonnen werden können, vom Urheberrechtsschutz weitgehend freigestellt werden sollen.

Auch die Nutzung von Werken und sonstigen Schutzgegenständen für digitale und grenzübergreifende Lehrtätigkeiten wird erleichtert. Schließlich wird die Nutzung von vergriffenen Werken unter bestimmten Voraussetzungen gestattet. Des Weiteren wird ein eigenes Leistungsschutzrecht für die Presse eingerichtet, ein Leistungsschutzrecht, das der deutsche Gesetzgeber nach heftiger Diskussion bereits vor mehr als einem Jahr geschaffen hat.

Für die Urheber soll eine „faire“ Vergütung vorgesehen werden, dies in allen der vorher aufgeführten Bereiche. Was unter „fairer Vergütung“ zu verstehen ist, scheint nicht sehr hinreichend definiert zu sein.





Der zweite Vorschlag, ein Vorschlag für eine neue Verordnung, trägt den Titel

*„Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates mit Vorschriften für die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten in Bezug auf bestimmte Online-Übertragungen von Rundfunkveranstaltern und die Weiterverbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen“.*

Auch in dieser Verordnung geht es um die Reaktion auf die Weiterentwicklung digitaler Technologien. Und auch bei dieser Verordnung sind die Vorbemerkungen und die Erwägungsgründe sehr viel ausführlicher als die insgesamt sieben Artikel der Verordnung. Letztlich geht es darum, dass auf die öffentliche Wiedergabe und die Zugänglichmachung das Ursprungslandprinzip Anwendung findet, dass also für die öffentliche Wiedergabe und Zugänglichmachung eines Onlinedienstes für die Zwecke der Wahrnehmung des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte die Wiedergabe nur in dem Mitgliedstaat als erfolgt gelten soll, in dem der Rundfunkveranstalter seine Hauptniederlassung hat. Eingeschaltet in die Wahrnehmung der Rechte sind die Verwertungsgesellschaften.

Der dritte Entwurf, die zweite Verordnung, setzt eine Verpflichtung um, die die Europäische Union in dem Vertrag von Marrakesch übernommen hatte, dies zur Erleichterung des Zugangs für Blinde, Sehbehinderte und anderweitig lesebehinderte Personen. Hierzu gibt es eine

*„Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den grenzüberschreitenden Austausch von Kopien bestimmter urheberrechtlich oder durch verwandte Schutzrechte geschützter Werke und sonstiger Schutzgegenstände in einem zugänglichen Format zwischen der Union und Drittländern zugunsten Blinden, Sehbehinderter und anderweitig lesebehinderter Personen“.*

Da die zuletzt genannte Verordnung – ebenso wie der vierte und letzte Richtlinien-Vorschlag der Kommission – nur einen ganz speziellen Interessentenkreis betrifft, soll diese hier nicht weiter dargestellt werden.

Wohl aber sollen einige Kritikpunkte gegenüber der zunächst genannten Richtlinie und der zunächst genannten Verordnung formuliert werden.

- So wird die vorgesehene Verlegerbeteiligung teils begrüßt, teils abgelehnt, weil sowohl der EuGH als auch der BGH auf der Grundlage der bestehenden gesetzlichen Regelung die Verlegerbeteiligung als rechtswidrig bezeichnet hat. Andererseits darf nicht übersehen werden, dass EuGH und BGH nur das geltende Recht zu beurteilen hatten. Es ist grundsätzlich dem Gesetzgeber, auch dem europäischen Gesetzgeber unbenommen, diese bestehende gesetzliche Regelung zu ändern und den Verleger bei der Verteilung der Erlöse mit einzubeziehen.
- Kritisiert wird die Bestimmung zur „fairen Vergütung“ für den Urheber. Zwar wird begrüßt, dass diese dem Urhebervertragsrecht zugehörige Regelung, überhaupt vorgesehen ist. Kritisiert wird jedoch, dass sich die Verpflichtung zur Transparenz der Grundlagen der Vergütung nur an den Vertragspartner richtet, nicht aber an den jeweiligen Nutzer. Insbesondere sollte bei der Einräumung eines zeitlich unbefristeten Rechtes eine Überprüfung der Angemessenheit der Vergütung im Laufe der Zeit möglich sein.

- Konzeptionell wird begrüßt, dass die Kommission den Weg der Richtlinie verlassen hat und erstmals über eine Verordnung unmittelbar rechtliche Regelungen in der gesamten EU schaffen will.
- Begrüßt wird auch, dass die Kommission es unternimmt, überhaupt urhebervertragliche Regelungen zu schaffen, in einem Gebiet, das bislang auch vom nationalen Gesetzgeber vernachlässigt worden ist.
- Schließlich wird positiv angemerkt, dass die Urheberrechtsschranken, soweit es um Forschung und Lehre geht, weiter ausgebaut werden, da es zukünftig immer mehr um die Nutzung digitaler Inhalte gehen wird.
- Dass die Kommission die Regelung der sog. vergriffenen Werke angenommen hat, wird ebenfalls begrüßt; gerügt wird allerdings, dass nicht hinreichend sicher definiert ist, was hierunter zu verstehen ist.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die sehr umfangreichen Entwürfe der Kommission zwar einen weiteren, mit Sicherheit nicht unbedeutenden Schritt bei der Vereinheitlichung des Urheberrechts darstellen, dass aber ein großer Wurf, auch wenn man die unterschiedlichen Themen nur auf den Bereich der Digitalisierung beschränkt, nicht gelungen ist.

Für weitere Fragen im Zusammenhang mit dem (bestehenden) Urheberrecht sowie dem Urheberrechts-Package der Europäischen Kommission steht Ihnen gerne zur Verfügung:



Prof. Dr. Michael Loschelder  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-124  
[michael.loschelder@loschelder.de](mailto:michael.loschelder@loschelder.de)

# ABTRETUNG DES ANSPRUCHS GEGEN EINE D&O-VERSICHERUNG AN DIE VERSICHERNDE GESELLSCHAFT

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat am 13.04.2016 mit zwei für die D&O-Versicherung sehr bedeutsamen Urteilen entschieden, dass das versicherte Organ/der versicherte Mitarbeiter seinen Anspruch gegen die D&O-Versicherung auch dann an das geschädigte Unternehmen abtreten kann, wenn das geschädigte Unternehmen gleichzeitig Versicherungsnehmer ist. Dabei ist es nach den Urteilen des BGH nicht erforderlich, dass das geschädigte Unternehmen seinen Schadenersatzanspruch zunächst ernsthaft gegenüber dem versicherten Organ/dem versicherten Mitarbeiter geltend macht.

## EINFÜHRUNG

Immer mehr Unternehmen schließen D&O-Versicherungen (D&O steht für directors and officers) für ihre Organe (also insbesondere Geschäftsführer, Vorstände und Aufsichtsräte) und leitenden Mitarbeiter ab. Bei einer D&O-Versicherung handelt es sich um eine Organ- und Managerhaftpflichtversicherung. Diese Versicherung schützt die versicherten Organe/Mitarbeiter insbesondere, wenn sie aufgrund von Sorgfaltspflichtverletzungen auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden (je nach Umfang der Versicherung umfasst eine D&O-Versicherung daneben auch andere Kosten/Schäden der versicherten Organe/Mitarbeiter, wie die Übernahme der Kosten eines Strafverfahrens). Vorsätzliche bzw. wissentliche Pflichtverletzungen der Organe/Mitarbeiter sind in aller Regel vom Versicherungsschutz ausgenommen.

Wird ein Organ/Mitarbeiter wegen einer Sorgfaltspflichtverletzung in Anspruch genommen, sind die Fälle der sogenannten Innenhaftung (d. h. das Organ/der Mitarbeiter wird von der ihn anstellenden Gesellschaft in Anspruch genommen) und die Fälle der sogenannten Außenhaftung (d. h. das Organ / der Mitarbeiter wird von einem Dritten in Anspruch genommen) zu unterscheiden. In beiden Fallkonstellationen gewährt eine D&O-Versicherung grundsätzlich Versicherungsschutz.

## ANSPRUCH DES VERSICHERTEN ORGANS

Bei einer D&O-Versicherung handelt es sich um eine Versicherung für fremde Rechnung, d. h. im Schadensfall steht der Anspruch gegen die Versicherung (Deckungsanspruch) dem jeweiligen Organ (der versicherten Person) und nicht dem Unternehmen, das die Versicherung abgeschlossen hat (der Versicherungsnehmerin), zu.

Der Versicherungsfall wird bei einer D&O-Versicherung nach dem sog. Claims-Made-Prinzip erst durch die Inanspruchnahme der versicherten Person ausgelöst. Inanspruchnahme bedeutet, dass gegen das versicherte Organ/den versicherten Mitarbeiter ein Schadenersatzanspruch geltend gemacht wird.

Dies gilt auch bei Innenhaftungsfällen, also wenn dem Unternehmen als Versicherungsnehmerin durch eine Sorgfaltspflichtverletzung selbst ein Schaden entstanden ist. Auch in diesen Fällen muss die Versicherungsnehmerin zunächst ihr Organ/ihren Mitarbeiter in Anspruch nehmen, der dann wiederum seinen Deckungsanspruch gegen die Versicherung geltend machen kann.

## ABTRETUNG AN DIE VERSICHERUNGSNEHMERIN

Damit stellt sich die Frage, ob und unter welchen Bedingungen sich das Unternehmen bei Innenhaftungsfällen den Anspruch gegen die Versicherung von der versicherten Person abtreten lassen und im Schadensfall unmittelbar gegen die Versicherung vorgehen kann. Diese Frage wurde in den letzten Jahren in Literatur und Rechtsprechung sehr unterschiedlich beantwortet.

## BISHERIGE RECHTSPRECHUNG

Das Landgericht Düsseldorf und das Oberlandesgericht Düsseldorf hatten 2011 bzw. 2013 und 2014 über zwei Innenhaftungsfälle zu entscheiden, in denen die Versicherungsnehmerin das schädigende Organ zwar durch ein Anspruchsschreiben in Anspruch genommen hatte, aber aus den Gesamtumständen zu erkennen war, dass die Versicherungsnehmerin eigentlich nicht ernsthaft gegen ihr Organ vorgehen, sondern nur den Versicherungsfall auslösen wollte, um gegen die Versicherung vorgehen zu können. Im Anschluss an das Anspruchsschreiben trat das versicherte Organ seinen Deckungsanspruch gegen die D&O-Versicherung an die Versicherungsnehmerin ab.

Das Landgericht Düsseldorf entschied zunächst, dass eine Abtretung des Deckungsanspruchs an die Versicherungsnehmerin unwirksam sei, da die Versicherungsnehmerin kein „Dritter“ sei.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf urteilte, dass ein Versicherungsfall immer nur dann ausgelöst würde, wenn die Versicherungsnehmerin die versicherte Person „ernsthaft“ in Anspruch genommen habe. Dazu gehöre, dass das jeweilige Unternehmen entschlossen sei, den Schadenersatzanspruch gegen das schädigende Organ persönlich zu verfolgen, und zwar unabhängig davon, ob die Versicherung hafte. Dafür komme es nicht unbedingt darauf an, dass die Versicherungsnehmerin ihre Ansprüche auch gerichtlich



geltend machen wolle. Sei aber aus den Umständen zu erkennen, dass die Versicherungsnehmerin nur den Versicherungsfall auslösen und das Organ nur zum Schein in Anspruch nehme, müsse die Versicherung schon deshalb nicht eintreten, da es an einer ernsthaften Inanspruchnahme der versicherten Person fehle.

#### URTEILE DES BGH VOM 13. APRIL 2016

Der BGH hat am 13.04.2016 (Az.: IV ZR 304/13 und IV ZR 51/14) die Urteile des OLG Düsseldorf aufgehoben und in seinen für die D&O-Versicherung sehr bedeutsamen Urteilen entgegen dem Landgericht und dem Oberlandesgericht Düsseldorf wie folgt entschieden:

- Bei Innenhaftungsfällen, also bei Schadenersatzansprüchen der Versicherungsnehmerin gegen ihre Organe oder Mitarbeiter, kann das versicherte Organ bzw. der versicherte Mitarbeiter seinen Anspruch gegen die D&O-Versicherung wirksam an das Unternehmen als Versicherungsnehmerin abtreten. Auch die Versicherungsnehmerin ist Dritte im Sinne der Versicherungsbedingungen und des § 108 Abs. 2 VVG. Der Begriff des Dritten kann nicht in der Weise eingegrenzt werden, dass am Versicherungsvertrag beteiligte Personen von vornherein nicht Dritte sein können.
- Eine Inanspruchnahme der versicherten Person setzt nicht voraus, dass die Versicherungsnehmerin die versicherte Person persönlich ernsthaft in Anspruch nimmt. Es steht der Eintrittspflicht des Versicherers nicht entgegen, wenn der Geschädigte den Schädiger allein deshalb in Anspruch nimmt, um den Versicherungsfall auszulösen. Der BGH argumentiert, dass es dem Gläubiger eines Haftpflichtanspruchs grundsätzlich frei stehe, ob und inwieweit er den Schädiger für einen eingetretenen Schaden in Anspruch nimmt und auf welche Vermögenswerte er im Rahmen einer möglichen Zwangsvollstreckung zugreift.

