

# rechtAktuell

Juli 2017



LOSCHELDER

# Inhalt

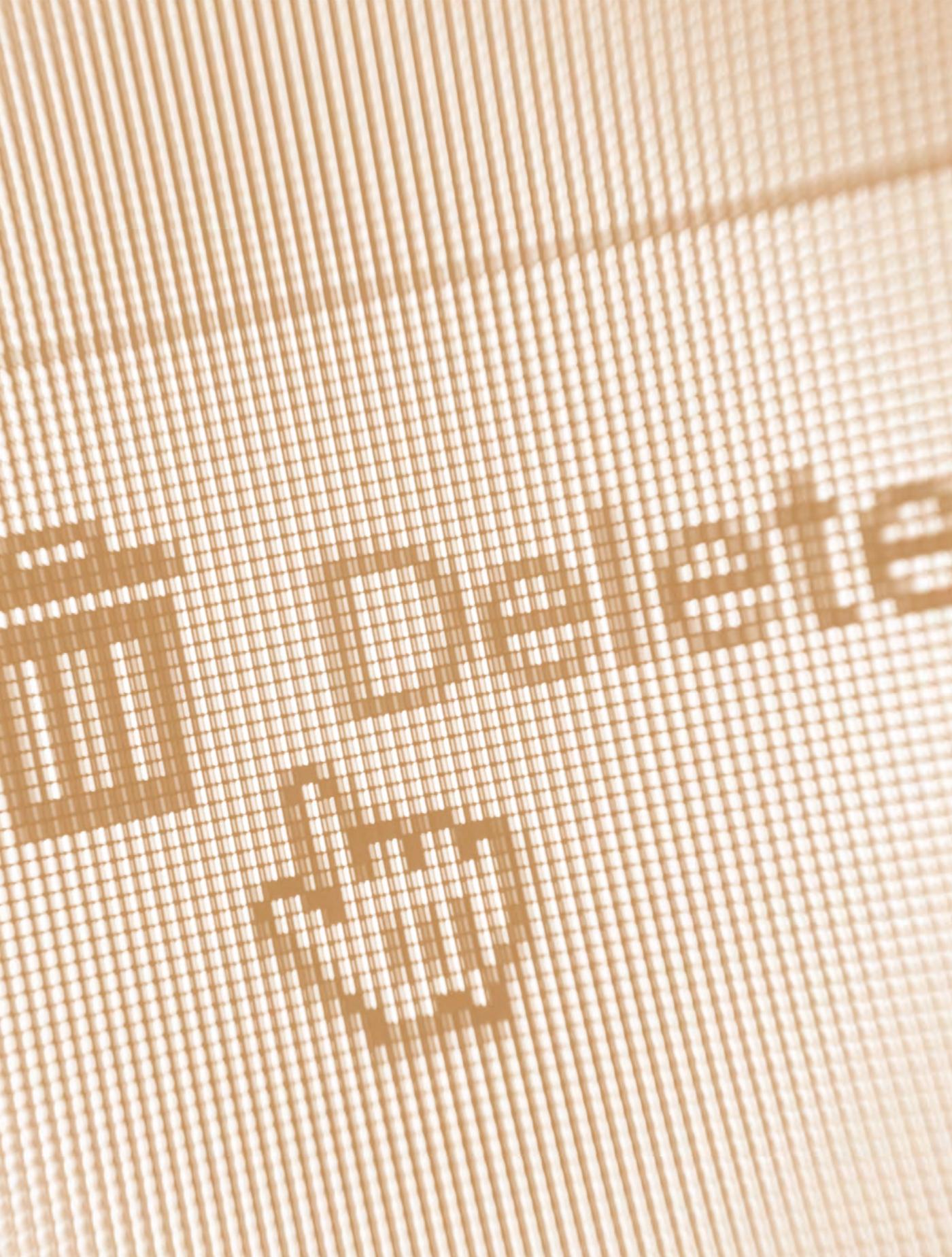
Das Recht auf Vergessenwerden: Wann sind Daten zu löschen?	S. 03	Novellierung des anlagen- bezogenen Gewässerschutzes – AwSV schafft endlich bundes- einheitliche Standards	S. 35
Reform des Bauvertragsrechts und Änderung der kauf- rechtlichen Mängelhaftung	S. 07	Neue Regeln für unternehmens- nahe Dienstleistungen	S. 41
Update Vergaberecht	S. 13	LG Berlin: Neues zu Schönheits- reparaturklauseln	S. 45
Das neue Entgelttransparenz- gesetz – Was kommt auf Ihr Unternehmen zu?	S. 19	Der Schutz des Verbrauchers im Lauterkeitsrecht	S. 49
Der rechtmäßige Umgang mit Daten – Teil 1: Kartellrechtlicher Informationsaustausch	S. 23	Das urbane Gebiet – Großer Wurf oder verpasste Chance?	S. 55
Der rechtmäßige Umgang mit Daten – Teil 2: Datenschutz- rechtliche Übermittlung	S. 27	Allgemeinverbindlichkeit des Sozialkassenverfahrens im Bau- gewerbe: Das BAG legt vor – der Gesetzgeber reagiert	S. 59
Der rechtmäßige Umgang mit Daten – Teil 3: Unternehmensgeheimnisse	S. 31	In eigener Sache	S. 64

# rechtAktuell

## aktuelle rechtliche Fragen und gesetzgeberische Entwicklungen

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 Rechts-

anwalt unserer Sozietät zu konsultieren. Dieser wird Ihre speziellen Fragen unter Berücksichtigung des Sachverhaltes und Ihrer Bedürfnisse gerne beantworten. Diese Veröffentlichung kann auf unserer Homepage unter [www.loschelder.de](http://www.loschelder.de) abgerufen werden. Dort finden Sie auch weitere Veröffentlichungen unserer Sozietät.



# Datenschutz

## Das Recht auf Vergessenwerden: Wann sind Daten zu löschen?

**Das OLG Köln hat in einem Urteil vom 05.01.2017 (Az.: 15 U 121/16) entschieden, dass der klagenden Ärztin kein Anspruch auf die Löschung ihres Profils gegen den Betreiber einer Online-Ärztewertungsplattform zusteht. Der Fall bietet Anlass, das „Recht auf Vergessenwerden“ nach derzeitigem und künftigem Datenschutzrecht näher zu beleuchten.**

Das aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitete „Recht auf Vergessenwerden“ ist seit einigen Jahren in aller Munde. Betroffenen steht unter bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch auf Löschung ihrer personenbezogenen Daten zu. Mit dem Inkrafttreten der EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) am 25.05.2018 wird das Recht auf Vergessenwerden weiter an Bedeutung gewinnen: Deutlich verschärft werden die Dokumentations- und Nachweispflichten der datenverarbeitenden Unternehmen: Ein Bußgeld droht bereits, wenn keine „Löschkonzepte“ vorgehalten werden.

**OLG Köln: Keine Löschung des gesamten Bewertungsprofils**

Während früher maßgeblich persönliche Empfehlungen und Mund-zu-Mund-Propaganda die Arztwahl beeinflussten, bieten heute einschlägige Online-Portale die Möglichkeit, sich anhand von Bewertungen über Patientenerfahrungen zu informieren. Die online abrufbaren Bewertungen beinhalten personenbezogene Daten der mit Namen genannten und damit datenschutzrechtlich betroffenen Ärztinnen und Ärzte. In den vergangenen Jahren waren diese Bewertungen, die nicht selten auch unzutreffende oder zumindest unliebsame Inhalte aufweisen können, immer wieder Anlass für gerichtliche Auseinandersetzungen. In dem vom OLG Köln entschiedenen Fall (Urteil vom 05.01.2017, Az.: 15 U 121/16) wandte sich eine Ärztin an den Portalbetreiber und verlangte die Löschung ihres Profils. Die Ärztin hatte in die Erstellung des Bewertungsprofils nicht eingewilligt. Anonyme



## Datenschutz

Nutzer hinterließen dort zum Teil negative und kränkende (laut OLG aber nicht menschlich herabwürdigende) Bewertungen. Das OLG verneinte die Pflicht des Portalbetreibers, ihr Profil zu löschen. Gegen einen Anspruch auf Löschung sprach die Abwägung zwischen der informationellen Selbstbestimmung des Portalbetreibers und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Ärztin sowie der Berufsfreiheit beider Parteien. Das OLG hielt die Beeinträchtigung der Interessen eines Arztes durch die Verarbeitung der personenbezogenen Daten im Rahmen eines Arztbewertungsportals für nicht schwerwiegender als das Recht des Portalbetreibers auf Kommunikationsfreiheit und folgte damit einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2014.

Etwas anderes kann gelten, wenn nicht das gesamte Bewertungsprofil gelöscht werden soll, sondern nur eine einzelne Bewertung: Erreicht den Portalbetreiber eine Beschwerde über eine einzelne Bewertung, muss er diese überprüfen und beispielsweise die bewertende Person um eine möglichst genaue Beschreibung des Behandlungskontaktes bitten. Erfolgt hierauf keine oder eine unzureichende Reaktion, ist die entsprechende Bewertung zu löschen. Hierdurch soll das mit der anonymen Nutzung verbundene Risiko von Missbrauchsfällen reduziert werden.

### Die Löschpflichten und das Recht auf Vergessenwerden in der Datenschutzgrundverordnung

Die angesprochene Entscheidung dürfte auch nach der ab dem 25.05.2018 geltenden DSGVO weiterhin Bestand haben, nimmt man wie das OLG Köln an, dass das berechnete Interesse des Portalbetreibers die Grundrechte der Ärzte überwiegt.

Unabhängig von dem konkreten Fall wird das Recht der Betroffenen auf Löschung ihrer Daten mit dem Inkrafttreten der DSGVO allerdings umfassender und die Ausnahmen, in denen von einer Löschung abgesehen werden kann, werden restriktiver. So steht den betroffenen Personen beispielweise die Option offen, Widerspruch gegen die Verarbeitung ihrer Daten einzulegen und damit, sofern keine vorrangigen berechtigten Gründe für die weitere Verarbeitung bestehen, eine Pflicht zur Datenlöschung zu begründen. Die DSGVO räumt allerdings nicht nur den Betroffenen die Ausübung des Rechts auf Löschung ein, sondern stellt diesem Recht gleichzeitig spiegelbildlich die Pflicht des Verantwortlichen zur Löschung der Daten gegenüber, sofern die entsprechenden Gründe vorliegen.

Damit einher geht eine durch die DSGVO ausgeweitete und bußgeldbewehrte Rechenschaftspflicht: Die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung ist zu dokumentieren und nachzuweisen. Dies bedeutet, dass ein Unternehmen eine konkrete Dokumentation vorhalten muss, aus der sich auch ergibt, wie das Betroffenenrecht auf Datenlöschung umgesetzt werden kann und wie sichergestellt wird, dass personenbezogene Daten auch ohne Geltendmachung eines Löschungsanspruchs rechtzeitig mit Wegfall der Erlaubnis für ihre Verarbeitung gelöscht werden: Daten sind unverzüglich zu löschen, sobald ihre Verarbeitung nicht mehr gerechtfertigt ist, beispielsweise bei Erreichung des mit der Verarbeitung verfolgten Zwecks.

Eine weitere Neuerung in der DSGVO stellt das „Recht auf Vergessenwerden“ dar: Besteht für den Verantwortlichen die Pflicht, bestimmte Daten zu löschen, so muss er gleichzeitig dafür Sorge tragen, dass auch andere diese Löschung umsetzen: Hat er Daten öffentlich gemacht,

## Datenschutz

muss er die Datenempfänger informieren, dass vom Betroffenen die Löschung aller Links zu diesen Daten und von etwaigen Kopien oder Replikationen der Daten verlangt wird. Alle angemessenen Maßnahmen müssen ergriffen werden.

### Bedeutung für die Praxis

Unternehmen müssen sich im Hinblick auf die drohenden Sanktionen frühzeitig auf die Einführung der DSGVO vorbereiten. Hierzu gehört es auch, Löschkonzepte zu entwickeln und technisch zu implementieren. Für Unternehmen liegt eine große Herausforderung bereits darin, einen Überblick über den gesamten Datenbestand zu gewinnen, um auf gegebenenfalls erforderliche Pflichten zur Löschung unverzüglich und mit möglichst geringem Aufwand reagieren zu können. Hierfür gilt es die sog. Dark Data, also Daten, deren Inhalt den Unternehmen unbekannt ist, so gering wie möglich zu halten. Zudem sollte die Verweisung von Daten, die auf fehlende oder falsche Zuständigkeiten für diese Daten, etwa nach einem Arbeitsplatzwechsel von Mitarbeitern, zurückzuführen ist, durch klare interne Aufgabenzuweisungen vermieden werden.

Eine weitere Herausforderung geht mit den wenig bestimmten verordnungsrechtlichen Vorgaben einher. Es bleibt zu hoffen, dass der Europäische Datenschutzausschuss hierzu konkretisierende Hilfestellungen geben wird. Jedenfalls muss eine Dokumentation über die Gewährleistung einer rechtzeitigen Datenlöschung vorgehalten werden, um den umfangreichen Rechenschaftspflichten der DSGVO nachzukommen.

*Zu allen datenschutzrechtlichen Fragestellungen stehen Ihnen gerne zur Verfügung:*

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

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





# Baurecht

## Reform des Bauvertragsrechts und Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung

**Das neue Bauvertragsrecht ergänzt die Regelungen des Werkvertragsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) um spezifische Regelungen des Bauvertragsrechts. Die Neuregelung wurde im März 2017 beschlossen und wird für alle Verträge gelten, die ab dem 01.01.2018 geschlossen werden. Wir stellen die wichtigsten Änderungen für Bauherren, General- und Bauunternehmen sowie Architekten und Ingenieure dar.**

### Anordnungsrecht des Auftraggebers

Kernstück des neuen Bauvertragsrechts ist das bereits aus der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/B) bekannte Anordnungsrecht des Auftraggebers für Leistungsänderungen. Der Auftraggeber kann zukünftig auch ohne Vereinbarung der VOB/B Vertragsänderungen einseitig anordnen. Inhaltlich umfasst das Anordnungsrecht einerseits die Änderung des Werkerfolges (beispielsweise die Erstellung von Wänden aus Beton statt aus Mauerwerk). Andererseits sind Änderungen möglich, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendig sind (etwa der Einbau nicht vorgese-

hener, aber erforderlicher Bauteile). In diesem Fall kann der Auftraggeber zusätzliche Leistungen verlangen; er hat ein freies Anordnungsrecht.

Eine Änderung des Werkerfolges kann für den Auftragnehmer problematisch sein, wenn die Änderung zu zeitlichen Verzögerungen führt und er ein anderes geplantes Bauvorhaben nicht rechtzeitig beginnen kann. Unzumutbare Änderungen muss er daher nicht umsetzen, wobei er betriebsinterne Gründe zu beweisen hat.

Der Ablauf sieht vor, dass der Bauunternehmer nach Aufforderung durch den Auftraggeber zunächst ein Angebot erstellt. Plant der Auftraggeber selbst, muss er dem Bauunternehmer die Planung für die Angebotserstellung zur Verfügung stellen. Einigen sich die Vertragspartner danach nicht auf einen Nachtrag, kann der Auftraggeber 30 Tage nach Zugang seiner Änderungsaufforderung beim Unternehmer einseitig die bindende Anordnung in Textform (E-Mail genügt) aussprechen.

Können sich die Vertragspartner nicht auf eine Vergütung einigen, kann der Bauunternehmer die geänderte Leistung auf Basis der ihm tatsächlich entstandenen Kosten nebst Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn abrechnen. Zur Berechnung darf er auf eine vereinbarungsgemäß hinterlegte Urkalkulation zurückgreifen. Der Bauunternehmer kann zukünftig aber nicht gezwungen werden, geänderte Leistungen zu nicht kosten-deckenden Preisen zu erbringen.

Der Bauunternehmer kann für einseitig angeordnete Leistungsänderungen vorläufig 80 % der dem Auftraggeber innerhalb der 30-Tage-Frist unterbreiteten Angebotsvergütung als Abschlagszahlung beanspruchen. Der Auftraggeber trägt dann das Insolvenzrisiko des Bauunternehmers. Die Endabrechnung erfolgt nach der Abnahme und etwaige Überzahlungen des Bauunternehmers sind verzinst zurückzuerstatten.

Bei Streitigkeiten über das Anordnungsrecht – etwa über die Zumutbarkeit für den Bauunternehmer – kann nach Baubeginn eine gerichtliche Eilentscheidung unter vereinfachten Voraussetzungen herbeigeführt werden.

### Neuregelung der Abnahmefiktion

Die Wirkungen der Abnahme treten schon nach der bisherigen Regelung auch dann ein, wenn der Auftraggeber das Werk trotz Abnahmereife nicht innerhalb einer vom Bauunternehmer gesetzten Frist abnimmt. Bislang liefen aber Anforderungen zur Abnahme bei fehlender Abnahmereife ins Leere.

Nach der Neuregelung tritt eine Abnahmefiktion ungeachtet einer überhaupt bestehenden Abnahmereife ein, wenn der Auftraggeber sich binnen einer vom Bauunternehmer gesetzten angemessenen Frist entweder überhaupt nicht zu dem Abnahmeverlangen äußert oder wenn er die Abnahme ohne Benennung von Mängeln verweigert. Der Auftraggeber kann die Fiktion der Abnahme zukünftig nur dadurch verhindern, dass er konkrete Mängel (Mangelsymptome) innerhalb angemessener Frist rügt. Gegenüber Verbrauchern bedarf die Abnahmefiktion des vorherigen Hinweises in Textform.

### Der Verbraucherbauvertrag

Der neue Vertragstypus des Verbraucherbauvertrages erfasst die Beauftragung eines Neubaus oder wesentlicher Umbaumaßnahmen an ein Unternehmen durch einen Verbraucher.

Mit dem Verbraucherbauvertrag werden einige Verbraucherschützende Regelungen eingeführt: Der Unternehmer muss dem Verbraucher eine Baubeschreibung zur Verfügung stellen, die Vertragsbestandteil wird. Eine Ausnahme gilt, wenn der Auftraggeber einen Architekten beauftragt hat oder selbst plant. Der Verbraucherbauvertrag muss weiter verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung oder zumindest zur Dauer des Bauvorhabens enthalten. Zudem steht dem Verbraucher – außer bei notariell beurkundeten Verträgen – ein 14-tägiges Widerrufsrecht zu, über das er belehrt werden muss.



Für Abschlagszahlungen wurde ebenfalls eine Verbraucherschützende Sonderregelung eingeführt: Sie dürfen beim Verbraucherbaupvertrag 90 % der vereinbarten Gesamtvergütung nicht überschreiten. Wie schon nach geltendem Recht hat der Unternehmer dem Verbraucher zusätzlich eine Sicherheit für Abschlagszahlungen in Höhe von 5 % der vereinbarten Vergütung zu stellen.

Wichtig ist schließlich, dass die meisten gesetzlichen Schutzvorschriften nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgeändert werden können. Zudem finden bedeutende Schutzvorschriften auf den neu in das Gesetz aufgenommenen Bau-trägervertrag keine Anwendung.

### Der Architekten- und Ingenieurvertrag

Der Architekten- und der Ingenieurvertrag sind nun ausdrücklich im Gesetz geregelt. Nach der Neuregelung steht dem Auftraggeber auch im Architekten- und Ingenieurvertrag ein Anordnungsrecht in der bereits beschriebenen Form zu.

Zudem wurde der Projektfindungsabschnitt als Bestandteil des Architekten- und Ingenieurvertrages aufgenommen. Der Architekt oder Ingenieur muss hier eine Planungsgrundlage zur Ermittlung der Planungs- und Überwachungsziele des Auftraggebers erstellen. Diese Ziel-findungsphase ist also keine kostenlose Akquise-tätigkeit, sondern eine grundsätzlich vergü-tungspflichtige Leistung. Nach Übergabe der ent-sprechenden Unterlagen kann sich der Auftrage-geber noch anders entscheiden: Ihm steht – auch bei bereits erfolgter Beauftragung aller Leistungsphasen – ein zweiwöchiges Sonderkündigungsrecht zu. Verbraucher müssen über

das Sonderkündigungsrecht informiert werden. Im Gegenzug kann aber auch der Architekt oder Ingenieur den Vertrag kündigen, wenn sich der Auftraggeber zur Planungsgrundlage nicht in angemessener Frist äußert oder diese ablehnt.