- Die Versicherungsnehmerin, die sich den Deckungsanspruch von der versicherten Person hat abtreten lassen, hat nur dann keinen Anspruch auf die Versicherungsleistung, wenn ein sog. Fall des kollusiven Zusammenwirkens zwischen der Versicherungsnehmerin und der versicherten Person vorliegt. Dies setzt voraus, dass der Schadenersatzanspruch, auf den sich die Versicherungsnehmerin beruft, tatsächlich nicht oder nicht in der behaupteten Höhe besteht und dies sowohl der Versicherungsnehmerin als auch der versicherten Person bewusst ist.

#### FOLGEN FÜR DIE PRAXIS

Aufgrund der Entscheidungen des BGH vom 13.04.2016 ist nunmehr geklärt, dass die versicherte Person bei sog. Innenhaftungsfällen ihren Anspruch gegen die Versicherung wirksam an die geschädigte Gesellschaft abtreten kann. Die geschädigte Gesellschaft kann dann aus abgetretenem Recht unmittelbar gegen die Versicherung vorgehen. Dies gilt auch dann, wenn die Gesellschaft zu erkennen gibt, dass sie nicht ernsthaft vorhatte, ihre Ansprüche gegen das versicherte Organ bzw. den versicherten Mitarbeiter gerichtlich durchzusetzen.

Künftig ist daher damit zu rechnen, dass sich bei Innenhaftungsfällen die Versicherungsnehmerinnen einer D&O-Versicherung im Schadensfall vermehrt den Anspruch des versicherten Organmitglieds bzw. des versicherten Mitarbeiters abtreten lassen wird, um so unmittelbar gegen den Versicherer vorgehen zu können.

Aufgrund der Tatsache, dass der Versicherungsfall bei einer D&O-Versicherung immer erst durch die Inanspruchnahme der versicherten Person ausgelöst wird, ist von Seiten der geschädigten Gesellschaft gleichwohl unbedingt darauf zu achten, dass der Anspruch gegen das versicherte Organ vor der Abtretung eindeutig schriftlich geltend gemacht wird. Zudem müssen vorab die entsprechenden Beschlüsse der Gesellschafterversammlung bzw. des Aufsichtsrats gefasst werden.

Bei Fragen zum Versicherungsrecht und zur D&O-Versicherung stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Wilfried Ruffer  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-214  
wilfried.rueffer@loschelder.de



Dr. Sandra M. Orlikowski-Wolf  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-206  
sandra.orlikowski-wolf@loschelder.de



# (VOLLE) EEG-UMLAGE FÜR SELBST ERZEUGTEN STROM? NEUES ZUR EIGENVERSORGUNG VON DER BUNDESNETZ- AGENTUR

Energiekosten sind ein entscheidender Kostenblock für etliche Unternehmen, insbesondere die darunter fallenden Stromkosten. Letztere setzen sich aus verschiedenen Komponenten zusammen, von denen die Kosten für die Energiebeschaffung als solche inzwischen nur noch rund 1/4 ausmachen. Hinzu kommen Konzessionsabgaben, Strom- und Umsatzsteuer, Netzentgelte, Entgelte für Abrechnung und Messung sowie – mit einem Anteil von ebenfalls rund 1/4 – die energiewirtschaftsrechtlichen Umlagen. Als bedeutendste dieser Umlagen schlägt dabei mit über 20% die Umlage nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) zu Buche, über die die Förderung der Erzeugung erneuerbarer Energien finanziert wird. Zum neuen Jahr werden diese Umlagen erneut steigen.

## GESETZLICHE VORGABEN ZUR UMLAGENREDUKTION UND LEITFADEN DER BNETZA

Eine Reduktion oder gar Einsparung dieser Umlagen kann mithin zu einer signifikanten Senkung der Stromkosten führen. Möglich ist dies über eine Eigenversorgung mit Strom: Eine solche liegt vor, wenn der verbrauchte Strom in der eigenen Stromerzeugungsanlage in unmittelbarer räumlicher Nähe erzeugt wurde, ohne durch ein Netz geleitet zu werden. In diesem Fall kann sich die EEG-Umlage (unter Einhaltung weiterer Voraussetzungen) derart reduzieren, dass sie nur auf einen Anteil von 30% bis 40% des erzeugten und verbrauchten Stroms gezahlt werden muss. In Sonderkonstellationen kommt darüber hinaus sogar eine Reduktion auf Null in Betracht, insbesondere für Bestandsanlagen.

Die gesetzlichen Vorgaben hierzu sind komplex und unterliegen einem stetigen Wandel: Eine rechtssichere Beantwortung der Frage, wann die EEG-Umlage reduziert ist oder sogar ganz entfällt, ist angesichts dessen schwierig. Nunmehr wird die Rechtssicherheit durch einen im Juli dieses Jahres veröffentlichten Leitfaden der Bundesnetzagentur zur Eigenversorgung erhöht: Die Bundesnetzagentur legt auf über 100 Seiten dar, wann das Eigenversorgungsprivileg in Anspruch genommen werden kann. Verbindlich ist dieser Leitfaden zwar nicht, er zeigt indes die Lesart der maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften durch die Bundesnetzagentur im Detail auf. Dies hilft Unternehmen auch ohne Verbindlichkeit der Ausführungen, sich rechtssicherer aufzustellen und gibt Anlass für eine Überprüfung der bisherigen und künftigen Organisation der Eigenversorgung.

## VORAUSSETZUNG EINER EIGENVERSORGUNG

Zentrale Voraussetzung für eine Umlagenreduzierung ist im ersten Schritt, dass überhaupt von einer Eigenversorgung auszugehen ist. Erforderlich ist eine Personenidentität von Anlagenbetreiber und Stromverbraucher, ein unmittelbarer räumlicher Zusammenhang zwischen Stromerzeugungsanlage und Stromverbrauch und das Fehlen einer Netzdurchleitung.

Wann diese Voraussetzungen gegeben sind, konkretisiert die Bundesnetzagentur in ihrem Leitfaden. So stellt sie klar, dass der Anlagenbetrieb nicht das Eigentum an der Stromerzeugungsanlage voraussetzt. Maßgeblich ist, wer die tatsächliche Herrschaft über die Anlage ausübt, ihre Arbeitsweise eigenverantwortlich bestimmt und das wirtschaftliche Risiko trägt.

Auch die Voraussetzung des unmittelbaren räumlichen Zusammenhangs, die besonders wertungsoffen ist, wird im Leitfaden erläutert: Erforderlich ist eine qualifizierte räumlich-funktionale Nähebeziehung, für deren Bewertung die räumliche Distanz, unterbrechende Elemente und verbindende Bauwerke maßgeblich sind.

Auch weiterhin kommt es auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls an, regelmäßig dürfte ein unmittelbarer räumlicher Zusammenhang ausweislich des Leitfadens allerdings gegeben sein, wenn sich die Stromerzeugungsanlage und die Verbrauchsgeräte in bzw. auf demselben Gebäude befinden. Die Belegenheit auf demselben Grundstück ist jedenfalls dann ausreichend, wenn es sich um ein zusammengehöriges und überschaubares Betriebsgelände handelt.

## VOLLSTÄNDIGE BEFREIUNG IN EIGENVERSORGUNGS-SONDERKONSTELLATIONEN

Eine vollständige Befreiung von den EEG-Umlagen kommt – außer für Bestandsanlagen – nur in spezifischen Sonderfällen in Betracht, die die Bundesnetzagentur näher erläutert. Die EEG-Umlage entfällt danach zunächst in den Fällen des Kraftwerkseigenverbrauchs sowie für Kleinanlagen.

Von größerer praktischer Bedeutung dürfte die zweite Fallgruppe sein: Auch Inselanlagen haben keine EEG-Umlage zu entrichten. Voraussetzung ist dafür, dass der Eigenversorger weder zusätzlichen Strom aus dem Netz bezieht noch überschüssigen Strom in das Netz einspeisen kann. Bereits die technische Möglichkeit muss ausgeschlossen sein, unabhängig von der tatsächlichen Nutzung. Diese Voraussetzung muss jedenfalls während des gesamten Kalenderjahres gegeben sein.



Bedeutsam kann zudem die dritte Fallgruppe sein: Eine EEG-Umlagenbefreiung kommt auch bei einer vollständigen Eigenversorgung aus erneuerbaren Energien in Betracht, wenn nicht zugleich eine EE-Förderung in Anspruch genommen wird. Auch hier ist Betrachtungszeitraum jeweils ein Kalenderjahr. Voraussetzung ist, dass während dieses Zeitraums der Eigenversorger seinen gesamten Stromverbrauch jederzeit vollständig und ausschließlich mit selbst-erzeugtem EE-Strom deckt. Jede anderweitige Eigen- oder Fremdversorgung mit Strom lässt die Privilegierung entfallen.

#### **BESTANDSGESCHÜTZTE EIGENERZEUGUNG**

Von erheblicher praktischer Bedeutung ist schließlich die Möglichkeit der EEG-Umlagenbefreiung für die bestandsgeschützte Eigenenerzeugung. Diese Ausnahme zeichnet inhaltlich die Rechtslage vor dem EEG 2014 und dem EEG 2017 nach, sie findet ihre Grundlage in den gesetzlichen Regelungen des EEG 2012. Geschützt werden Eigenenerzeugungskonzepte, die bereits vor dem 01.08.2014 existierten und tatsächlich gelebt wurden. Weitere Sonderregelungen bestehen für solche Anlagen, die bereits vor dem 01.09.2011 in Betrieb genommen wurden.

Werden derartige Bestandsanlagen auch heute noch betrieben, so kommt eine EEG-Umlagenbefreiung in Betracht. Mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden ist indes, welche gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen und welche Maßnahmen zur Erhaltung und Modernisierung der Anlagen zulässig sind, ohne dass der Be-

standsschutz entfällt. Die Bundesnetzagentur greift in ihrem Leitfaden beide Punkte auf und illustriert an Beispielen, welche Änderungen welche Auswirkungen auf den Bestandsschutz haben.

Im Fall des Wechsels der Person des Eigenerzeugers entfällt der Bestandsschutz regelmäßig, ein Vertrauensschutz ist dann nicht mehr gegeben. Bei juristischen Personen ist ausweislich des Leitfadens die personelle Identität dabei entsprechend der üblichen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen zu beurteilen. Danach ist der reine Wechsel der Eigentümerstellung bzw. der Anteilseigner unter Beibehaltung der personellen Identität des Eigenerzeugers für den Fortbestand des Bestandsschutzes unschädlich, nicht dagegen die Übernahme des Betriebs der Stromerzeugungsanlage durch eine andere GmbH, auch wenn sie sich im selben Konzernverbund befindet.

Im Fall der Modernisierung einer Anlage bleibt der Bestandsschutz in einer Vielzahl von Fällen bestehen. Selbst eine Erhöhung der Maximalleistung lässt den Bestandsschutz nicht entfallen, soweit diese Erhöhung maximal 30% beträgt. Maßstab für die Berechnung der 30%-Grenze ist dabei die Leistung, die die Bestandsanlage zum 01.08.2014 hatte. Ausgehend von dieser Basis sind auch mehrmalige bestandsschutzwahrende Modernisierungen möglich, die die Leistung der Anlage beispielsweise schrittweise erst um 5%, dann um 15% und dann nochmals um 10% erhöhen.

Die Inanspruchnahme des Bestandsschutzprivilegs setzt weiter voraus, dass alle erforderlichen Angaben zum Status der jeweiligen Stromerzeugungsanlagen vom Eigenerzeuger dokumentiert und dem zuständigen Netzbetreiber mitgeteilt bzw. dargelegt werden.

**Für weitere Fragen zur EEG-Umlage und zur Eigenversorgung mit Strom steht Ihnen gerne zur Verfügung:**

**Dr. Kristina Schreiber**

Telefon: : +49 (0) 221 650 65-337

[kristina.schreiber@loschelder.de](mailto:kristina.schreiber@loschelder.de)



## NEUES ZUR WERBUNG MIT PRÜFZEICHEN



Mit einer neuen Entscheidung hat der Bundesgerichtshof (BGH) die Anforderungen an die Werbung mit Prüfzeichen – z. B. das TÜV-Siegel oder die Siegel der Stiftung Warentest – präzisiert und verschärft. Für diese wichtige und häufig genutzte Form der Werbung sind nun strengere Vorgaben zu beachten.