Dem Architekten steht nun ein Anspruch auf Teilabnahme nach Abnahme der Leistungen des ausführenden Bauunternehmers zu, wenn anschließend noch Leistungen zu erbringen sind, insbesondere also die Leistungsphase 9 beauftragt ist. Bislang musste dies ausdrücklich vereinbart werden. Die Teilabnahme führt insbesondere dazu, dass die Gewährleistungsfristen für erbrachte Leistungen zu laufen beginnen.

Schließlich wurde die gesamtschuldnerische Haftung mit dem ausführenden Bauunternehmen modifiziert. Der Auftraggeber kann den Architekten wegen Bauüberwachungsfehlern zukünftig erst dann in Anspruch nehmen, wenn er dem ausführenden Bauunternehmen zuvor erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Bislang ist es gängige Praxis, bei Ausführungsmängeln unmittelbar gegen den bauüberwachenden Architekten vorzugehen. Der Architekt muss dann für Mängel, die – wie häufig – auf einem Überwachungsfehler beruhen, voll einstehen, ohne dass der Bauunternehmer vom Auftraggeber auch nur kontaktiert werden musste. Der Architekt konnte insbesondere nicht einwenden, dass der Bauunternehmer noch nachbesserungspflichtig ist. Erst im Wege des Gesamtschuldnerausgleichs konnte er teilweise beim Bauunternehmer Regress nehmen.

Nach der neuen Regelung muss der ausführende Unternehmer nun zumindest zur Nachbesserung aufgefordert sein, bevor der Architekt oder Ingenieur in Anspruch genommen werden kann.

## Baurecht

### Kaufrecht: Ersatz von Aus- und Einbaukosten bei der Nacherfüllung

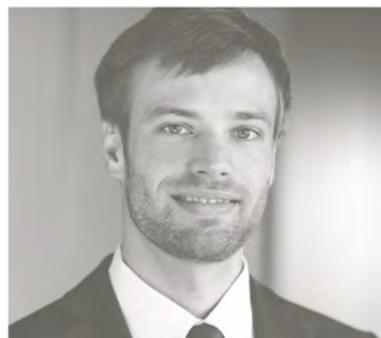
Zukünftig muss der Verkäufer einer mangelhaften Sache, die bereits eingebaut wurde, auch im Unternehmerverkehr nicht nur eine mangelfreie Sache neu liefern, sondern auch die für den Aus- und Einbau erforderlichen Kosten tragen. Dies galt bislang nur gegenüber Verbrauchern. Der Bauunternehmer, der die Sache eingebaut hatte, musste daher die häufig erheblichen Aus- und Einbaukosten selbst tragen. Eine Ausnahme von der Erstattungspflicht gilt, falls der Käufer den Mangel im Zeitpunkt des Einbaus bereits kannte.

Ergänzend bestimmt das neue Recht, dass der zum Ersatz der Ein- und Ausbaukosten verpflichtete Verkäufer beim Baustofflieferanten Regress nehmen kann. Wichtig ist, dass die Untersuchungs- und Rügepflicht weiterhin gilt und der Regressanspruch bei Verletzung dieser Pflicht ausgeschlossen ist.

*Für weitere Fragen zur Reform des Bauvertragsrechts und der Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung stehen Ihnen gerne zur Verfügung:*

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

**Dr. Robert Kessler**  
+49 (0) 221 650 65-268  
robert.kessler@loschelder.de





# Vergaberecht

## Update Vergaberecht

**Bundes- und Landesgesetzgeber sind auch nach der Vergaberechtsnovelle 2016 weiter aktiv. Der Bund hat die Unterschwellenvergabeordnung veröffentlicht und er plant die Einführung eines Wettbewerbsregisters noch in diesem Jahr; Nordrhein-Westfalen hat sein Tariftreue- und Vergabegesetz grundlegend reformiert.**

### Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)

Die vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie am 02.02.2017 bekannt gemachte Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) ist ein neues Regelungsinstrument für die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen. Sie gilt bei Auftragswerten unterhalb des EU-Schwellenwertes von 209.000 Euro. Die UVgO ist weder Gesetz noch Verordnung; ihre Geltung muss erst durch die Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung durch den Bund und die Verwaltungsvorschriften zu den Landeshaushaltsordnungen durch die Länder angeordnet werden. Auch Gemeinden können sich der UVgO unterwerfen.

Über die Landesvergabegesetze können seitens der Länder auch andere öffentliche Auftraggeber wie staatliche Unternehmen und weitere Institutionen, die nicht dem Haushaltsrecht unterliegen, in den Anwendungsbereich einbezogen werden. Ob und wann die Länder und Gemeinden die Anwendung der UVgO für wen und in welchem Umfang anordnen, bleibt abzuwarten. In NRW werden derzeit die Vorschriften zum Haushaltsrecht überarbeitet.

Die UVgO tritt an die Stelle der VOL/A, die bisher die unterschwellige Beschaffung von Liefer- und Dienstleistungen erfasste, und gilt zusätzlich für die Beschaffung freiberuflicher Leistungen, die noch nicht geregelt war. Für die Beschaffung von Bauleistungen gilt weiter die VOB/A (1. Abschnitt).

Die UVgO übernimmt die Grundsätze des ober-schweligen Vergaberechts und orientiert sich strukturell stark an der Vergabeverordnung (VgV) für europaweite Ausschreibungen; sie sieht jedoch einige vereinfachte Regelungen vor. Öffentliche Ausschreibung und beschränkte Ausschreibung mit (vorangehendem öffentlichen) Teilnahmewettbewerb können frei gewählt werden. Die Verhandlungsvergabe mit und ohne Teilnahmewettbewerb, in der die frühere freihändige Vergabe aufgeht, ist unter erweiterten Ausnahmetatbeständen möglich. Bei einem Auftragswert unter 1.000 Euro kann von einem Vergabeverfahren gänzlich abgesehen und ein Direktauftrag erteilt werden.

Ab dem 01.01.2020 ist das Verfahren ab einem Auftragswert von 25.000 Euro vollständig elektronisch abzuwickeln. Die Anforderungen an die Leistungsbeschreibung sind weniger detailliert als in der VgV. Die Auftragsbekanntmachung ist auf der Internetseite des Auftraggebers oder auf Internetportalen zu veröffentlichen. Die Vergabeunterlagen werden bereits jetzt nur noch elektronisch zur Verfügung gestellt, wenn nicht die Art des Auftrags eine Ausnahme

## Vergaberecht

gebietet. Angebote nicht geeigneter Bieter sowie von Biestern, die bestimmte Straftaten und Ordnungswidrigkeiten begangen haben oder einen früheren Auftrag derart mangelhaft ausgeführt haben, dass dieser vorzeitig beendet worden war, müssen bzw. können ausgeschlossen werden.

Die Bieter werden über den Ausgang des Verfahrens unterrichtet; ihnen sind auf Verlangen die wesentlichen Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes mitzuteilen. Die UVgO sieht weder ein Rügeverfahren noch ein Nachprüfungsverfahren bei Rechtsverletzungen vor. Rechtsschutz gegen eine Verletzung von Vergabevorschriften kann ein Bieter nur durch Klage und ggf. einstweiligen Rechtsschutz begehren, wobei hierfür im Falle eines zivilrechtlichen Beschaffungsvertrages das Landgericht und bei einem öffentlich-rechtlichen Vertrag das Verwaltungsgericht zuständig ist.

### Tariftreue- und Vergabegesetz NRW (TVgG)

Das neue Tariftreue- und Vergabegesetz NRW (TVgG-NRW) und die dazu ergangene Verordnung zur Umsetzung mit verschiedenen Formulardrucken und Detailregelungen sind am 01.04.2017 in Kraft getreten. Mit dem TVgG NRW soll ein fairer Wettbewerb um das wirtschaftlichste Angebot bei der Vergabe öffentlicher Aufträge erzielt werden. Dieser soll unter gleichzeitiger Berücksichtigung von Sozialverträglichkeit, Umweltschutz und Energieeffizienz (Nachhaltigkeitskriterium) sowie Qualität und Innovation der Angebote gefördert und unterstützt werden.