### WERBUNG MIT TEST- UND PRÜFZEICHEN

Die Werbung mit Testergebnissen sowie Prüf- und Gewährleistungszeichen erfreut sich seit Jahren großer Beliebtheit. Die „Siegel“ mit Testergebnissen der Stiftung Warentest oder vergleichbarer Einrichtungen (z. B. „Ökotest“) gelten als Qualitätsausweis der untersuchten Produkte, dem die Verbraucher ein hohes Maß an Vertrauen entgegenbringen. Auch die Testsiegel, welche TÜV oder Landesgewerbeanstalten (LGA) vergeben, sind in der Produktwerbung häufig anzutreffen, weil sie aus Sicht des Verbrauchers ein verlässliches Kriterium für die Qualität von Produkteigenschaften bilden.

### RECHTLICHE VORGABEN

Zunächst gilt für jede Form von Werbung mit Test- oder Prüfsiegeln natürlich, dass die Werbung nicht irreführend sein darf. Das konkret bezeichnete Produkt muss also Gegenstand der Untersuchung gewesen sein, an deren Schluss das Test- oder Prüfzeichen verliehen wurde. Ein Unternehmen darf sich auch nicht als „Testsieger“ bezeichnen, wenn das getestete Produkt lediglich in einer der

untersuchten Kategorien, nicht aber in der Gesamtwertung die beste Note erhalten hat. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass ggf. mehrere Produkte dieselbe Spitzennote erreicht haben. Verweist die Werbung auf eine bestimmte Note („Gut“ [2,1]), so muss der Werbende darüber aufklären, ob im Rahmen des Tests andere Produkte mit der Note „Sehr gut“ bewertet wurden. Mit Testergebnissen der Stiftung Warentest darf überdies dann nicht mehr geworben werden, wenn zwischenzeitlich ein neuerer Test des Produkts erfolgt ist. Darüber hinaus ist bei der Werbung mit derartigen Testergebnissen stets die Fundstelle der Zeitschrift anzugeben, in der der entsprechende Testbericht veröffentlicht wurde. Diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof nun auf die Werbung mit Prüfsiegeln ausgeweitet.

### BGH-ENTSCHEIDUNG „LGA TESTED“

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass auch bei der Werbung mit Prüfsiegeln der Werbende grundsätzlich verpflichtet ist, genauere Informationen über den Hintergrund der Überprüfung des beworbenen Produkts zur Verfügung zu stellen (Urteil vom 21.07.2016, Az.: I ZR 26/15 – „LGA tested“). Da der Hinweis auf ein Prüfzeichen für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers nach der Lebenserfahrung erhebliche Bedeutung habe, erwarte der Verbraucher, dass ein mit einem Prüfzeichen versehenes Produkt von einer neutralen und fachkundigen Stelle auf die Erfüllung von Mindestanforderungen anhand objektiver Kriterien geprüft worden sei und bestimmte, von ihm für die Güte und Brauchbarkeit der Ware als wesentlich angesehene Eigenschaften aufweise. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs unterscheiden sich Prüfzeichen in dieser Hinsicht nicht von einem Qualitätsurteil der Stiftung Warentest.



Der Verbraucher muss daher die Möglichkeit haben, sich darüber zu informieren, welche Eigenschaften des Produkts anhand welcher Kriterien geprüft worden sind. Insbesondere bei der Verwendung von Prüfsiegeln, die auf die Qualität oder Sicherheit des geprüften Produktes hinweisen, habe der Verbraucher ein erhebliches Interesse zu erfahren, welche Qualitäts- und Sicherheitsaspekte bei dem beworbenen Produkt geprüft worden sind und inwieweit das aufgrund des Zertifizierungsverfahrens vergebene Prüfzeichen im Hinblick auf die geprüften Eigenschaften repräsentativ ist.

Eine Pflicht, die erforderlichen Informationen stets im Zusammenhang mit der Verwendung des Prüfzeichens bereitzustellen, könnte das Interesse des Werbenden, das Prüfzeichen als plakative Werbeaussage zu nutzen, beeinträchtigen und zu einer Überfrachtung der Werbung führen. Diese Gefahren erkennt auch die Rechtsprechung an. Der Werbende ist daher nicht verpflichtet, die wesentlichen Informationen über die näheren Hintergründe der Vergabe des Prüfzeichens in unmittelbarer Nähe zu dem verwendeten Zeichen mitzuteilen.

Es reicht vielmehr aus, dass der Werbende in der Werbung auf eine Internetseite verweist, auf der für den Verbraucher nähere Informationen in Form von kurzen Zusammenfassungen der bei der Prüfung herangezogenen Kriterien zur Verfügung stehen. In der Praxis bedeutet dies, dass jede Werbung mit Prüfsiegeln unter Hinweis auf eine weiterführende Informationsquelle erfolgen muss.

## RISIKEN

Die Kriterien, die der BGH für die Werbung mit dem Prüfsiegel „LGA tested“ aufgestellt hat, gelten selbstverständlich auch für alle anderen vergleichbaren Prüfsiegel. Werden die erforderlichen Informationen nicht zur Verfügung gestellt, liegt ein Wettbewerbsverstoß vor, der von jedem Konkurrenten sowie von Verbraucher-schutzverbänden im Wege von Abmahnung und Unterlassungsklage bzw. einstweiliger Verfügung unterbunden werden kann.

Besonders große Risiken ergeben sich, wenn das Testsiegel unmittelbar auf einem Produkt oder auf einer Produktverpackung angebracht ist. Befindet sich in diesem Fall der Hinweis auf die Internetseite (oder sonstige Stelle), auf der weitere Informationen abrufbar sind, nicht ebenfalls auf dem Produkt, so muss die entsprechende Ware unter Umständen nach Abgabe einer Unterlassungserklärung bzw. Erlass einer Gerichtsentscheidung zurückgerufen werden.

Dieser Umstand muss bei der Formulierung einer Vertragsstrafenerklärung berücksichtigt werden, da andernfalls schon bei dem bloßen Unterlassen eines Rückrufs eine Vertragsstrafe verwirkt werden kann. Wurde eine einstweilige Verfügung zugestellt, so kann das Unterlassen eines Rückrufs einen Verstoß gegen den gerichtlichen Titel darstellen.

Für Fragen zur werblichen Verwendung von Test- und Prüfsiegeln sowie sämtlichen Themen des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Thomas Schulte-Beckhausen  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-134  
thomas.schulte-beckhausen@loschelder.de



Patrick Pommerening  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-134  
patrick.pommerening@loschelder.de



# EINE ZUKUNFT FÜR DIE BETRIEBLICHE ALTERSVERSORGUNG?

## PLÄNE FÜR EINE ECHTE BEITRAGSZUSAGE IN DER BETRIEBLICHEN ALTERSVERSORGUNG

Sozialpolitisch ist eine zusätzliche Absicherung der Arbeitnehmer durch eine betriebliche Altersversorgung sinnvoll und wünschenswert; tatsächlich ist die betriebliche Altersversorgung in der Krise. Zwar geht die Bundesregierung davon aus, dass knapp 60 % aller sozialversicherungspflichtig Beschäftigten eine Betriebsrentenanwartschaft besitzen. In der Privatwirtschaft, ohne die öffentlichen Arbeitgeber, gelte dies jedoch nur für 50 % der Beschäftigten; in kleineren Unternehmen verfügten sogar lediglich 28 % der Mitarbeiter über eine Betriebsrentenanwartschaft. In diesen Zahlen sind zudem die durch Entgeltumwandlung arbeitnehmerfinanzierten Anwartschaften mitgezählt; der Anteil der rein arbeitgeberfinanzierten „klassischen“ betrieblichen Altersversorgung betrug 2011 nur noch 27 %.

Dass die betriebliche Altersversorgung ein Auslaufmodell ist und jüngere Arbeitnehmer immer seltener Anspruch auf eine solche Versorgung haben, deutet sich auch an der Altersstaffelung der Versicherten an: In den alten Bundesländern steigt die Quote (gemessen an der jeweiligen Beschäftigtenzahl) von 26,2 Prozent bei den unter 45-jährigen auf bis zu 39,4 Prozent bei den 55- bis 60-jährigen.

### UMFANGREICHE HAFTUNGSRISEN FÜR ARBEITGEBER

Als Grund für diese Erosion macht der Gesetzgeber nunmehr – nach seinen jahrzehntelangen Bemühungen um eine „Verbesserung“ der betrieblichen Altersversorgung im gleichnamigen Gesetz – spät, aber inhaltlich zutreffend eine „hohe Komplexität der Thematik“ sowie das „langfristig kaum zu kalkulierende Haftungsrisiko“ aus.

Das aus Sicht der Arbeitgeber Erforderliche – eine Beschränkung der eigenen Beteiligung an der betrieblichen Altersversorgung auf eine reine Beitragszahlung ohne die Übernahme weiterer Haftungsrisiken – scheitert in der Praxis regelmäßig an gesetzlichen Regelungen und der Rechtsprechung des BAG. Vielen Arbeitgebern schienen zuletzt mittelbare Durchführungswege, wie die Direktversicherung und die Pensionskasse, besser kalkulierbar zu sein. Diese Arten der Altersversorgung wurden auch dadurch privilegiert, dass

die gesetzliche Verpflichtung des Arbeitgebers aus § 16 BetrAVG, für die laufenden Renten einen Inflationsausgleich zu gewähren, ausgeschlossen wurde, wenn die Überschussanteile laufend zur Erhöhung der Renten verwendet werden. Die Verpflichtung des Arbeitgebers schien damit bei der mittelbaren Versorgung mit der Beitragszahlung während des laufenden Arbeitsverhältnisses erfüllt zu sein.

Ein Irrtum: Das BAG hat zuletzt in einer Entscheidung vom 30.09.2014 (Az.: 3 AZR 617/12) einen Arbeitgeber nicht nur verpflichtet, Leistungskürzungen durch eine externe Pensionskasse gem. § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG auszugleichen, sondern auch, die von der Pensionskasse gezahlte Rente nach § 16 BetrAVG an die Inflation anzupassen und diese Anpassung direkt an den Arbeitnehmer zu zahlen. Der Ausschluss der Anpassungsverpflichtung wurde entgegen der Intention des Gesetzgebers auf Zusagen beschränkt, die ab dem 16.05.1996 erteilt wurden.

Ob der Versuch des Gesetzgebers, diese Rechtsprechung des BAG durch eine Änderung der Norm im „Gesetz zur Umsetzung der EU-Mobilitäts-Richtlinie“ rückwirkend zu korrigieren, erfolgreich ist, oder ob das BAG an seiner Rechtsprechung trotz der Neufassung des Gesetzgebers festhält, bleibt abzuwarten.

### TÄTIGWERDEN DES GESETZGEBERS: EINFÜHRUNG EINER REINEN BEITRAGSZUSAGE

In dieser verfahrenen Situation versucht nun der Entwurf eines „Gesetzes zur Stärkung der betrieblichen Altersversorgung und zur Änderung anderer Gesetze“ einen Befreiungsschlag, indem die Möglichkeit einer reinen Beitragszusage des Arbeitgebers geschaffen werden soll, für die maßgebliche Elemente der bisherigen problematischen „Verbesserung“ der betrieblichen Altersversorgung – wie die Einstandspflicht des Arbeitgebers gemäß § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrVG, die Anpassungsprüfungspflicht nach § 16 BetrAVG oder die Insolvenzsicherungspflicht der §§ 7 ff. BetrAVG – nicht gelten sollen. Mit der vom Gesetz bezweckten „vollständigen rechtlichen Enthftung“ der Arbeitgeber sollen diese nunmehr „vollständige Kosten- und Planungssicherheit erhalten“.

Ob eine solche reine Beitragszusage eine sinnvolle und rechtlich sichere Alternative zu den bisherigen Formen der betrieblichen Altersversorgung sein kann, steht allerdings noch unter dem Vorbehalt, dass das Gesetz (wenn es denn in Kraft tritt) die Ausgestaltung der reinen Beitragszusage einer tariflichen Regelung vorbehält, wobei nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung einer tariflichen Regelung vereinbaren können. Hier bleibt abzuwarten, inwieweit die Gewerkschaften bereit sein werden, die gesetzgeberisch gewollte vollständige Enthftung der Arbeitgeber tatsächlich mitzutragen und umfangreich wichtige



Errungenschaften des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung aufzugeben. Von großer Bedeutung wird es auch sein, inwieweit eine Umgestaltung bestehender Systeme auf eine reine Beitragszusage möglich ist oder ob die reine Beitragszusage auf Neufälle beschränkt bleibt. Ein weiterer kritischer Punkt ist, inwieweit die tariflichen Bestimmungen Planungssicherheit geben oder ob nachfolgende Änderungen der Tarifverträge die Lasten erneut zum Nachteil der Arbeitgeber verschieben können.

Über die weiteren Entwicklungen und die sich aus diesen ergebenden Handlungsmöglichkeiten werden wir Sie weiter informieren.

Für weitere Fragen zu Themen der betrieblichen Altersversorgung steht Ihnen gerne zur Verfügung:



Dr. Martin Brock  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-233  
[martin.brock@loschelder.de](mailto:martin.brock@loschelder.de)

## HAFTUNGSERWEITERUNG FÜR KARTELLBUSSGELDER – DIE SCHLISSUNG DER „WURSTLÜCKE“



Seit Oktober 2016 ist es amtlich: Das gegen zwei ehemalige Unternehmen der „Zur-Mühlen-Gruppe“ beim Bundeskartellamt geführte Bußgeldverfahren ist eingestellt. Der Beteiligungsgesellschaft des westfälischen Fleischfabrikanten Clemens Tönnies ist es durch gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen gelungen, Bußgeldern in Gesamthöhe von 128 Mio. Euro zu entgehen.

### DAS WURSTKARTELL

Im Sommer 2014 verhängte das Bundeskartellamt gegen 21 Wursthersteller und 33 natürliche Personen Bußgelder in einer Gesamthöhe von 338 Mio. Euro. Ihnen wurden im Wesentlichen Preisabsprachen vorgeworfen. Hiervon waren auch zwei Unternehmen der Zur-Mühlen-Gruppe betroffen.

Nachdem man Rechtsmittel gegen die Bußgeldbescheide eingelegt hatte, wurden die wesentlichen Vermögenswerte (Produktionsstätten, Marken etc.) beider Unternehmen auf andere Unternehmen der Zur-Mühlen-Gruppe übertragen. Beide Gesellschaften blieben als leere Hülle zurück und wurden sodann aus dem Handelsregister gelöscht.

### DIE WURSTLÜCKE

Bezweckt war mit diesem Schachzug die Ausnutzung einer Gesetzeslücke, die das Bundeskartellamt im Verlauf des Verfahrens „Wurstlücke“ taufte. Im deutschen Kartellrecht kann derzeit ein Bußgeld nur gegen das einzelne Unternehmen verhängt werden, dessen Verantwortliche gegen Kartellrecht verstoßen haben. Eine Zurechnung von Kartellverstößen ist nicht möglich.

Gezielte Umstrukturierungen innerhalb eines Konzerns können daher bewirken, dass der Bußgeldschuldner rechtlich überhaupt nicht mehr existiert oder jedenfalls zahlungsunfähig ist. Das Bußgeld kann in beiden Fällen nicht mehr vollstreckt werden. Kleineren Einzelunternehmen ist eine solche konzerninterne Umstrukturierung meist nicht möglich.



## ALLES HAT EIN ENDE

Mit der 9. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wird die Bußgeldhaftung erheblich ausgeweitet und die „Wurststücke“ geschlossen. War die Existenz einer wirtschaftlich einheitlich agierenden Unternehmensgruppe bisher vor allem bei der Bußgeldberechnung relevant, ist nun vorgesehen, dass die Bußgeldverantwortlichkeit auf lenkende Konzerngesellschaften erweitert wird.

Ferner kann im Falle einer Rechtsnachfolge (Anteilsverkauf) die Geldbuße auch gegen den Rechtsnachfolger festgesetzt werden. Weiterhin kann die Geldbuße auch gegen Personen festgesetzt werden, die das Unternehmen in wirtschaftlicher Kontinuität fortführen (Vermögensverkauf). Soweit gegen mehrere Personen wegen derselben Ordnungswidrigkeit Geldbußen festgesetzt werden, haften diese als Gesamtschuldner; der Betrag kann also von jeder Person in voller Höhe, aber insgesamt nur einmal gefordert werden.

Eine ausdrückliche Berücksichtigung erfahrener Kartelltaten, die bei Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle schon beendet waren. Erlischt in diesen Fällen ein Bußgeldadressat nach Bekanntgabe der Einleitung des Bußgeldverfahrens, kann auch gegen die ihn kontrollierenden Personen ein Haftungsbetrag festgesetzt werden. Gleiches gilt für Personen, die in dieser Situation Rechtsnachfolger oder wirtschaftliche Nachfolger eines Bußgeldadressaten werden.

## PRAXISFOLGEN

Für die unternehmerische Praxis hat die Erweiterung der kartellrechtlichen Bußgeldhaftung durch die 9. GWB-Novelle erhebliche Auswirkungen. So spielen Konzern- und lenkende Muttergesellschaften nicht mehr nur bei der Bußgeldberechnung eine Rolle, sondern können nun unmittelbar Adressat von Bußgeldern werden, wenn von ihnen beherrschte Unternehmen gegen Kartellrecht verstoßen. Auf ein eigenes Verschulden kommt es nicht an.

Eine präventive und konzernweite Kartellrechts-Compliance wird vor diesem Hintergrund noch wichtiger, ist es doch nicht mehr möglich, Geldbußen durch gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen zu umgehen. Bei Unternehmenskäufen, sei es im Rahmen eines Anteilsverkaufs oder eines Vermögensverkaufs, besteht nun das erhöhte Risiko auf Käuferseite, durch die Rechtsnachfolge oder den Vermögensverkauf selbst Adressat von Kartellbußgeldern zu werden. Das erfordert vor allem bei due-diligence-Prüfungen eine gesteigerte Sorgfalt hinsichtlich möglicher Kartellverstöße der Zielgesellschaft. Sollten Kartellverstöße ermittelt werden, bleibt weiterhin die Möglichkeit, mit Hilfe eines frühzeitigen Kronzeugenantrages beim Bundeskartellamt eine Geldbuße erheblich – im besten Fall bis auf null – zu reduzieren.

Zu allen kartellrechtlichen Fragestellungen und insbesondere in dringenden Fällen mit kartellbußgeldrechtlichem Bezug stehen Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung:

Dr. F. Thilo Klingbeil  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-200  
thilo.klingbeil@loschelder.de



Dr. Simon Kohm  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-200  
simon.kohm@loschelder.de



# RÜCKRUF ODER KEIN RÜCKRUF? NEUE RECHTSPRECHUNG ZUM UNTERLASSUNGSANSPRUCH

Eine neue Entscheidung des für Marken- und Wettbewerbsrecht zuständigen I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (BGH) hat weitreichende praktische Folgen für die Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen. Aus der Entscheidung, deren genaue Bedeutung aber erst noch durch die Instanzgerichte geklärt werden muss, ergibt sich eine erhebliche Verschärfung der Pflichten von Unternehmen, die kurzfristig aufgrund einer einstweiligen Verfügung zur Unterlassung eines bestimmten Verhaltens verurteilt werden.

## HINTERGRUND

Ein Vertriebsverbot für markenverletzende Produkte oder der Stopp einer irreführenden Werbung wird mit dem Unterlassungsanspruch durchgesetzt. Dabei begründet ein gerichtlicher Unterlassungstitel (Urteil oder einstweilige Verfügung) nach der gefestigten Rechtsprechung nicht allein die Verpflichtung, das beanstandete Verhalten – die Verwendung eines markenverletzenden Zeichens oder einer Werbeaussage – sofort zu beenden. Auch wenn die gerichtliche Entscheidung im Wortlaut nur auf das „Unterlassen“ gerichtet ist, muss der Beklagte (oder Antragsgegner) vielmehr auch Handlungen vornehmen, wenn dies zur Erfüllung des gerichtlichen Titels erforderlich ist. Befinden sich etwa das Zeichen oder die Werbeaussage z. B. auf seiner Internetseite, reicht das bloße Untätigbleiben nicht aus. Vielmehr muss der Beklagte über das Unterlassen hinaus die erforderlichen Änderungen an seiner Internetseite aktiv durchführen. In welchem Umfang der Beklagte auch auf Dritte einwirken muss, bei denen die rechtsverletzende Ware gelagert ist oder die entsprechende Werbung dargestellt wird, hing vom Einzelfall ab und war nicht höchstrichterlich geklärt.

## BGH-ENTSCHEIDUNG „HOT SOX“

Mit einer Entscheidung vom 19.11.2015, die erst im Sommer dieses Jahres veröffentlicht wurde, hat der BGH die Haftung für den Beklagten bzw. Antragsgegner eines Unterlassungsverfahrens erheblich verschärft. In dem Fall hatte ein Hersteller Produkte vertrieben, die eine wettbewerbsrechtlich unzulässige Nachahmung eines anderen Produkts darstellten. Der Vertrieb dieser Produkte wurde im Wege der einstweiligen Verfügung verboten. In einem nachfolgenden Schadenersatzprozess stellte der BGH fest, dass das ursprüngliche Vertriebsverbot nicht nur die Verpflichtung des Herstellers begründete, den weiteren Vertrieb der Produkte sofort einzustellen. Vielmehr – so der BGH ausdrücklich – war der Antragsgegner aufgrund des Unterlassungstitels auch verpflichtet, die bereits an

den Groß- und Einzelhandel ausgelieferten Produkte zurückzurufen. Nach Ansicht des Gerichts ist der Rückruf erforderlich, um den Störungszustand zu beseitigen, der durch den Vertrieb der unzulässigen Nachahmungen entstanden ist (Urteil vom 19.11.2015, Az.: I ZR 109/14 – „Hot Sox“).

Welche konkreten Maßnahmen ein Hersteller in diesem Zusammenhang zu treffen sind, hat der BGH in seiner Entscheidung jedoch nicht näher ausgeführt. Mit einem unlängst veröffentlichten Beschluss hat das OLG Frankfurt nun in einem Vollstreckungsverfahren ausdrücklich entschieden, dass eine generelle Rückrufpflicht nicht besteht. Die im Rahmen eines Schadenersatzprozesses ergangene Entscheidung des BGH beantworte nicht die Frage, ob ein Rückruf zur Befolgung der einstweiligen Verfügung erforderlich sei (Beschluss vom 19.09.2016, Az.: 6 W 74/16). Da das OLG Frankfurt die Rechtsbeschwerde zugelassen hat, wird der BGH hier also eine Klarstellung vornehmen müssen. Bis dahin bleibt die Lage für beide Seiten eines Rechtsstreits schwierig.

## FOLGEN FÜR DEN BEKLAGTEN/ANTRAGSGEGNER

Die Folgen der neuen BGH-Rechtsprechung sind für den Betroffenen insbesondere dann erheblich, wenn der Unterlassungsanspruch im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt wird. Häufig vergeht zwischen Abmahnung (sofern vor Einleitung des Verfahrens überhaupt eine Abmahnung ausgesprochen wird) und Zustellung der einstweiligen Verfügung nur ein Zeitraum von ein bis zwei Wochen. Der Antragsgegner hat also nur wenig Zeit, den Sachverhalt umfassend zu bewerten und seine Reaktion vorzubereiten. Zugleich muss er jedoch innerhalb von 24 bis 48 Stunden nach Zustellung der einstweiligen Verfügung die Maßnahmen treffen oder zumindest einleiten, die zur Einhaltung des gerichtlichen Verbots erforderlich sind. Anderenfalls droht die Einleitung eines Ordnungsmittelverfahrens durch den Antragsteller, das zur Verhängung eines erheblichen Ordnungsgelds führen kann.

Legt man die Entscheidung des BGH zugrunde, spricht vieles dafür, dass der Antragsgegner innerhalb dieser Frist seine Abnehmer zumindest zu einem vorläufigen Verkaufsstopp auffordern muss. In diesem Zusammenhang dürfte der Hersteller auch verpflichtet sein, auf den wirklichen Grund dieser Maßnahme hinzuweisen, also über das Bestehen des gerichtlichen Verbotes zu informieren. Zudem dürfte der Betroffene dazu verpflichtet sein, seinen Abnehmern die Rücknahme der mit dem Vertriebsverbot belegten Produkte zuzüglich der entstandenen Kosten anzubieten. Bei seiner Reaktion wäre dem Betroffenen vermutlich zumindest dann eine gewisse Bedenkzeit zur weiteren Planung einzuräumen, wenn mit dem ersten Schreiben sichergestellt ist, dass vorerst kein Weitervertrieb erfolgt. Es ist noch nicht geklärt, ob die strenge Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auch dann gilt, wenn nicht der



Vertrieb des Produktes insgesamt unzulässig ist (weil es sich um eine Nachahmung handelt), sondern die Wettbewerbswidrigkeit ausschließlich aus einer irreführenden Formulierung auf der Außenseite der Verpackung resultiert. Insgesamt führt dies, wenn die strenge Linie aufrechterhalten wird, zu einer erheblich verschärften Haftung für unzulässig hergestellte oder etikettierte Produkte.

Das Risiko, im Hinblick auf die Entscheidung des OLG Frankfurt nach Zustellung einer einstweiligen Verfügung von einem Produktrückruf abzusehen, bleibt hoch. Der Antragsgegner ist für jede schuldhaftige Zuwiderhandlung gegen den gerichtlichen Titel verantwortlich, wobei der bloße Rechtsirrtum keine Entschuldigung darstellt. Vielmehr muss der Unterlassungsschuldner bei einer zweifelhaften Rechtslage den sichersten Weg gehen, um die Verhängung des Ordnungsgeldes zu vermeiden.