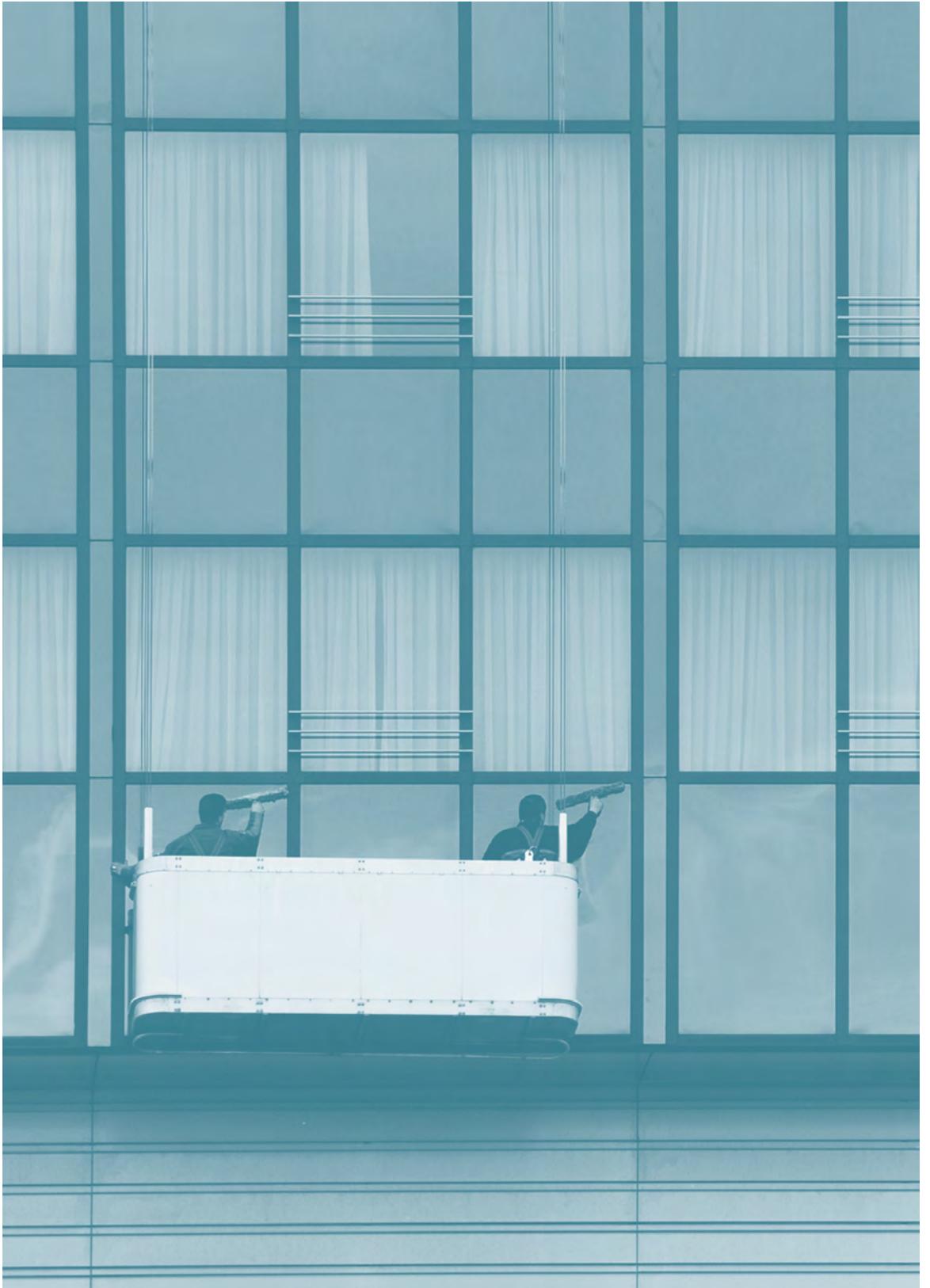
Das TVgG-NRW ist von allen nordrhein-westfälischen öffentlichen Auftraggebern nach der Definition des GWB (EU-Vergaberecht) anzuwenden; es gilt nicht für Sektoren- und Konzessionsauftraggeber und auch nicht für verteidigungs- und sicherheitsspezifische öffentliche

Aufträge. Das Gesetz ist anzuwenden ab einem Auftragswert von 20.000 Euro (netto); die Bestimmungen zum Umweltschutz und zur Energieeffizienz sowie zur Beachtung der ILO-Mindestarbeitsbedingungen gelten bereits ab 5.000 Euro. Die besonderen Regelungen zur Frauenförderung und zur Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie gelten ab einem Auftragswert von 50.000 Euro für Leistungen und von 150.000 Euro für Bauleistungen bei Unternehmen mit mehr als 20 Beschäftigten (ohne Auszubildende).

Bieter müssen sich verpflichten, ihren Beschäftigten (ohne Auszubildende) bei der Auftragsausführung die tariflich vereinbarten Mindestarbeitsbedingungen einschließlich des Mindestentgeltes zu gewähren. Sie haben die Vorgaben des Mindestlohngesetzes in der jeweils geltenden Fassung einzuhalten, jedenfalls aber ein Mindeststundenentgelt von 8,84 Euro zu zahlen.

Die nach dem Gesetz geforderten Nachweise und Erklärungen müssen nur von dem Bieter vorgelegt werden, dem der Zuschlag erteilt werden soll (Bestbieterprinzip). Der öffentliche Auftraggeber hat hierzu in den Vergabeunterlagen eine Frist von mindestens drei Tagen ab Anforderung zu bestimmen; wird die Frist vom Bieter nicht eingehalten, wird sein Angebot ausgeschlossen. Mit dem Bieter sind Vertragsstrafen für den Fall zu vereinbaren, dass die Vorgaben zu Mindestentgelt und Mindestarbeitsbedingungen vom Bieter selbst oder einem seiner Nachunternehmer oder bei der Beschäftigung von entliehenen Arbeitskräften nicht eingehalten werden.

Auch das TVgG NRW sieht keine Regelungen zum vergaberechtlichen Rechtsschutz vor. Ist ein Bieter der Auffassung, dass der öffentliche Auftraggeber seine Verfahrensrechte verletzt hat, kann er deshalb nur nach den allgemeinen Bestimmungen – je nach Gegenstand – beim



## Vergaberecht

Landgericht oder Verwaltungsgericht Klage erheben und ggf. einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch nehmen. Der Landesgesetzgeber hat im TVgG NRW nicht von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, allen öffentlichen Auftraggebern in NRW aufzugeben, für unterschwellige Beschaffungen die UVgO und die VOB/A anzuwenden.

### Wettbewerbsregister („Schwarze Liste“)

Die Bundesregierung hat einen Gesetzesentwurf zur Einführung eines nationalen Wettbewerbsregisters („Schwarze Liste“) vorgelegt. Eingetragene Unternehmen werden in der Regel vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Das Wettbewerbsregister wird beim Bundeskartellamt geführt. Eintragungen melden die Strafverfolgungsbehörden und die zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten berufenen Behörden. Unternehmen, die eingetragen werden sollen, werden vorher angehört.

Einzutragen sind Unternehmen, deren Unternehmensführung wegen Wirtschaftsstraftaten rechtskräftig verurteilt worden ist oder einen Strafbefehl oder eine bestandskräftige Bußgeldentscheidung erhalten hat. Strafbefehle und Ordnungswidrigkeiten sollen ab einem Auftragswert von 30.000 Euro oder einem Bußgeld von 2.500 Euro registriert werden. Einzutragende Straftaten sind insbesondere Bestechung, Geldwäsche, Vorenthalten von Sozialabgaben und Steuerhinterziehung, aber auch Menschenhandel, Bildung krimineller Vereinigungen und Terrorismusfinanzierung. Eingetragen werden auch Kartellrechtsverstöße und Verstöße gegen bestimmte arbeitsrechtliche Vorschriften. Je nach Schwere der Straftat wird die Eintragung nach drei bzw. fünf Jahren gelöscht. Eingetragene Unternehmen haben zudem die Möglichkeit, eine Selbstreinigung vorzunehmen und alsdann einen Antrag auf vorzeitige Löschung zu stellen. Eine erfolgreiche Selbstreinigung setzt

den Nachweis voraus, dass das Unternehmen einen vollständigen Schadensausgleich gezahlt oder sich zur Ausgleichszahlung verpflichtet hat, dass es den Sachverhalt durch aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden und dem öffentlichen Auftraggeber umfassend geklärt hat und dass es geeignete konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen hat, um weiteres Fehlverhalten zu vermeiden.

Öffentliche Auftraggeber müssen ab einem Auftragswert von 30.000 Euro eine Anfrage beim Wettbewerbsregister stellen; die Abfrage des Gewerbezentralregisters nach dem Mindestlohngesetz und dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz entfällt. Bei Sektorenauftraggebern (Bereiche Wasser, Energie, Verkehrsversorgung und Postdienste) ist der Schwellenwert des EU-Vergaberechts maßgeblich (Liefer- und Dienstleistungen 418.000 Euro; Bauleistungen 5.225.000 Euro). Bei schweren Straftaten ist der Ausschluss des Bieters zwingend; bei anderem Fehlverhalten hat der öffentliche Auftraggeber nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden.

### Rechtsprechung

Der Vergabesenat des OLG Celle hat den Ausschluss eines Bieters vom Vergabeverfahren als rechtmäßig bezeichnet, wenn diesem Bieter die Ausführung eines früheren Auftrags zu Recht gekündigt worden war (OLG Celle, Beschluss vom 09.01.2017, Az.: 13 Verg 9/16).

Dabei genügt im Vergabenachprüfungsverfahren ein Sachvortrag, dass die zur Kündigung berechtigten Tatsachen von einigem Gewicht sind und dass sie die Ausschlussentscheidung des Auftraggebers nachvollziehbar erscheinen lassen. Der Auftraggeber muss für die Ausschlussentscheidung nicht abwarten, dass die Rechtmäßigkeit der Kündigung in einem Zivilprozess festgestellt wird. Die Vergabekammer bzw.

## Vergaberecht

der Vergabesenat muss die Rechtmäßigkeit der streitigen Kündigung auch nicht selbst im Wege einer vollumfänglichen Inzidentprüfung mit u. U. langwieriger Beweisaufnahme klären. Dem steht der Beschleunigungsgrundsatz des Vergabenaachprüfungsverfahrens entgegen.

Bei den Anforderungsmaßstäben an die Feststellung, ob der Bieter im Rahmen seiner Tätigkeit nachweislich eine schwere Verfehlung begangen hat, ist besonders zu berücksichtigen, wenn sich der Bieter wieder für den Auftrag bewirbt, dessen Ausführung ihm zuvor gekündigt worden war. In einem solchen Fall genügt das Vorbringen gewichtiger Indiztatsachen, die auf gesicherten Erkenntnissen aus seriösen Quellen beruhen und die Entscheidung nachvollziehbar machen. Dazu zählt etwa, dass die mangelhafte Leistung den öffentlichen Auftraggeber in tatsächlicher und finanzieller Hinsicht deutlich belastet hat.

*Zu allen vergaberechtlichen Fragestellungen stehen Ihnen gerne zur Verfügung:*

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

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

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





# Arbeitsrecht

## Das neue Entgelttransparenzgesetz – Was kommt auf Ihr Unternehmen zu?

**Der Bundestag hat am 30.03.2017 das Gesetz zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen (Entgelttransparenzgesetz – EntgTranspG) beschlossen (BT-Drucks. 18/11133). Das Gesetz tritt am Tag nach seiner Verkündung im Bundesgesetzblatt, also bereits in diesen Wochen, in Kraft. Ziel des Gesetzes ist die Durchsetzung des Gebots des gleichen Entgelts für Frauen und Männer bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit. Neben einer Reihe allgemeiner Vorschriften, die inhaltlich im Wesentlichen denen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) entsprechen, sieht das Gesetz dazu mehrere Instrumentarien vor:**

### Individueller Auskunftsanspruch der Beschäftigten

Beschäftigte in Betrieben oder Dienststellen mit in der Regel mehr als 200 Beschäftigten können zukünftig vom Arbeitgeber in Bezug auf eine konkret zu benennende Vergleichstätigkeit Auskunft über das an die Beschäftigten des anderen Geschlechts gezahlte durchschnittliche monatliche Bruttoentgelt sowie bis zu zwei einzelne Entgeltbestandteile verlangen, § 10 Abs. 1 EntgTranspG.