## FOLGEN FÜR DEN KLÄGER/ANTRAGSTELLER

Für die angreifende Partei, die ihren Unterlassungsanspruch durchsetzt, sind die Folgen der BGH-Entscheidung allerdings nicht uneingeschränkt positiv. Mit der neuen Rechtsprechung wird die einstweilige Verfügung zwar zu einer nochmals schärferen Waffe. Allerdings ergeben sich hierdurch auch deutlich erhöhte Haftungsrisiken. Gemäß § 945 ZPO hat ein Antragsteller den Schaden zu ersetzen, der aus dem Vollzug einer einstweiligen Verfügung resultiert, die nachträglich wieder aufgehoben wird. Dabei kommt es ausschließlich auf die Ansicht des Gerichts an, das mit der Schadenersatzklage befasst ist. Die Entscheidung über die einstweilige Verfügung hat in diesem Verfahren keine Bindungswirkung.

Während das Haftungsrisiko nach der früheren Rechtsprechung insoweit überschaubar war, als allein die Kosten des vorläufigen Vertriebsverbots zu kalkulieren waren, droht bei dem Rückruf ein ungleich höherer Schaden. Der Antragsteller hat in diesem Fall die Kosten der gesamten Rückrufaktion zu erstatten, wenn die einstweilige Verfügung nachträglich aufgehoben wird.

## VERRINGERUNG DER HAFTUNGSRISIKEN

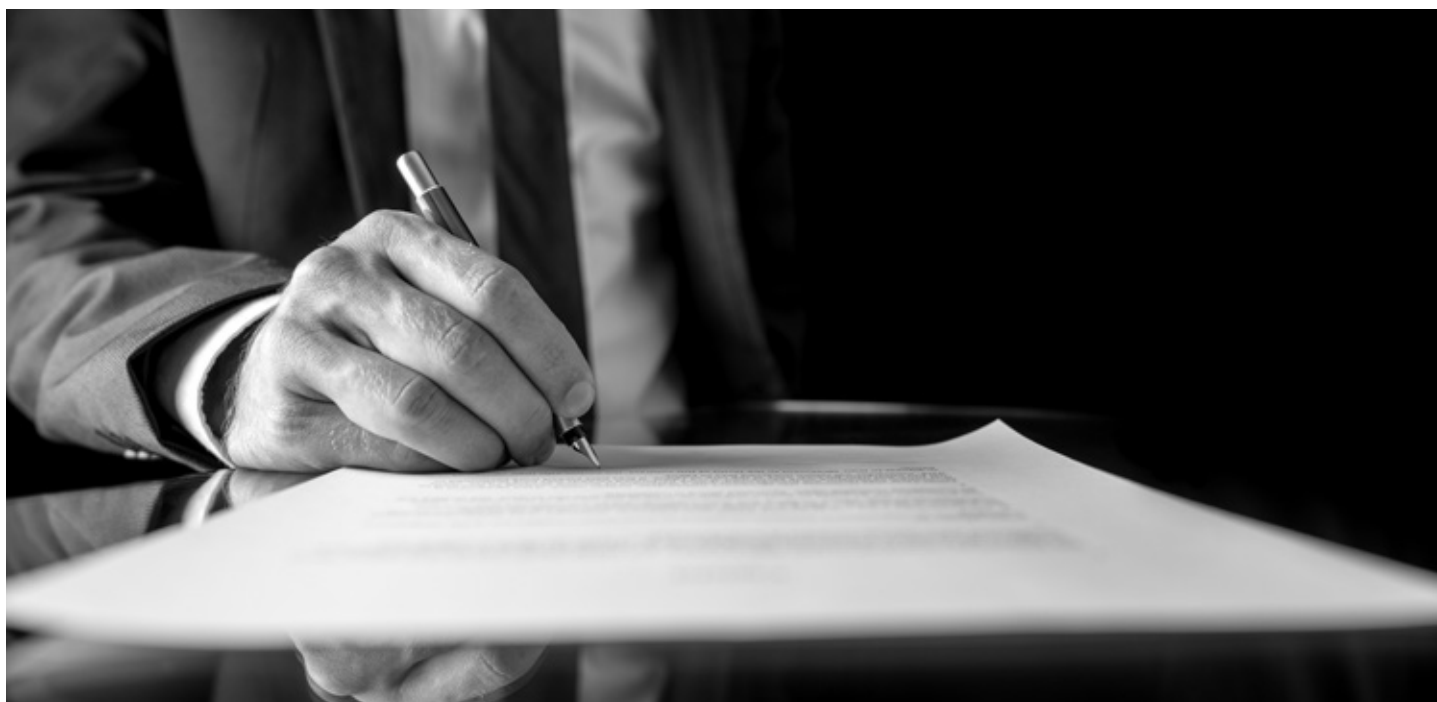
Zumindest für den Antragsteller gibt es eine Möglichkeit, die Konsequenzen der neuen Rechtsprechung abzumildern: Es ist prozessual möglich, den Unterlassungsanspruch in einer Form durchzusetzen, die ausschließlich die Unterlassung im wörtlichen Sinn (also die sofortige Beendigung des weiteren Vertriebs) fordert, ohne den Gegner gleichzeitig zum Rückruf der bereits ausgelieferten Produkte zu verpflichten. Wenn die Rechtslage nicht vollständig klar ist, sollte diese Gestaltungsmöglichkeit im Hinblick auf die Haftungsrisiken berücksichtigt werden.

Für weitere Fragen zum Produktrückruf bei der Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen steht Ihnen gerne zur Verfügung:



Dr. Stefan Maaßen, LL.M.  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-231  
stefan.maassen@loschelder.de

## NEUFASSUNG DES § 309 NR. 13 BGB: ÄNDERUNGSBEDARF IN STANDARD-ARBEITSVERTRÄGEN



Mit Wirkung zum 01.10.2016 ist eine neue Fassung des § 309 Nr. 13 BGB in Kraft getreten. Danach sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) unwirksam, die für Anzeigen oder Erklärungen, die gegenüber dem Verwender der AGB oder einem Dritten abzugeben sind, eine strengere Form als die Textform gem. § 126b BGB verlangen. Dies wirkt sich auch im Arbeitsrecht aus, insbesondere hinsichtlich sog. Ausschlussklauseln, die in der Regel für die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis die „Schriftform“ vorsehen. De facto ändert sich zwar die Rechtslage für die Arbeitsvertragsparteien nicht, da – was vielen Arbeitgebern und Arbeitnehmern nicht bewusst ist – bereits vor dem 01.10.2016 bei vertraglich vereinbarter Schriftform nach § 127 Abs. 2 BGB im Zweifel die telekommunikative Übermittlung und somit die Textform zur Wahrung der Ausschlussfrist ausreichte. Ausschlussklauseln in Arbeitsverträgen, die nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung am 01.10.2016 abgeschlossen werden, sind jedoch zumindest teilweise unwirksam, weshalb dringend eine Anpassung an die aktuelle Rechtslage erfolgen sollte.

### ARBEITSVERTRAGLICHE AUSSCHLUSSKLAUSELN

Die meisten Standard-Arbeitsverträge enthalten sog. Ausschlussklauseln (auch „Ausschlussfristen“ genannt). Dabei ist zwischen „einstufigen“ und „zweistufigen“ Ausschlussfristen zu unterscheiden. Eine typische einstufige Ausschlussfrist sieht vor, dass ein Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis verfällt, wenn er nicht innerhalb von drei Monaten nach Fälligkeit schriftlich gegenüber der anderen Vertragspartei geltend gemacht wird. Zweistufige Ausschlussfristen verlangen darüber hinaus, dass der Anspruch bei Ablehnung durch die andere Vertragspartei innerhalb einer Frist von weiteren drei Monaten gerichtlich geltend gemacht werden muss, um nicht

endgültig zu verfallen. Sinn und Zweck solcher Klauseln ist im Arbeitsleben gebotene zügige Klärung von Ansprüchen, da im Übrigen die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren gemäß § 195 BGB greifen würde.

Bei Arbeitsverträgen handelt es sich in der Regel um AGB im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB, da die Vertragsbedingungen üblicherweise vorformuliert sind und vom Arbeitgeber gestellt werden, ohne dass der Arbeitnehmer die Gelegenheit hat, auf deren Inhalt einzuwirken. Zudem ist der Arbeitnehmer bei Abschluss des Arbeitsvertrags als Verbraucher anzusehen.



Deshalb unterliegen die Arbeitsvertragsbedingungen der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB, so dass auch das Klauselverbot des § 309 Nr. 13 BGB Anwendung findet. Dem entsprechend dürfen Ausschlussklauseln, die nach dem 30.09.2016 vereinbart werden, nur noch die Textform gem. § 126b BGB zur Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis fordern.

Textform bedeutet, dass eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger vorliegen muss, wobei weder eine Unterschrift noch eine elektronische Signatur erforderlich sind. Der Textform genügen deshalb z. B. bereits Telefax-Schreiben, E-Mails oder auch SMS.

Eine dem neuen § 309 Nr. 13 BGB genügende einstufige Ausschlussklausel könnte beispielsweise wie folgt lauten:

*Alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und solche, die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen, verfallen, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten nach Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei in Textform (§ 126b BGB) geltend gemacht werden.*

Nicht anwendbar ist § 309 Nr. 13 BGB auf die oftmals aufgenommene zweite Stufe von Ausschlussklauseln, nach der die Ansprüche auch verfallen, wenn der Arbeitnehmer sie nach erfolgloser Geltendmachung beim Arbeitgeber nicht innerhalb einer bestimmten Frist (in der Regel weitere drei Monate) gerichtlich geltend macht. Dieser Teil der Ausschlussklausel ist als Besonderheit des Arbeitsrechts nach § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB weiterhin wirksam.

#### ÜBERGANGSREGELUNG FÜR „ALTVERTRÄGE“

Die neue Fassung des § 309 Nr. 13 BGB gilt nach der Überleitungsvorschrift in § 37 des Artikels 229 EGBGB ausdrücklich nur für Schuldverhältnisse, die nach dem 30.09.2016 entstanden sind. Vor dem 01.10.2016 abgeschlossene Arbeitsverträge („Altverträge“) sind folglich nicht erfasst, so dass die in diesen Vertragswerken vereinbarten Ausschlussklauseln mit Schriftformerfordernis weiterhin wirksam sind.

Nicht abschließend geklärt ist allerdings, wie sich spätere Änderungen des Arbeitsvertrags ohne Änderung der Ausschlussklausel – z. B. bei einer Anpassung der wöchentlichen Arbeitszeit – auswirken. So hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) für den Fall einer Rechtsprechungsänderung hinsichtlich der Auslegung von Bezugnahme Klauseln auf Tarifverträge entschieden, dass ein „Neuvertrag“ auch dann vorliegen kann, wenn der Arbeitsvertrag zwar ursprünglich vor der Rechtsprechungsänderung abgeschlossen worden war, danach jedoch eine Vertragsänderung vorgenommen worden ist, im Rahmen derer auch die Bezugnahme Klausel zum Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Willensbildung der hieran beteiligten Vertragsparteien

gemacht worden ist. Ein Ausdruck dafür, dass die Vertragsparteien an allen zuvor getroffenen Abreden festhalten wollen, soll dabei schon in der ausdrücklichen Erklärung liegen, dass „alle anderen Vereinbarungen aus dem Anstellungsvertrag unberührt bleiben“ (BAG, Urteil vom 19.10.2011, Az.: 4 AZR 811/09).

Würde man diese Rechtsprechung auf die hiesige Konstellation übertragen, würden auch Änderungsvereinbarungen, die den vorstehend zitierten standardmäßigen Zusatz erhalten, dazu führen, dass der „Altvertrag“ zum „Neuvertrag“ und die Ausschlussklausel – jedenfalls hinsichtlich des Schriftformerfordernisses (siehe dazu noch unten) – unwirksam würde.

Im Fall des neuen § 309 Nr. 13 BGB läge es allerdings näher, diesen bei einer Vertragsänderung ohne Änderung der konkreten Ausschlussklausel nicht zur Anwendung zu bringen. Denn in der Überleitungsvorschrift heißt es, dass die Neufassung nur auf Schuldverhältnisse anzuwenden ist, die nach dem 30.09.2016 entstanden sind. Durch eine Vertragsänderung entsteht jedoch kein neues Schuldverhältnis, sondern das bestehende Schuld- bzw. Arbeitsverhältnis wird lediglich modifiziert. Da eine andere Sichtweise jedoch denkbar ist, sollte bis zu einer Klärung durch die Rechtsprechung bei einer Vertragsänderung sicherheitshalber von der Anwendbarkeit des § 309 Nr. 13 BGB ausgegangen und die Ausschlussklausel entsprechend angepasst werden.