Die Auskunftsverpflichtung des Arbeitgebers bezieht sich zum einen auf die Kriterien und Verfahren der Entgeltfindung, also die Entgeltregelungen, die die Grundlage für die Festlegung des Entgelts bilden (z.B. tarifvertragliche Vorschriften oder betriebliche Entgeltregelungen), und zum anderen auf das Entgelt für die Vergleichstätigkeit als solches.

Die Vergleichstätigkeit muss die bzw. der Beschäftigte bereits in seinem Auskunftsverlangen konkret benennen. Dabei muss es sich um eine gleiche oder gleichwertige Tätigkeit handeln. Die Begriffe sind in § 4 EntgTranspG näher definiert. Beschäftigte üben die gleiche Arbeit aus, wenn sie an verschiedenen oder nacheinander an denselben Arbeitsplätzen eine identische oder gleichartige Tätigkeit ausüben. Sie müssen sich bei Bedarf ersetzen können. Beschäftigte üben eine gleichwertige Arbeit aus, wenn sie unter Zugrundelegung einer Gesamtheit von Faktoren als in einer vergleichbaren Situation befindlich angesehen werden können. Zu den zu berücksichtigenden Faktoren gehören unter anderem die Art der Arbeit, die Ausbildungsanforderungen und die Arbeitsbedingungen.

Die Auskunft über das Vergleichsentgelt erfolgt durch Angabe des auf eine Vollzeitbeschäftigung hochgerechneten statistischen Medians des durchschnittlichen monatlichen Bruttoentgelts bzw. der benannten konkreten Entgeltbestandteile, jeweils bezogen auf das letzte Kalenderjahr.

In einem ersten Schritt ist also das Durchschnittsgehalt der einzelnen Beschäftigten der Vergleichsgruppe zu errechnen. Maßgeblich ist der weite Entgeltbegriff des § 5 Abs. 1 EntgTranspG. Danach zählen zum Entgelt im Sinne des Entgelttransparenzgesetzes alle Grund- oder Mindestarbeitsentgelte sowie alle sonstigen Vergütungen, die unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistungen erbracht werden. Damit fallen z.B. auch Weihnachtsgratifikationen, Jubiläumsgelder und Leistungen der betrieblichen Altersversorgung unter den Entgelt-

## Arbeitsrecht

begriff. Die Formulierung „in bar“ ist nicht wörtlich zu verstehen; es zählen selbstverständlich auch Geldleistungen dazu, die im Wege der Banküberweisung erbracht werden.

In einem zweiten Schritt ist dann der statistische Median zu ermitteln. Diesen bildet der zentrale Wert einer der Größe nach sortierten Auflistung von Zahlenwerten, hier der jeweiligen Durchschnittsgehälter.

Beispiel

1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 = Median: 4

Ist die Anzahl der Zahlenwerte gerade und lässt sich der zentrale Wert daher nicht ohne Weiteres bestimmen, bildet der Mittelwert der beiden mittleren Zahlenwerte den Median.

Beispiel

1, 2, 3, 4, 5, 6 = Median: 3,5

Das Vergleichsentgelt muss der Arbeitgeber aus datenschutzrechtlichen Gründen allerdings nur dann angeben, wenn die Vergleichstätigkeit von mindestens sechs Beschäftigten des jeweils anderen Geschlechts ausgeübt wird. In vielen kleineren Betrieben wird der Auskunftsanspruch schon deshalb ins Leere laufen.

Existiert ein Betriebsrat, ist das Auskunftsverlangen grundsätzlich an diesen zu richten. Der Betriebsrat kann jedoch verlangen, dass der Arbeitgeber die Auskunftspflicht übernimmt. Ebenso kann der Arbeitgeber die Erfüllung der Auskunftspflicht für einen konkreten Fall oder generell (längstens für die Dauer der Amtszeit des amtierenden Betriebsrats) an sich ziehen. Tarifgebundene und tarifanwendende Arbeitgeber können die Beantwortung von Auskunftsverlangen durch Vereinbarung auf Vertreter der Tarifvertragsparteien übertragen.

Der Anspruch ist in Textform geltend zu machen und innerhalb von drei Monaten vom Arbeitgeber zu beantworten. Unterlässt der Arbeitgeber die Beantwortung, führt dies bei nicht tarifgebundenen oder tarifanwendenden Arbeitgebern zu einer Beweislastumkehr. In einem möglichen Prozess, in dem die bzw. der Beschäftigte ein höheres Gehalt einklagt, wird dann vermutet, dass eine Entgeltbenachteiligung wegen des Geschlechts vorliegt und der Arbeitgeber muss das Gegenteil beweisen.

Beschäftigte können den Auskunftsanspruch erstmalig sechs Monate nach Inkrafttreten des Gesetzes geltend machen.

### Freiwilliges betriebliches Prüfverfahren

Nach § 17 Abs. 1 EntgTranspG sind private Arbeitgeber mit in der Regel mehr als 500 Beschäftigten „aufgefordert“, mithilfe betrieblicher Prüfverfahren ihre Entgeltregelungen und die verschiedenen gezahlten Entgeltbestandteile sowie deren Anwendung regelmäßig auf die Einhaltung des Entgeltgleichheitsgebots zu überprüfen. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass Unternehmen dieser Größe technisch und personell so organisiert sind, dass sie die erforderlichen Daten und Angaben mit vertretbarem Aufwand erfassen können. Die Durchführung des Prüfverfahrens ist freiwillig. Der Gesetzgeber empfiehlt eine regelmäßige Durchführung alle fünf Jahre.

Das Prüfverfahren muss aus drei Phasen bestehen: der Bestandsaufnahme, der Analyse und dem Ergebnisbericht. Im Übrigen kann der Arbeitgeber Analyseverfahren und Arbeitsbewertungsverfahren frei wählen, solange die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats gewahrt werden. Dieser ist rechtzeitig und unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen über die Planung des betrieblichen Prüfverfahrens zu unterrichten. Neue Mitwirkungsrechte sind nicht geschaffen worden.

## Arbeitsrecht

Über die Ergebnisse des Prüfverfahrens sind die Beschäftigten zu informieren. Wird im Rahmen des betrieblichen Prüfverfahrens festgestellt, dass Beschäftigte in Bezug auf das Entgelt wegen ihres Geschlecht benachteiligt werden, ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Benachteiligung ohne schuldhaftes Zögern zu beseitigen. Die Entgeltbenachteiligung kann zudem ganz erhebliche Nachforderungsansprüche der Beschäftigten nach sich ziehen.

Die Vorschriften zum betrieblichen Prüfverfahren finden unmittelbar nach Inkrafttreten des Gesetzes Anwendung.

### Berichtspflichten im Bundesanzeiger

Während das betriebliche Prüfverfahren auf freiwilliger Basis beruht, sind Arbeitgeber, die in der Regel mehr als 500 Personen beschäftigen und darüber hinaus lageberichtspflichtig gem. §§ 264, 289 HGB sind, gem. § 21 Abs. 1 EntgTranspG verpflichtet, in regelmäßigen Abständen einen Bericht zur Gleichstellung und zur Entgeltgleichheit zu erstellen.

Darin haben die Unternehmen die von ihnen getroffenen Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern und deren Wirkung sowie die getroffenen Maßnahmen zur Herstellung von Entgeltgleichheit darzustellen. Unternehmen, die weder Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung noch solche zur Herstellung von Entgeltgleichheit treffen, müssen dies in ihrem Bericht begründen. Darüber hinaus muss der Bericht nach Geschlecht aufgeschlüsselte Angaben zu der durchschnittlichen Gesamtzahl der Beschäftigten sowie der durchschnittlichen Zahl der Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigten enthalten. Der Bericht ist dem Lagebericht gem. § 289 HGB als Anlage beizufügen und im Bundesanzeiger zu veröffentlichen. Tarifgebundene und tarifanwendende Arbeitgeber müssen den Bericht alle fünf Jahre erstellen, alle anderen

Arbeitgeber alle drei Jahre.

Der Bericht ist erstmalig im Jahr 2018 für das Jahr 2016 zu erstellen. Danach hat eine lückenlose Berichterstattung für die jeweils letzten drei bzw. fünf Kalenderjahre zu erfolgen.

*Für weitere Fragen zu Inhalt und Umsetzung des neuen Entgelttransparenzgesetzes stehen Ihnen gerne zur Verfügung:*

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

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





# Kartellrecht

## Der rechtmäßige Umgang mit Daten – Teil 1: Kartellrechtlicher Informationsaustausch

**Das Urteil des Oberlandesgerichts (OLG) Düsseldorf vom 26.01.2017 (Az.: V-4 Kart 4/15 OWI) im sog. Süßwarenkartell hat es erneut verdeutlicht: Bereits der Austausch sensibler Informationen zwischen Wettbewerbern kann einen bußgeldbewehrten Verstoß gegen das Kartellrecht darstellen. Teil 1 unserer Reihe zum Informationsaustausch beleuchtet daher die kartellrechtlichen Risiken.**

### Süßes, Pikantes und letztlich Saures

Das OLG Düsseldorf kommt in seiner viel beachteten Entscheidung zu dem Ergebnis, dass die vom Bundeskartellamt (BKartA) bebußten Süßwarenhersteller untereinander sensible Informationen ausgetauscht haben. Hierzu diene ihnen der „Arbeitskreis Konditionenvereinigung“. Das Pikante: Den Süßwarenherstellern ging es nach den Feststellungen des OLG maßgeblich darum, gemeinsam der Nachfragemacht der großen Lebensmittelhandelsketten entgegenzuwirken. Konkrete Preisabsprachen waren hingegen nicht Gegenstand der Koordinierung. Gleichwohl bestätigte das OLG Düsseldorf die Rechtsauffassung des Bundeskartellamts,

wonach bereits der bloße Austausch sensibler Informationen die Vermutung begründe, dass sich Unternehmen auf dieser Grundlage koordiniert und damit nicht mehr eigenständig am Markt verhielten. Das führe regelmäßig zu einer Beschränkung des Wettbewerbs und damit zu einem Kartellverstoß. Dass das OLG Düsseldorf die Bußgelder in seinem Urteil noch erhöht hat, sei hier nur als Randnotiz erwähnt. Auch wenn die Sache voraussichtlich vom Bundesgerichtshof entschieden werden wird, zeigt die Handhabe des BKartA und des OLG Düsseldorf ganz deutlich, dass der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern immer strenger und mit den entsprechenden Konsequenzen gehandhabt wird.