#### TARIFVERTRAGLICHE AUSSCHLUSSKLAUSELN

Auf Ausschlussklauseln in Tarifverträgen wirkt sich die Änderung des § 309 Nr. 13 BGB nicht aus, da das AGB-Recht auf Tarifverträge gem. § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB keine Anwendung findet. Tarifverträge dürfen also weiterhin eine strengere Form als die Textform vorsehen. § 309 Nr. 13 BGB findet ferner dann keine Anwendung, wenn der Arbeitsvertrag einen einschlägigen Tarifvertrag insgesamt in Bezug nimmt (sog. Globalverweisung).

Etwas anderes gilt nur dann, wenn im Arbeitsvertrag lediglich auf einzelne Regelungen eines Tarifvertrags oder einen nicht einschlägigen (branchenfremden) Tarifvertrag Bezug genommen wird, da in diesen Fällen nach der aktuellen Rechtsprechung eine AGB-Kontrolle der in Bezug genommenen Regelungen erfolgt. Die Klausel im Tarifvertrag ist also nach denselben Regeln zu behandeln wie eine arbeitsvertragliche Klausel.



#### AUSWIRKUNGEN AUF ANDERE ARBEITSVERTRAGLICHE KLAUSELN

Unberührt von der Änderung des § 309 Nr. 13 BGB bleiben (einfache und doppelte) Schriftformklauseln sowie Klauseln, die für eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses explizit die Schriftform vorsehen.

Einfache Schriftformklauseln bestimmen, dass Änderungen und Ergänzungen des Arbeitsvertrags der Schriftform bedürfen. Doppelte Schriftformklauseln verlangen darüber hinaus, dass auch die Abänderung oder Aufhebung des Schriftformerfordernisses wiederum der Schriftform bedarf. Dies soll verhindern, dass das Schriftformerfordernis durch schlüssiges Handeln der Arbeitsvertragsparteien aufgehoben wird. Da derartige Schriftformklauseln jedoch nicht die von § 309 Nr. 13 BGB genannten „Anzeigen oder Erklärungen“ zur Geltendmachung von Ansprüchen erfassen, sondern vertragliche Abreden, findet das Klauselverbot insoweit keine Anwendung.

Das Erfordernis der Schriftform für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist in § 623 BGB bereits gesetzlich vorgeschrieben, so dass eine entsprechende arbeitsvertragliche Klausel rein deklaratorisch und ebenfalls nicht von § 309 Nr. 13 BGB erfasst ist.

#### GESCHÄFTSFÜHRER-DIENSTVERTRÄGE

Der neue § 309 Nr. 13 BGB und seine Folgen gelten auch für Dienstverträge von Fremdgeschäftsführern sowie Geschäftsführern ohne nennenswerte Kapitalbeteiligung (die mindestens eine Sperrmino-

rität begründen würde), da diese nach der Rechtsprechung ebenfalls als Verbraucherverträge qualifiziert werden (BAG, Urteil vom 19.05.2010, Az.: 5 AZR 253/09).

Eine bedeutsame Abweichung ergibt sich hier allerdings hinsichtlich der Vereinbarung eines Schriftformerfordernisses für die Kündigung des Dienstvertrags. Da sich das Schriftformerfordernis bei Geschäftsführer-Dienstverträgen nicht wie bei Arbeitsverträgen aus dem Gesetz ergibt, sind Klauseln in Fremdgeschäftsführer-Dienstverträgen, die nach dem 01.10.2016 vereinbart werden und für die Kündigung die Schriftform verlangen, unwirksam.

#### RECHTSFOLGEN BEI UNZULÄSSIGER KLAUSEL

Die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 309 Nr. 13 BGB ist grundsätzlich die Unwirksamkeit der betroffenen Klausel. Fraglich ist allerdings, ob diese Rechtsfolge durch den sog. blue-pencil-Test verhindert und die Klausel ohne das Schriftformerfordernis aufrechterhalten werden kann. Im Rahmen des blue-pencil-Tests wird überprüft, ob eine Klausel inhaltlich und sprachlich trennbar ist.

Ist dies der Fall, kann der unwirksame Teil mit der Folge gestrichen werden, dass der übrigbleibende Teil weitergilt, sofern er für sich genommen sinnvoll und verständlich ist. Im Fall der Ausschlussklausel könnte das Wort „schriftlich“ gestrichen werden. Übrig bleiben würde die für sich genommen sinnvolle und verständliche Regelung, dass die Ansprüche verfallen, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten nach Fälligkeit geltend gemacht werden.

Dann würde es für die Fristwahrung ausreichen, die Ansprüche in jeglicher Form, insbesondere mündlich, geltend zu machen.

Dagegen spricht jedoch, dass der Gesetzgeber mit der Neufassung des § 309 Nr. 13 BGB Rechtsklarheit für Verbraucher schaffen wollte. Ist eine Ausschlussfrist ohne Angaben zur Form geregelt, dürfte dem durchschnittlichen Verbraucher jedoch noch weniger klar sein, welche Form nun für die Geltendmachung seiner Ansprüche ausreicht. Es ist deshalb damit zu rechnen, dass Ausschlussklauseln mit Schriftformerfordernis insgesamt als unwirksam angesehen werden. Das würde bedeuten, dass die Ausschlussfrist von drei Monaten nicht gilt, sondern Ansprüche bis zur regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren geltend gemacht werden könnten.

#### ZUSAMMENFASSUNG

Auf Arbeitsverträge, die vor dem 01.10.2016 abgeschlossen worden sind, wirkt sich die Neufassung des § 309 Nr. 13 BGB grundsätzlich nicht aus. Vorsicht ist allerdings geboten, wenn ein solcher „Altvertrag“ nach diesem Stichtag abgeändert wird. Dann kann bereits die Standardformulierung „*Alle anderen Vereinbarungen aus dem Anstellungsvertrag bleiben unberührt.*“ dazu führen, dass der „Altvertrag“ zum „Neuvertrag“ wird und sich an der neuen Version des § 309 Nr. 13 BGB messen lassen muss.

Da diese Frage jedoch noch der Klärung durch die Rechtsprechung bedarf, sollten bis dahin bei einer Vertragsänderung vorsorglich auch die von der Neuregelung betroffenen Vorschriften angepasst werden. Dies betrifft insbesondere arbeitsvertragliche Ausschlussklauseln, aber auch weitere Anzeige- oder Erklärungspflichten der Arbeitnehmer, wie etwa die Verpflichtung zur Anzeige einer Nebentätigkeit.

Arbeitsverträge, die seit dem 01.10.2016 abgeschlossen worden sind bzw. zukünftig abgeschlossen werden, dürfen für Anzeigen und Erklärungen der Arbeitnehmer nicht mehr die Schriftform, sondern (höchstens) Textform festlegen. Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 309 Nr. 13 BGB sind jedoch noch nicht erklärt. Zum einen könnte dies bedeuten, dass die Klausel ohne das Wort „schriftlich“ zu lesen ist (blue-pencil-Test), im Übrigen jedoch bestehen bleibt. Dann würde die Ausschlussfrist als solche zwar gelten, die Ansprüche könnten jedoch von den Arbeitnehmern in jeder Form, insbesondere mündlich, geltend gemacht werden, während der Arbeitgeber, der sich auf die (teilweise) Unwirksamkeit der Klausel nicht berufen dürfte, die von ihm festgeschriebene Schriftform einhalten müsste.

Zum anderen könnte der Verstoß jedoch auch dazu führen, dass die Ausschlussklausel insgesamt unwirksam ist und für die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis die allgemeine dreijährige Verjährungsfrist gilt. Insoweit bleibt die Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten.

Zu beachten ist schließlich, dass sich die Gesetzesänderung auch auf einen Geschäftsführer-Dienstvertrag auswirken kann, nämlich dann, wenn dieser das Dienstverhältnis eines Fremdgeschäftsführers bzw. eines Geschäftsführers regelt, der nicht mindestens über eine sog. Sperrminorität verfügt. Denn dann gelten auch Geschäftsführer als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB und das Klauselverbot des § 309 Nr. 13 BGB findet Anwendung.

Arbeitgeber sollten ihre Vertragsmuster daher dringend einer Kontrolle unterziehen und diese an die neue Rechtslage anpassen. Bei dieser Gelegenheit sollte auch gleich überprüft werden, ob die von der Rechtsprechung festgelegte Mindestfrist von drei Monaten auf jeder „Stufe“ der Ausschlussklausel eingehalten ist (BAG, Urteil vom 25.05.2005, Az.: 5 AZR 572/04).

Für weitere Fragen zur Arbeitsvertragsgestaltung stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Detlef Grimm  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-129  
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Stefan Freh  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-129  
stefan.freh@loschelder.de



# EUGH ZUM DATENSCHUTZ: IP-ADRESSEN ALS PERSONENBEZOGENE DATEN

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat mit seinem Urteil vom 19.10.2016 (Az. C-582/14) auf eine Vorlagefrage des Bundesgerichtshofes (BGH) entschieden, dass dynamische IP-Adressen personenbezogene Daten darstellen. Dieser Beitrag befasst sich mit der grundlegenden Bedeutung der personenbezogenen Daten für die datenschutzrechtliche Unternehmens-Compliance sowie der besonderen Relevanz der EuGH-Entscheidung.

## DIE BEDEUTUNG PERSONENBEZOGENER DATEN

Der Ausgangspunkt einer jeden datenschutzrechtlichen Prüfung ist die Frage, ob personenbezogene Daten vorliegen. Das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) definiert diese in § 3 Abs. 1 BDSG als „*Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlicher Person (Betroffener)*“. Eindeutige Fälle sind beispielsweise der in einem bestimmten sachlichen Kontext verwendete Name einer natürlichen Person, ihr Geburtsdatum oder eine personalisierte E-Mail-Adresse.

Daneben existieren Sachverhalte, welche die Verarbeitung personenbezogener Daten zunächst nicht vermuten lassen, aber rechtlich eindeutig sind, wie bspw. das Erstellen einer abteilungs-internen Geburtstagsliste oder das Versenden einer E-Mail mit sichtbaren Empfängern an einen größeren Verteiler. Ferner existieren rechtliche Zweifelsfälle wie beispielsweise das Aufzeichnen eines Kfz-Kennzeichens eines PKW. Dieses lässt für sich genommen keinen Bezug zu einer natürlichen Person erkennen. Gleichwohl ist es denkbar, über eine behördliche Abfrage den Halter des jeweiligen Kfz in Erfahrung zu bringen und damit einen Personenbezug herzustellen.

Neben diesen „analogen“ Beispielen sind es aber vor allem die Digitalisierung in allen Unternehmensbereichen und die im Zuge dessen erhobenen Daten, die Probleme bei der Rechtsanwendung bereiten. Schwierige Abgrenzungsfragen stellen sich bei Bewegungsdaten mobiler Endgeräte oder Telekommunikationseinwahldaten. Weisen z. B. MAC-Adressen, mit denen Bewegungsprofile erstellt werden können, die aber in erster Linie der Geräteerkennung dienen, einen Personenbezug auf? Auch bei den aus einer bloßen Zahlenfolge bestehenden dynamischen IP-Adressen ist ein Personenbezug jedenfalls nicht ohne Weiteres feststellbar, sodass sich auch hier die Frage stellt, ob das BDSG auf ihre Verarbeitung anzuwenden ist.

## DAS URTEIL DES EUGH

Der EuGH bejaht in seiner jüngsten Entscheidung den Personenbezug dynamischer IP-Adressen. Die Besonderheit dynamischer IP-Adressen besteht im Gegensatz zu statischen IP-Adressen darin, dass sich diese bei jedem Verbindungsaufbau ändern. Dennoch stellt der EuGH fest, dass auch anhand der dynamischen IP-Adresse ein Personenbezug hergestellt werden kann, auch wenn sich dieser aus der bloßen Zahlenfolge der IP-Adresse nicht ergebe. Je nach Mitgliedstaat könne eine rechtliche Möglichkeit bestehen, den Personenbezug herzustellen. Für Deutschland wird das bejaht, da insbesondere in Fällen sog. Cyber-Crimes eine entsprechende Auskunft bei den Behörden eingeholt werden kann. Eingebettet war die Vorlageentscheidung des EuGH in einen deutschen Sachverhalt zum Telemediengesetz (TMG) und zur Speicherung von IP-Adressen durch Webseitenbetreiber.

Hinter dieser konkreten Einordnung dynamischer IP-Adressen durch den EuGH steht die umstrittene, grundlegende Frage, welche Hindernisse für die Herstellung eines Personenbezugs so erheblich sind, dass sie diesen entfallen lassen. Entscheidend ist dafür nach der EuGH-Entscheidung, ob eine zur Herstellung des Personenbezugs bestehende Möglichkeit „ein Mittel darstellt, das vernünftigerweise zur Bestimmung der betreffenden Person eingesetzt werden kann“. „Vernünftig“ bedeutet in diesem Kontext insbesondere in rechtlich zulässiger Weise und praktisch durchführbar.