### Risiken in der Praxis vermeiden

Der kartellrechtlich entscheidende Faktor ist, dass die Behörden und Gerichte den bloßen Austausch von Informationen bereits als wettbewerbschädlich werten. Es kommt nicht mehr darauf an, dass diese Informationen nachfolgend und nachweisbar genutzt werden, um Vereinbarungen oder Abreden zu Preisen, Konditionen,

# Kartellrecht

Kunden oder Gebieten zu treffen. Mit Blick auf die unternehmensinterne Compliance ist es daher entscheidend, bereits den Abfluss und Zufluss sensibler Informationen aktiv und mit Problembewusstsein zu steuern.

Die typischen Konstellationen, in denen sich die Frage nach der kartellrechtlichen Zulässigkeit des Informationsaustauschs stellt, sind die folgenden:

- **Verbandstätigkeit:** Die Verbandstätigkeit gilt mit Recht als kartellrechtlicher Klassiker. Im Zuge der Verbandsarbeit darf es weder dazu kommen, dass in Arbeitsgruppen oder bei Verbandstreffen sensible Informationen wie Umsätze, Marktanteile, Kundeninformationen, Unternehmens-, Preis- und Vertriebsstrategien ausgetauscht werden, noch dürfen solche Angaben über verbandsweite Informationssysteme an alle Mitglieder ausgegeben werden. Letzteres ist selbst bei pseudonymisierten Daten problematisch, wenn sich ohne Weiteres ersehen oder errechnen lässt, welchem Verbandsmitglied welche Werte und Zahlen zuzuordnen sind.
- **Gemeinschaftsunternehmen:** Gemeinschaftsunternehmen (GU) zwischen Wettbewerbern bergen erhebliche kartellrechtliche Risiken in sich. So besteht das Hauptbedenken stets darin, dass sich die Mütter mithilfe des GU über Kunden, Gebiete und Preise austauschen. Um einen solchen kartellrechtswidrigen Informationsaustausch zu verhindern, muss bei einem GU sichergestellt sein, dass die Unternehmensführung eigenständig handelt und imstande ist, die jeweiligen Informationsbestände ihrer Gesellschafter zu trennen und einen Abfluss an die jeweils andere Seite zu verhindern. Im Einzelfall überlagert das Kartellrecht in diesen Fällen das Gesellschaftsrecht, das bestimmte Informationspflichten und Informationsansprüche vorsieht.
- **Sonstige Kooperationsformen:** Auch sonstige Kooperationsformen, wie im Bereich der Forschung und Entwicklung oder Spezialisierung, bergen kartellrechtliche Risiken in sich, insbesondere mit Blick auf den Austausch technischer Spezifikationen oder Entwicklungsstände. Sowohl in der Anbahnungs- als auch in der Durchführungsphase muss bei diesen speziellen Kooperationsformen stets darauf geachtet werden, dass sich der Austausch von Informationen auf die Angaben beschränkt, die für die jeweilige Phase zwingend erforderlich sind. Auch muss geregelt sein, wie nach Beendigung mit den sensiblen Daten zu verfahren ist.
- **Unternehmenskauf:** Einen weiteren Problemfall bilden Unternehmenskäufe zwischen Wettbewerbern. Anerkannt ist, dass zum Erwerbszweck, bspw. im Rahmen einer due-dilligence ein Datenaustausch stattfinden darf, um den Verkaufsprozess und die Verhandlungen zu ermöglichen. Auch hier muss darauf geachtet werden, dass der

## Kartellrecht

Informationsaustausch auf das Maß beschränkt wird, das sachlich zwingend erforderlich ist, um die jeweilige Phase abzuschließen. Zudem muss geregelt sein, dass im Fall eines nicht erfolgreichen Verkaufsprozesses die Daten beim erfolglosen Käufer dauerhaft gelöscht werden.

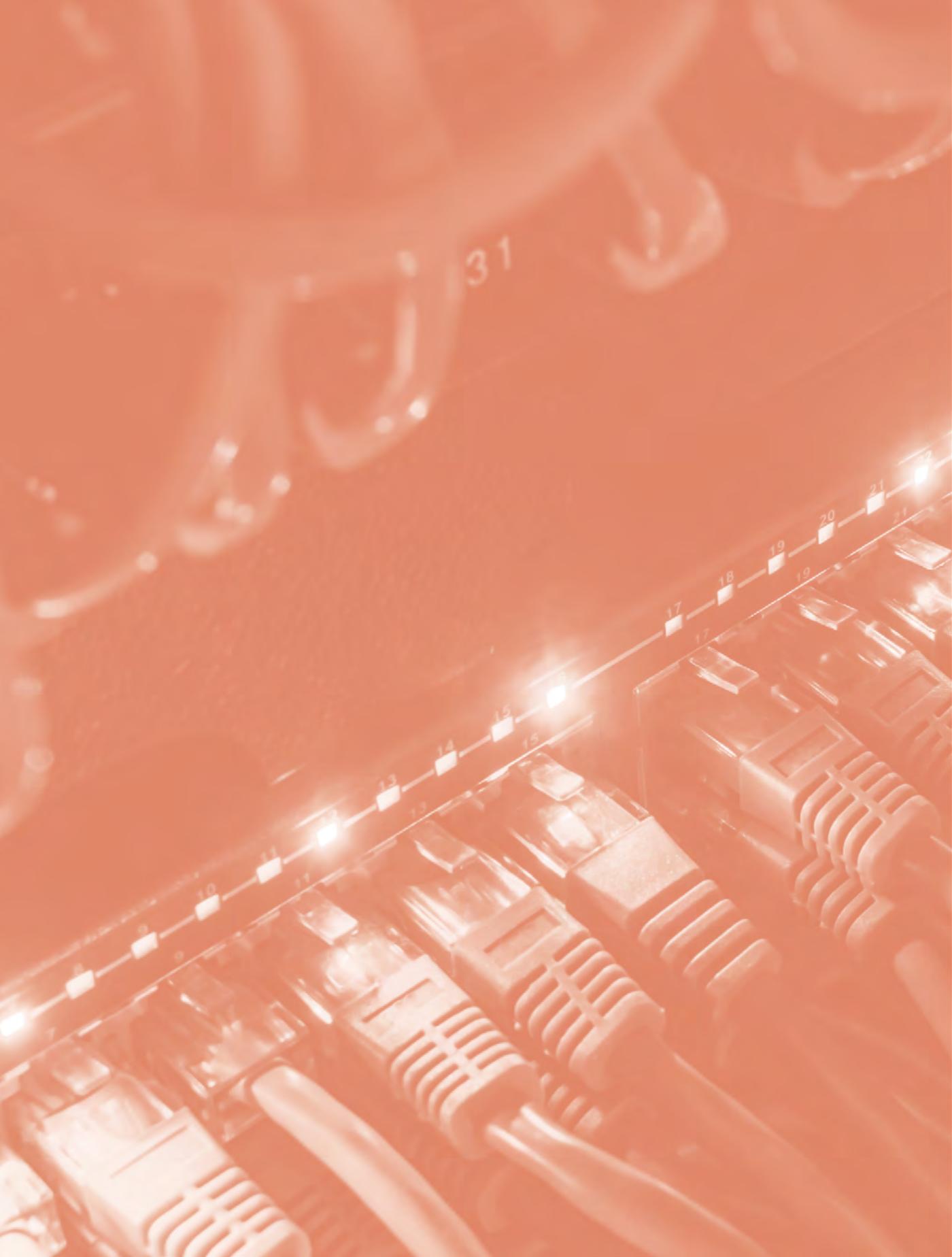
Neben der rechtlichen Risikobewertung und der Identifizierung kartellrechtlich relevanter Sachverhalte besteht für Unternehmen die weitergehende Aufgabe darin, die kartellrechtlichen Vorgaben auch technisch, also beispielsweise IT-seitig durch „chinese walls“ und Zugriffskonzepte und im Arbeitsalltag beispielsweise durch „clean teams“, umzusetzen, um bereits dem Verdacht eines Informationsaustauschs wirksam entgegenzutreten.