## REGELUNG DER KÜNFTIGEN DATENSCHUTZGRUNDVERORDNUNG

Die ab 2018 unmittelbar geltende Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) definiert die personenbezogenen Daten als

*„alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden ‚betroffene Person‘) beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann.“*

Diese Definition ist umfangreicher und konkreter als die bisher im BDSG enthaltene, wenn auch angesichts der Masse an denkbaren und vom technologischen Fortschritt getriebenen Sachverhalten natürlich nicht abschließend. Klargestellt wird allerdings, dass einer Person zuordenbare Online-Kennungen personenbezogene Daten darstellen. Hierunter dürften auch dynamische IP-Adressen fallen, sodass die Entscheidung des EuGH insoweit mit der künftigen Rechtslage bereits übereinstimmt.



## BEDEUTUNG FÜR DIE PRAXIS

Das Tatbestandsmerkmal der „personenbezogenen Daten“ beinhaltet für Unternehmen regelmäßig zwei Problemkreise:

Erstens gehört es zu den grundlegenden, bußgeldrelevanten und präventiven Compliance-Maßnahmen, alle Fälle im Unternehmen aufzuspüren, in denen überhaupt personenbezogene Daten verarbeitet werden. Diese Fälle mögen im Einzelfall trivial erscheinen (Geburtstagsliste) oder so offensichtlich, dass sie nicht ins Auge fallen (E-Mail-Versand an Verteiler bei gleichzeitiger Sichtbarkeit aller Verteilerangehörigen). Hier besteht die besondere Schwierigkeit darin, alle datenschutzrechtlich relevanten Sachverhalte zentral zu sammeln und ein generelles, unternehmensweites Problembewusstsein zu schaffen.

Zweitens existieren vor allem aufgrund der in alle Unternehmensbereiche Einzug erhaltenden Digitalisierung oftmals viele rechtliche Grenzfälle, bei denen es gilt, die richtige Entscheidung zu treffen. Dabei verdeutlicht die Entscheidung des EuGH, dass die Herstellbarkeit des Personenbezugs durchaus weit zu verstehen ist. Ausreichend ist es, wenn nur unter engen Voraussetzungen mögliche behördliche Auskünfte eingeholt werden können, über die ein Personenbezug hergestellt werden kann.

Dieser Problemkreis wird auch nach der Einführung der DSGVO fortbestehen, da die neuen Medien und neue Techniken immer wieder auch neue datenschutzrechtliche Implikationen aufweisen werden. Dabei wird es dann jeweils darauf ankommen, ob ein Personenbezug sich noch mit Mitteln herstellen lässt, die vernünftigerweise eingesetzt werden können.

Zu allen datenschutzrechtlichen Fragestellungen stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Kristina Schreiber  
Telefon: : +49 (0) 221 650 65-337  
kristina.schreiber@loschelder.de



Dr. Simon Kohm  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-200  
simon.kohm@loschelder.de





# NEUES VERGABERECHT: 180 TAGE NACH DER GROSSEN REFORM

Am 18.04.2016 trat die umfassendste Modernisierung des deutschen Vergaberechts seit seiner Kodifizierung im Jahre 1999 in Kraft. Zwischenzeitlich sind die ersten Verfahren nach neuem Recht abgewickelt, und es liegen Entscheidungen von Vergabekammern vor.

## DAS VERGABERECHT BLEIBT KOMPLIZIERT

Wie bei jeder Reform des deutschen Gesetzgebers sind Zahl und Länge der Paragraphen erheblich angewachsen. Hinzugekommen sind neue Rechtsregime wie die Ausschreibungspflicht für Dienstleistungskonzessionen (z. B. Vertrag über Rettungsdienstleistungen). Weggefallen sind Regelungen wie die VOF, also die Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (z. B. Ausschreibung von Ingenieur- und Planungsleistungen) oder die VOL/A für die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen; beide sind in der neuen Vergabeverordnung (VgV) aufgegangen. Neu ist, dass zusätzliche Ziele wie soziale Belange (z. B. Mindestlohn, Arbeitsbedingungen, Frauenförderung), Umwelt (z. B. Energieeffizienz von Produkten und Herstellungsverfahren) oder Handel (z. B. faire Vertragsbedingungen) durch Ausführungsbedingungen vorgeschrieben werden dürfen und in die Angebotswertung einfließen können. Ein wichtiger und sehr praktischer Vorteil der Reform ist, dass viele offene und unklare Rechtsfragen zum Ablauf von Vergaben nunmehr detailliert geregelt sind. Leider ist es dadurch nicht leichter geworden, ein Vergabevorhaben dem richtigen Rechtsregime zuzuordnen und dann die entscheidenden Normen zu finden. So sind etwa im Baubereich die grundlegenden Bestimmungen im GWB, einige Verfahrensregelungen in der VgV und die weiteren Normen in der EU VOB/A enthalten.

## OBERSCHWELLENBEREICH

Die Reform bezieht sich nur auf den sog. Oberschwellenbereich, also auf Bauaufträge und Konzessionen ab einem Auftragswert von 5,225 Mio. Euro sowie Liefer- und Dienstleistungen im Umfang ab 209.000 Euro. Für bestimmte Auftraggeber und für besondere Dienstleistungen gelten abweichende Schwellenwerte. Praktisch unverändert ist die nur im Oberschwellenbereich eröffnete Möglichkeit für unterlegene Bieter, wegen Verfahrensfehlern ein Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern anzustrengen. Die Erfolgsquote solcher Verfahren ist nach wie vor relativ hoch, weil es in Vergabeverfahren wegen der schwierigen Rechtsmaterie vielfach zu Fehlern kommt. Die Dauer der Verfahren scheint dabei immer länger zu werden. Obwohl die Vergabekammern nach dem Gesetz innerhalb von fünf Wochen zu entscheiden haben, kommt es öfter vor, dass diese Entscheidungsfrist wegen Überlastung mehrfach verlängert wird. In der Zwischenzeit darf der Auftrag nicht erteilt werden, was zu schwierigen Umplanungen zwingen kann.

## UNTERSCHWELLENBEREICH

Für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte gilt nach wie vor das Haushaltsrecht des Bundes, des Bundeslandes oder der Gemeinde, je nachdem wer Auftraggeber ist. Darin werden zur Durchführung von Vergaben die nationale VOB/A und die VOL/A angeordnet oder empfohlen. Hier gibt es bis heute kein Nachprüfungsverfahren; abhängig davon, ob die Vergabe auf einen zivilrechtlichen Vertrag (z. B. Kaufvertrag, Bauvertrag, Dienstleistungsvertrag) oder einen öffentlich-rechtlichen Vertrag (z. B. Konzession) abzielt, kann Rechtsschutz nur vor den Zivilgerichten oder den Verwaltungsgerichten gesucht werden. Solche Verfahren sind indes aufwendig und schwierig, zumal die Gerichte mit der Rechtsmaterie in der Regel nicht vertraut sind. In Vorbereitung ist eine sog. Unterschwellenvergabeordnung (UVgO), die das Verfahren einheitlich und ähnlich wie im Oberschwellenbereich regeln soll. Weil der Bund keine Gesetzgebungskompetenz für die Beschaffungen der Bundesländer und der Gemeinden hat, bedarf es aber der weiteren Abstimmung. Oder die UVgO wird nur empfehlenden Charakter haben. Ein Nachprüfungsverfahren ist darin ohnehin nicht vorgesehen.

## LANDESVERGABEGESETZE

In den letzten Jahren haben alle Bundesländer bis auf Bayern eigene Vergabegesetze erlassen. Diese treffen zusätzliche Regelungen für alle Vergaben in dem jeweiligen Bundesland, insbesondere im Bereich der sog. strategischen Ziele wie Mindestlohn, Umwelt, Handel oder anderer sozialer Belange. Die Bestimmungen stehen jetzt teilweise in Widerspruch mit den Neuregelungen der Vergaberechtsmodernisierung im Oberschwellenbereich. Etliche Landesvergabegesetze müssen deshalb reformiert werden. Ob die Länder die Gelegenheit nutzen werden, die UVgO verbindlich vorzuschreiben, ist offen.

## EU-RECHT

Schwierigkeiten bereitet nach wie vor die Anwendung bestimmter Grundsätze des EU-Rechts bei Ausschreibungen, auf die kein ober-schwelliges Vergaberecht anzuwenden ist (z. B. Grundstückverkauf, Vermietung) oder deren Auftragswert unterhalb der Schwellenwerte liegt (z. B. Bauauftrag unter 5,225 Mio. Euro). Sind solche Aufträge auch für EU-Ausländer interessant (z. B. grenznahe Baustelle, grenzüberschreitende Liefermöglichkeiten, ortsunabhängige Beratungsleistungen), muss das Beschaffungsvorhaben nach der Rechtsprechung der EU-Gerichte und der deutschen Gerichte wahrnehmbar veröffentlicht werden.

Dafür kommen in Betracht das EU-Amtsblatt, Vergabeplattformen im Internet etc., wobei die Veröffentlichung und das Verfahren auf deutsch erfolgen können. Das Verfahren selbst muss dann transparent, diskriminierungsfrei und wettbewerblich durchgeführt werden.

## ELEKTRONISCHE VERGABE

Ein Kernstück der Reform ist die vollständige elektronische Vergabe. Die Bekanntmachung eines Beschaffungsvorhabens, die Übermittlung der Vergabeunterlagen, die Einreichung von Teilnahmeanträgen, die Angebotsabgabe, sämtliche Kommunikation und auch die Zuschlagserteilung dürfen nur noch auf elektronischem Wege erfolgen. Eine Übersendung per Post, Boten oder auch Faxgerät ist nicht mehr zulässig, wenn das nicht sachlich erforderlich ist (z. B. bei Modellen, Prototypen und sperrigen Plänen). Hierfür sind Übergangsfristen vorgesehen. Bekanntmachungen und die Versendung der Vergabeunterlagen sind bereits jetzt elektronisch vorzunehmen. Die Übersendung von Teilnahmeanträgen, Angeboten und die weitere Kommunikation kann noch bis zum 18.10.2018 per Post, Fax oder auf einem anderen geeigneten Weg erfolgen; der Auftraggeber kann hier aber auch jetzt schon die elektronische Form anordnen, die dann verbindlich ist.

Der Einsatz elektronischer Mittel für die Übermittlung der Vergabeunterlagen ist nicht immer problemlos. Das Gesetz verlangt, dass der Auftraggeber elektronische Mittel einsetzt, die mit allgemein verbreiteten Geräten und Programmen kompatibel sind. Er muss also dafür sorgen, dass ein Bewerber die Unterlagen mit üblichen Mitteln abrufen oder elektronisch kommunizieren kann. Dafür werden vielfach Vergabeplattformen eingesetzt. Hier ist dann darauf zu achten, dass Bewerber bei Download-Problemen Hilfestellungen erhalten können (z. B. wenn veraltete Java-Skripte einen Download blockieren).

Zu allen vergaberechtlichen Fragestellungen stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. F. Thilo Klingbeil  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-200  
thilo.klingbeil@loschelder.de



Dr. Simon Kohm  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-200  
simon.kohm@loschelder.de



Dr. Mirko Ehrich  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-268  
mirko.ehrich@loschelder.de



Dr. Andreas Fink  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-195  
andreas.fink@loschelder.de



## VERTRAULICHKEIT VON VERGABEUNTERLAGEN

Neu eingeführt worden ist die Verpflichtung, Bewerbern die Vergabeunterlagen von Beginn an uneingeschränkt, vollständig und direkt abrufbar zur Verfügung zu stellen. Der Auftraggeber darf dafür keine Registrierung verlangen. Allerdings kann er Maßnahmen zum Vertraulichkeitsschutz mitteilen und für den Zugang zu geheimhaltungsbedürftigen Unterlagen die Abgabe einer Geheimhaltungserklärung verlangen. Will der Auftraggeber verhindern, dass Scheinbewerber die Unterlagen abfragen, bleibt ihm nur der Weg der Vorinformation mit Interessenbekundung. Dabei gibt der Auftraggeber die Beschaffungsabsicht öffentlich bekannt, worauf Interessierte ihr Interesse bekunden können. Kommt es dann zur Durchführung des Vergabeverfahrens, verlangt der Auftraggeber von den Interessierten eine Interessenbestätigung. Nur wer hier ohne Scheininteresse zusagt, erhält dann vom Auftraggeber die Vergabeunterlagen.