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

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

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





# Datenschutz

## Der rechtmäßige Umgang mit Daten – Teil 2: Datenschutzrechtliche Übermittlung

**Die Übermittlung personenbezogener Daten in die USA steht erneut auf dem juristischen und politischen Prüfstand. Das neu geschaffene privacy-shield Abkommen, das den rechtssicheren Datentransfer in die USA sicherstellen soll, wird derzeit mit Klagen vor dem Europäischen Gerichtshof angegriffen. Gleichzeitig droht die EU-Kommission der neuen US-Administration mit einer Kündigung des Abkommens, wenn dessen Inhalte nicht eingehalten würden. Grund genug für Unternehmen, sich auch angesichts der kommenden Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) mit dem Problem Datenübermittlung zu befassen, nicht nur bei einer Übermittlung in die USA. Teil 2 unserer Reihe zum Informationsaustausch beleuchtet daher datenschutzrechtliche Risiken.**

### Die Datenübermittlung als Datenverarbeitung

Regelmäßig stellt der Transfer personenbezogener Daten eine erlaubnispflichtige Datenverarbeitung dar. Das bedeutet, dass auch die bloße Übermittlung von einer Einwilligung oder einer gesetzlichen Erlaubnis gedeckt sein muss (§ 4 Abs. 1 BDSG). Im Übrigen sind regelmäßig folgende Konstellationen bei der Datenübermittlung zu beachten:

- **Datenübermittlung vs. Auftragsdatenverarbeitung:** Die derzeitige Rechtslage trennt ausdrücklich zwischen einer erlaubnispflichtigen Datenübermittlung und der erlaubnisfreien (und daher privilegierten) Auftragsdatenverarbeitung. Die Abgrenzung kann im Einzelfall schwierig sein, wenn es darauf ankommt, ob dem Datenempfänger eine echte Funktion übertragen wird (dann eher Datenübermittlung) oder bloße, weisungsgebundene Hilfsaufgaben zukommen (dann eher Auftragsdatenverarbeitung). Die Auftragsdatenverarbeitung muss weder von einer Einwilligung gedeckt noch muss sie gesetzlich erlaubt sein. Sobald Daten die EU verlassen, ist auch bei einer Auftragsdatenverarbeitung eine erlaubnispflichtige Übermittlung gegeben.
- **Kein Konzernprivileg:** Das Datenschutzrecht kennt kein Konzernprivileg. Das bedeutet, dass auch die Datenübermittlung zwischen Tochtergesellschaften oder von Tochter- an Muttergesellschaft (und umgekehrt) im Ausgangspunkt untersagt ist und daher von einer Einwilligung oder einer gesetzlichen Erlaubnis gedeckt sein muss. Sachverhalte mit Drittstaatenbezug – insbesondere USA: Ein Dauerbrenner des deutschen und euro-

päischen Datenschutzrechts ist die Übertragung personenbezogener Daten in Drittstaaten, also Staaten außerhalb der EU. Nach dem aufsehenerregenden Safe-Harbor-Urteil des EuGH sorgt mittlerweile das sog. privacy shield Abkommen für ein angemessenes Datenschutzniveau in den USA, sodass eine Datenübermittlung insoweit zulässig sein kann. Bis zu einem Urteil des EuGH werden Unternehmen auf das privacy shield vertrauen können, wenn das Empfänger-Unternehmen nach diesem zertifiziert ist. Auch können weiterhin die EU-Standardvertragsklauseln verwendet werden oder genehmigte sog. Binding Corporate Rules.

### Was tun als Datenübermittler?

Ein Unternehmen, das Daten an ein anderes Unternehmen übermitteln will, hat sich zunächst zu fragen, ob dies im Rahmen einer sog. Auftragsdatenverarbeitung gem. § 11 BDSG erfolgen soll. Liegt eine Auftragsdatenverarbeitung vor, muss sichergestellt sein, dass die nach § 11 BDSG zwingend erforderlichen vertraglichen Vorkehrungen getroffen sind. Liegt nach der rechtlichen Evaluierung eine Datenübermittlung vor, ist zu prüfen, ob diese von einer Einwilligung gedeckt oder alternativ gesetzlich erlaubt ist. Hier gelten die allgemeinen datenschutzrechtlichen Maßstäbe. Die Sonderfälle des konzerninternen Datenflusses sowie der Drittstaatenbezug sind stets zu berücksichtigen. Im Übrigen gilt Folgendes: Sobald die Daten rechtmäßig an einen Dritten übermittelt wurden, begründet dies seine datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit. Verstößt der Dritte sodann eigenmächtig gegen Datenschutzrecht, ist dies dem ursprünglichen Datenübermittler i.d.R. nicht mehr zurechenbar.

### Was tun als Datenempfänger?

Auch der Datenempfänger wird sich mit datenschutzrechtlichen Fragen auseinandersetzen müssen. Das Erheben, also das planmäßige In-Empfang-Nehmen sowie das nachfolgende Speichern von Daten stellt eine erlaubnispflichtige Datenverarbeitung im Sinne des Gesetzes dar. Eine seltene Ausnahme mag hier für aufgedrängte Datenbestände gelten, die man ohne eigenes Zutun von einem Dritten erhalten hat. Auch der Datenempfänger wird sich daher fragen müssen, ob seine Datenverarbeitung von einer Einwilligung gedeckt oder gesetzlich erlaubt ist. Er kann dabei nicht ohne Weiteres auf die Aus- oder Zusagen des Datenübermittlers vertrauen, denn mit der Datenerhebung wird er die datenschutzrechtlich verantwortliche Stelle samt aller damit einhergehenden Rechte und Pflichten. Falschangaben mögen im Ernstfall zum Schadensersatz berechtigten, gegenüber Behörden und Betroffenen bleibt der Datenempfänger aber voll in der Pflicht. Es gibt also keinen „gutgläubigen Erwerb“ personenbezogener Daten.

### Neuerungen durch die DSGVO?

Ab Mai 2018 gilt mit der DSGVO das neue, einheitliche europäische Datenschutzrecht, das Datenschutzverstöße mit empfindlichen Bußgeldern belegt. Die Neuerungen im Bereich der Datenübermittlung betreffen zum einen die Frage nach der Privilegierung der Auftragsdatenverarbeitung und deren vertraglicher Ausgestaltung. Hier ist Anpassungsbedarf erforderlich, sowohl bei der rechtlichen Vorabprüfung als auch bei der Gestaltung der Verträge. Auftragsdatenverarbeiter unterliegen künftig einer deutlich größeren Verantwortung und müssen eigene Verarbeitungsverzeichnisse führen; daneben bleibt der Auftraggeber in der Verantwortung.

## Datenschutz

Zum anderen ist die Übermittlung in Drittstaaten neu gestaltet worden: Hier stellt sich auf erster Stufe die grundlegende Frage, wann eine Übermittlung eine erlaubnispflichtige Datenverarbeitung darstellt – die rechtlichen Vorgaben hierzu werden deutlich unklarer. Auf der zweiten Stufe, der stets notwendigen Absicherung eines angemessenen Datenschutzniveaus im Empfängerland, verschärft die DSGVO einerseits die bisherigen Vorgaben, andererseits gibt sie Unternehmen eine Reihe neuer Instrumente an die Hand: Beispielsweise eine Zertifizierung oder die Genehmigung von Verhaltensregeln als Instrument der Selbstregulierung können im Einzelfall deutlich praktikabler sein, als die bereits bisher zur Verfügung stehenden Optionen von EU-Standardvertragsklauseln oder Binding Corporate Rules. Zum Stichtag im Mai 2018 umgestellt werden muss die Datenübermittlung in Drittländer allerdings nicht: Solange die Kommission und die Aufsichtsbehörden nicht tätig werden, gelten Angemessenheitsbeschlüsse wie das privacy shield, die EU-Standardvertragsklauseln und genehmigte Binding Corporate Rules auch nach Inkrafttreten der DSGVO fort.

Zu einer generellen Erlaubnis des konzerninternen Datenflusses hat sich der Verordnungsgeber schließlich nicht durchringen können, auch diese müssen daher weiterhin gerechtfertigt werden. Unternehmen sind in der Verantwortung, die neuen Maßgaben umzusetzen, um auch künftig die Datenübermittlung rechtssicher zu gestalten.

*Zu allen datenschutzrechtlichen Fragestellungen stehen Ihnen gerne zur Verfügung:*

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

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





# Know-how-Schutz/Geistiges Eigentum

## Der rechtmäßige Umgang mit Daten – Teil 3: Unternehmensgeheimnisse

**Daten erhalten ihre Bedeutung durch die in ihnen enthaltenen Informationen. Auf diesen Informationen basiert Wissen, dessen wirtschaftliche Bedeutung in den letzten Jahren und Jahrzehnten rasant gestiegen ist. In nahezu allen Branchen ist Wissen zu einer zentralen Unternehmensressource geworden. Der strukturelle Wandel von arbeitsintensiven zu wissensintensiven Geschäftsfeldern im internationalen Wettbewerb hat dazu geführt, dass Wissen und Know-how echte Wettbewerbsvorteile bedeuten. Ihr Verlust kann für ein Unternehmen hingegen sogar existenzbedrohende Konsequenzen haben. In einer wissensbasierten Ökonomie sind der rechtmäßige Umgang mit und der Schutz von Know-how daher von elementarer Bedeutung.**

### Rechtlicher Schutz von Know-how

Der rechtliche Schutz wertvollen Wissens kann zunächst durch die Rechte des Geistigen Eigentums, insbesondere durch die technischen Schutzrechte (Patent, Gebrauchsmuster) und das Urheberrecht, erreicht werden. Als „Gegenleistung“ für die Erteilung eines zwar ausschließlichen, allerdings territorial beschränkten Schutzrechts muss der Anmelder eines Patents oder Gebrauchsmusters allerdings sein Wissen offenlegen und hierdurch den Stand der Technik bereichern. Die Offenlegung kann zum Verlust des durch Wissen vermittelten Wettbewerbs-

vorteils führen, wenn das Schutzrecht nach Prüfung der Anmeldung nicht erteilt wird. Auch im Falle der Erteilung kann sich durch die Offenlegung das Risiko der Produktpiraterie erhöhen; insbesondere in solchen Ländern, in denen ein effektiver Schutz des Rechteinhabers nicht gewährleistet ist.

Eine Alternative ist der Schutz wertvollen Wissens als Unternehmensgeheimnis (Know-how). Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen die schützenswerten Informationen die Voraussetzungen für die Erteilung eines Schutzrechts nicht erfüllen oder die Nachteile einer Offenlegung die aus der Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts resultierenden Vorteile überwiegen. Geheimes Wissen kann nicht missbraucht werden. Im deutschen Recht werden Unternehmensgeheimnisse und Vorlagen vor allem durch die §§ 17, 18 UWG sowohl straf- als auch zivilrechtlich geschützt. Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis „jede im Zusammenhang mit einem Betrieb stehende Tatsache, die nicht offenkundig, sondern nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt ist und nach dem bekundeten Willen des Betriebsinhabers, der auf einem ausreichenden wirtschaftlichen Interesse beruht, geheim gehalten werden soll“. Geschäftsgeheimnisse beziehen sich auf den kaufmännischen Bereich des Unternehmens (z.B. Kunden- und Lieferantendaten, Kalkulationsunterlagen,

## Know-how-Schutz/Geistiges Eigentum

Vertragsunterlagen), Betriebsgeheimnisse betreffen dagegen technische Aspekte (z.B. Konstruktionspläne, Fertigungsmethoden). Insbesondere der Umgang mit Kundenlisten ist daher gefahrträchtig: Sie bestehen definitionsgemäß nahezu ausschließlich aus personenbezogenen Daten; ihre Verwendung unterliegt den strengen datenschutzrechtlichen Bestimmungen und findet ihre Grenzen in den Regeln des Know-how-Schutzes.