## PROBLEME DER WIEDERHERSTELLUNGSKLAUSEL IN DER GEBÄUDEVERSICHERUNG

Wiederherstellungsklauseln finden sich in vielen Bedingungswerken der Gebäude- bzw. Feuerversicherung. In neueren Bedingungen sind sog. strenge Wiederherstellungsklauseln üblich. Sie lassen einen Entschädigungsanspruch durch Eintritt des Versicherungsfalles zunächst nur zum Teil entstehen oder in Höhe des Zeitwertes. Der Restanspruch auf den sog. Neuwertanteil wird erst dadurch begründet, dass die Wiederherstellung des beschädigten Objekts durchgeführt oder sichergestellt ist. § 93 VVG enthält eine Auslegungsregel für den Fall, dass eine solche Klausel in Vertragsbedingungen enthalten und unklar formuliert ist. Eine Wiederherstellungspflicht oder eine Obliegenheit des Versicherungsnehmers besteht insoweit nicht. Vielmehr knüpfen Wiederherstellungsklauseln an das Vorliegen eines objektiven Tatbestandsmerkmals Rechtsfolgen nach näherer Maßgabe an.

Der Streit über die Neuwertentschädigung in der Gebäudeversicherung wird häufig von der Auslegung und Anwendung der Wiederherstellungsklausel bestimmt. Den restlichen Anspruch auf die Neuwertspitze oder Neuwertentschädigung erwirbt der Versicherungsnehmer erst, wenn die Wiederherstellung innerhalb der bestimmten Frist durchgeführt wurde oder sichergestellt ist.

Hiermit befasst sich der Bundesgerichtshof (BGH) in einem aktuellen Urteil vom 20.04.2016 (Az.: IV ZR 415/14) im Zusammenhang mit dem Streit über den Neuwertanteil nach dem Brand eines Gebäudes. Die zugrunde liegende Klausel der Allgemeinen Bedingungen für die Wohngebäudeversicherung (VGB 2010) lautet:

*„Sie erwerben den Anspruch auf Zahlung des Teils der Entschädigung, der den Zeitwertschaden übersteigt (Neuwertanteil), nur, soweit und sobald Sie innerhalb von drei Jahren nach Eintritt des Versicherungsfalles sicherstellen, dass Sie die Entschädigung verwenden werden, um versicherte Sachen in gleicher Art und Zweckbestimmung an der bisherigen Stelle wiederherzustellen oder wiederzubeschaffen (...).“*

### ZWECK DER KLAUSEL UND FOLGEN FÜR DIE FESTSTELLUNGEN

Die Bestimmung orientiert sich – wie der BGH ausführt – an dem für den durchschnittlichen Versicherungsnehmer erkennbaren Zweck der Neuwertversicherung, den Schaden auszugleichen, der dem Versicherungsnehmer dadurch entsteht, dass er einen höheren Betrag als den Zeitwert aufwenden muss, wenn er das zerstörte Gebäude wiederherstellt. Zweck der Klausel sei es deshalb zum einen, die Bereicherung durch die Neuwertentschädigung auf den Teil zu beschränken, der das Bedürfnis für die Neuwertversicherung begründe, also auf die ungeplanten, dem Versicherungsnehmer erst durch den Versicherungsfall aufgezwungenen Ausgaben (BGH, Urteil vom 20.07.2011, Az.: IV ZR 148/10). Für den Versicherungsnehmer ersichtlich, ziele die Bestimmung zum anderen aber auch auf die Begrenzung des subjektiven Risikos des Versicherers, der davor geschützt werden soll, dass der Versicherungsnehmer – wie bei freier Verwendbarkeit der Versicherungs-



leistung – in Versuchung geraten könnte, sich durch Vortäuschen eines Versicherungsfalles Vermögensvorteile zu verschaffen. Solche unerwünschten Vermögensvorteile könnten auch darin bestehen, dass der Versicherungsnehmer zwar bereit sei, die durch eine Erweiterung oder wesentliche Veränderung des Neubaus gegenüber dem Vorgängergebäude entstehenden Mehrkosten selbst zu tragen, er im Übrigen aber auf die Neuwertentschädigung für das beschädigte Gebäude bei der Finanzierung des neuen Bauvorhabens zurückgreifen könne. Wenn es dem Versicherungsnehmer gestattet wäre, auf die Neuwertentschädigung ungeachtet der Art und Zweckbestimmung des Neubaus frei zuzugreifen, wäre auch dadurch das subjektive Risiko erhöht, weil der Versicherungsnehmer dann ebenfalls versucht sein könnte, zur Teilfinanzierung seines Neubaus den Versicherungsfall vorsätzlich herbeizuführen.

In dem vom BGH entschiedenen Fall, der zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung führte, hatte der Versicherungsnehmer argumentiert, die Anforderungen an eine Sicherstellung der Verwendung der Entschädigung zur Wieder-

herstellung des Gebäudes in etwa derselben Größe seien bereits dadurch erfüllt, dass der Versicherungsnehmer den geforderten Neuwertanteil auf Grundlage eines Obmanngutachtens unter Berücksichtigung einer vorliegenden Unterversicherung abrechne, welches auf das vom Brand zerstörte Haus abgestellt habe.

Dem ist der BGH entgegengetreten. Hierdurch sei allenfalls eine objektive Bereicherung des Versicherungsnehmers auszuschließen. Stünde dem Versicherungsnehmer ungeachtet der Art und Zweckbestimmung des neu errichteten Gebäudes die Neuwertentschädigung bis zur Höhe des Neuwerts des zerstörten Gebäudes in jedem Falle zu, würde sich das subjektive Risiko erhöhen, dem die Wiederherstellungsklausel entgegen wirken soll. Der BGH hat daher vom Berufungsgericht verlangt, anhand der gesamten baulichen Gegebenheiten festzustellen, ob das im Bau befindliche neue Gebäude des Versicherungsnehmer von gleicher Art und Zweckbestimmung ist wie das durch den Brand zerstörte Gebäude. Die Sicherstellung nach den gegebenen Umständen festzustellen, sei Aufgabe des Tatrichters.

## **ANFORDERUNGEN AN DIE WIEDERHERSTELLUNG UND SICHERSTELLUNG NACH DER RECHTSPRECHUNG**

Welche Anforderungen sind an die Wiederherstellung und Sicherstellung zu stellen?

Ausgangspunkt für die Prüfung ist, dass die Neuwertversicherung nicht auch solche Aufwendungen abdecken soll, die durch wesentliche Verbesserungen des Gebäudes bei seiner Neuerrichtung verursacht wurden. Eine Wiederherstellung kann daher nur angenommen werden, wenn das neue Gebäude hinsichtlich Größe und Zweck in etwa dem zerstörten entspricht (BGH, Urteil vom 21.02.1990, Az.: IV ZR 298/88). Damit scheidet eine erhebliche Flächenabweichung aus (Beispiel: Gebäude mit drei Etagen und sechs Wohnungen und 584 qm wird zu Gebäude mit 747 qm auf fünf Ebenen, vgl. OLG Köln, Urteil vom 21.11.2000, Az.: 9 U 180/98). Keine Wiederherstellung liegt auch dann vor, wenn sich die Nutzungsart ändert (Beispiele: Hotel wird zum Wohnhaus, vgl. OLG Köln, Urteil vom 27.11.2007, Az.: 9 U 196/06; Vereinsheim wird zur Sporthalle, vgl. OLG Köln, Urteil vom 10.01.2006, Az.: 9 U 92/05).

Für die Annahme der Sicherstellung im Sinne der Klausel ist eine Prognose erforderlich, dass bei vorausschauend wertender Betrachtungsweise hinreichend sicher angenommen werden kann, dass die Entschädigungssumme bestimmungsgemäß verwendet wird. Dies muss ernsthaft zum Ausdruck kommen. Es reicht etwa aus, wenn innerhalb der Frist von drei Jahren ein Bauvertrag vorliegt, bei dem eine Rückgängigmachung fernliegt (BGH, Urteil vom 18.02.2004, Az.: IV ZR 94/03). Eine Sicherstellung ist indes nicht anzunehmen, wenn bei Abschluss eines Werkvertrages der Bauherr maßgeblicher Gesellschafter-Geschäftsführer des beauftragten Bauunternehmens ist. Wird die Wiederherstellung erst zu einem Zeitpunkt sichergestellt, zu dem das Grundeigentum auf einen Dritten übergegangen ist, kann ein Anspruch auf die Neuwertentschädigung nur in dessen Person entstehen (OLG Hamm, Urteil vom 12.02.2016, Az.: 20 U 126/15).

Für Fragen zur Gebäude- oder Feuerversicherung stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

**Dr. Wilfried Ruffer**  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-214  
wilfried.rueffer@loschelder.de



**Dr. Dirk Halbach**  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-284  
dirk.halbach@loschelder.de



**Dr. Sandra M. Orlikowski-Wolf**  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-206  
sandra.orlikowski-wolf@loschelder.de



## VORTRÄGE UNSERER ANWÄLTE

**DR. DETLEF GRIMM / DR. MARTIN BROCK /  
DR. SEBASTIAN PELZER**

Die AÜG-Reform:

Das gilt ab April 2017 für Leiharbeit und Werkverträge

18.01.2017 in Köln / *Loschelder Rechtsanwälte*

**DR. KRISTINA SCHREIBER**

Datenschutz Fachtagung 2017 –

Drittlandübermittlung nach EU-DSGVO:

Definition der Übermittlung und Möglichkeiten nach EU-DSGVO?

30. - 31.03.2017 in Hamburg / *TÜV Nord Akademie*

**DR. CEDRIC MEYER**

Aktuelles Wasserrecht: Das WHG und die neue AwSV

01.02.2017 in Köln / *TÜV Rheinland Akademie GmbH*

**DR. CEDRIC MEYER**

Aktuelles Wasserrecht: Das WHG und die neue AwSV

05.04.2017 in Dortmund / *TÜV Rheinland Akademie GmbH*

**DR. STEFAN MAASSEN, LL.M. / DR. VOLKER SCHOENE**

Lehrgang gewerblicher Rechtsschutz

(mit Christian Musiol)

02. - 03.02.2017 in München / *C.H.Beck*

**DR. CEDRIC MEYER**

Betriebsbeauftragte für Gewässerschutz

24. - 27.04.2017 in Essen / *Haus der Technik*

**DR. CEDRIC MEYER**

Umweltrecht für Umweltbeauftragte

21. - 22.03.2017 in Mainz / *Umweltakademie Fresenius*

**PATRICK POMMERENING**

Der Wettbewerbsprozess

(mit Dr. Eva Bruhns)

05. - 06.05.2017 in Frankfurt / *DeutscheAnwaltAkademie*

**DR. DETLEF GRIMM**

Dritteinsatz im Unternehmen:

Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge

24.03.2017 in Dortmund / *DeutscheAnwaltAkademie*

**DR. STEFAN MAASSEN, LL.M.**

Aktuelle Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht

15.05.2017 in Hamburg / *Hamburgischer Anwaltverein*



**DR. STEFAN MAASSEN, LL.M. / DR. VOLKER SCHOENE**

Sommerlehrgang gewerblicher Rechtsschutz

(mit Christian Musiol)

30. - 31.08.2017 in Düsseldorf / *C.H.Beck*

**DR. STEFAN MAASSEN, LL.M.**

Kompaktkurs Wettbewerbsrecht

(mit Dr. Reiner Münker)

07. - 08.09.2017 in München / *DeutscheAnwaltAkademie*

**DR. CEDRIC MEYER**

Aktuelles Wasserrecht: Das WHG und die neue AwSV

18.09.2017 in Köln / *TÜV Rheinland Akademie GmbH*

**DR. CEDRIC MEYER**

Betriebsbeauftragte für Gewässerschutz

16. - 19.10.2017 in Essen / *Haus der Technik*

**PATRICK POMMERENING**

Materielles Wettbewerbsrecht

(mit Dr. Eva Bruhns)

24. - 25.11.2017 in Berlin / *DeutscheAnwaltAkademie*

# DIE PUBLIKATION „RECHT AKTUELL“

ist eine unregelmäßig erscheinende Veröffentlichung von Loschelder und beinhaltet keinen konkreten Rechtsrat zu einem speziellen Sachverhalt.

Die veröffentlichten Artikel sind allgemeine Zusammenfassungen zu aktuellen rechtlichen Fragen, gesetzgeberischen Entwicklungen und Veränderungen aufgrund neuer Entscheidungen.

Wir empfehlen deshalb dringend, bei konkreten Fragen einen Rechtsanwalt unserer Sozietät zu konsultieren. Dieser wird Ihre speziellen Fragen unter Berücksichtigung des Sachverhaltes und Ihrer Bedürfnisse gerne beantworten.

Diese Veröffentlichung kann auf unserer Internet-Homepage unter [www.loschelder.de](http://www.loschelder.de) abgerufen werden. Dort finden Sie auch weitere Veröffentlichungen unserer Sozietät.

## LOSCHELDER

Konrad-Adenauer-Ufer 11  
50668 Köln

Telefon +49 (0) 221 65065-0  
Telefax +49 (0) 221 65065-110

[www.loschelder.de](http://www.loschelder.de)