Der Geheimnisschutz bietet für Unternehmen gleichermaßen Chancen und Risiken. Während der rechtliche Geheimnisschutz hilft, wirtschaftlich bedeutendes Wissen auch außerhalb des Kanons der Rechte des Geistigen Eigentums zu schützen und Wettbewerbsvorteile zu erhalten, drohen für den Fall der Verletzung fremden Know-hows wegen seines teils immensen Wertes erhebliche straf- und zivilrechtliche Konsequenzen.

### Rechtmäßiger Umgang mit Unternehmensgeheimnissen

Gemäß § 17 UWG macht sich strafbar, wer als Beschäftigter eines Unternehmens Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse einem Dritten unbefugt mitteilt, wer sich ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis unbefugt verschafft oder sichert, oder ein auf solche Weise erlangtes Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis unbefugt verwertet oder jemandem mitteilt. Eine vergleichbare Bestimmung findet sich in § 18 UWG für Vorlagen und Vorschriften technischer Art (z.B. Zeichnungen, Modelle, Schablonen, Schnitte, Rezepte). Darüber hinaus stehen demjenigen, dessen Know-how verletzt wurde, gegen den Schädiger zivilrechtliche Ansprüche auf Schadensersatz, Unterlassung, Beseitigung (insbesondere durch Herausgabe oder Vernichtung der Träger von Unternehmensgeheimnissen) und Auskunft zu.

Die Rechtsprechung lässt eine Tendenz erkennen, den Schutz von Unternehmensgeheimnissen auf Grundlage der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des UWG zunehmend dem Recht des Geistigen Eigentums anzugleichen. So hat das OLG Stuttgart in einem jüngeren Urteil entschieden, dass dem Geschädigten im Falle der unbefugten Verwertung eines Unternehmensgeheimnisses ein sog. selbstständiger Auskunftsanspruch gegen den Schädiger zusteht, aus dem auch Auskunft darüber verlangt werden kann, durch wen und auf welche Weise der Schädiger an die Unternehmensgeheimnisse gelangt ist. Damit dieser Anspruch nicht zum stumpfen Schwert wird, kann der Schädiger regelmäßig nicht einwenden, dass ihm die begehrte Auskunft unzumutbar wäre, weil er sich oder einen Dritten möglicherweise der strafrechtlichen Verfolgung aussetzen würde (OLG Stuttgart, Urteil vom 08.10.2015, Az.: 2 U 25/15).

Haftungsrisiken ergeben sich dabei keinesfalls nur in den gravierenden Fällen von Wirtschaftskriminalität und Industriespionage. Unternehmen können auch durch alltägliche und im Ausgangspunkt völlig legitime Maßnahmen wie Personalwechsel oder Entwicklungskooperationen in den Besitz sensibler Informationen kommen, die als Unternehmensgeheimnisse geschützt sind. Die Unternehmensleitung hat sicherzustellen, dass fremdes Know-how auch in diesen Fällen nicht rechtswidrig verwendet wird. Zu beachten ist insoweit, dass Unterlassungs-, Beseitigungs- und Auskunftsansprüche kein Verschulden voraussetzen und bereits die „versehentliche“ Verwendung geschützten Wissens rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann. Insbesondere im Geschäftsverkehr mit US-Unternehmen ist festzustellen, dass die versehentliche Nutzung des Know-hows von Wettbewerbern, etwa im Zuge des Wechsels von Arbeitnehmern zu Konkurrenten, erhebliche Haftungsrisiken mit sich bringt. Mit entsprechend gründlichen Screening-

## Know-how-Schutz/Geistiges Eigentum

Prozessen versuchen die betroffenen Unternehmen, den Risiken einer versehentlichen Verwendung fremden Wissens zu begegnen. Auch im deutschen Recht ist nicht ausgeschlossen, dass ein Unternehmen wegen eines Organisationsverschuldens auch dann auf Schadensersatz haftet, wenn die Verwendung fremder Unternehmensgeheimnisse nicht von der Unternehmensleitung veranlasst wurde. Effektive Maßnahmen, die den rechtmäßigen Umgang mit Unternehmensgeheimnissen sicherstellen, sollten daher Teil eines jeden Compliance Management-Systems sein.

### Sicherung eigener Unternehmensgeheimnisse

Auch wenn Know-how insbesondere auf Grundlage der §§ 17, 18 UWG rechtlich geschützt ist und die Rechtsprechung bemüht ist, diesen Schutz effektiv auszugestalten, bleibt Know-how sensibel und leicht verletzlich. Insbesondere können auf Wissen basierende Wettbewerbsvorteile irreversibel verloren gehen, wenn Unternehmensgeheimnisse unbefugt offenbart werden. Für das betroffene Unternehmen kann dies gravierende Konsequenzen haben, da die Durchsetzung und Realisierung der aus der Verletzung resultierenden Ansprüche mit Unwägbarkeiten verbunden ist.

Zentraler Bestandteil jeder Unternehmensstrategie sollte daher insbesondere in wissensintensiven Branchen der Schutz vor Verlust von Know-how sein. Neben faktischen Maßnahmen (z.B. Zugangskontrollen, Einbruchschutz, IT-Sicherheit, Personalauswahl und -führung) spielen dabei auch rechtliche Instrumente eine große Rolle. Um den Verlust oder den Missbrauch von Know-how zu verhindern, ist insbesondere das Vertragsmanagement von zentraler Bedeutung. Hierbei gilt es, durch die interessengerechte Gestaltung von Lizenzverträgen, Forschungsverträgen, Kooperationsvereinbarungen oder

Arbeits- und Dienstverträgen sowie dem Abschluss von Geheimhaltungsvereinbarungen dem Verlust von Know-how bereits präventiv entgegenzutreten.

*Zu allen Fragen des Know-how-Schutzes oder des Schutzes Ihres Geistigen Eigentums stehen Ihnen gerne zur Verfügung:*

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

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





# Wasserrecht

## Novellierung des anlagenbezogenen Gewässerschutzes – AwSV schafft endlich bundeseinheitliche Standards

**Die Verordnung über Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen (AwSV) wurde am 21. April 2017 nach mehrjährigem Gesetzgebungsverfahren im Bundesgesetzblatt verkündet und tritt ganz überwiegend am 1. August 2017 in Kraft. Mit ihr werden endlich bundeseinheitliche Regelungen für Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen (z.B. Tankanlagen für Brennstoffe oder Produktionsanlagen für Chemikalien) geschaffen und dazu die bislang in den jeweiligen VAWS der Bundesländer festgelegten Anforderungen vereinheitlicht. Mit der Novellierung gehen jedoch nicht unerhebliche Verschärfungen der Anforderungen und Erhöhungen des bürokratischen Aufwandes bei dem Umgang mit wassergefährdenden Stoffen einher.**

### Aufnahme von Abfällen

Zentrale Neuregelungen betreffen den Anwendungsbereich der Verordnung. Zu den geregelten Stoffen, Gemischen und Zubereitungen zählen nach der Begründung des Verordnungsentwurfs ausdrücklich auch Abfälle. Diese waren auch

bislang vom Anwendungsbereich umfasst, soweit sie ein entsprechendes Potential zur Wassergefährdung aufwiesen. Die Änderung rückt jedoch die entsprechenden Stoffe in den ausdrücklichen überwachungsbehördlichen Fokus, was zumindest dazu führen wird, dass bisherige Lücken im Gesetzesvollzug geschlossen werden. Abfälle gelten als allgemein wassergefährdende feste Gemische, es sei denn, sie sind aufgrund ihrer Herkunft oder Zusammensetzung unschädlich (§ 3 Abs. 2). Sie unterliegen damit bestimmten Erleichterungen gegenüber anderen wassergefährdenden Stoffen. Sie können abweichend eingestuft werden, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind.

Neu ist ferner, dass oberirdische Anlagen mit einem Volumen von bis zu 0,22 m<sup>3</sup> flüssiger wassergefährdender Stoffe oder einer Masse von 0,2 t gasförmiger oder fester wassergefährdender Stoffe außerhalb von Schutzgebieten und Überschwemmungsgebieten aus dem Anwendungsbereich der Regelungen ausgeschlossen sind (§ 1 Abs. 2) und damit keinen besonderen Anforderungen unterliegen.

### Pflicht zur Selbsteinstufung

Als eine zentrale Neuerung sieht die AwSV die Pflicht der Betreiber von Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen vor, nicht bereits in Wassergefährdungsklassen eingestufte Stoffe und Gemische selbst einzustufen sowie die damit einhergehende Prüfung und Bewertung der Stoffe zu dokumentieren (§ 4). Die Stoffe sind entweder als nicht wassergefährdend oder in eine Wassergefährdungsklasse einzustufen. Diese Verpflichtung zur Selbsteinstufung gilt nicht für als allgemein wassergefährdend geltende Stoffe. Solange ein Stoff noch nicht eingestuft ist, gilt er als stark wassergefährdend (WGK 3). Feste wassergefährdende Stoffe können in eine Wassergefährdungsklasse oder als nicht wassergefährdend eingestuft werden. Ansonsten gelten sie weiterhin als allgemein wassergefährdend. Die Einstufung ist zu dokumentieren.

### Umgestaltung der Eignungsfeststellung

Wesentlich ist auch die Konkretisierung der bereits seit 2010 durch §§ 62, 63 WHG vorgegebene Gestaltung des Instrumentes der Eignungsfeststellungspflicht. Die Eignungsfeststellung ist als klassische Form der wasserbehördlichen Präventivkontrolle nach § 62 WHG für „LAU-Anlagen“ (Anlagen zum Lagern, Abfüllen und Umschlagen wassergefährdender Stoffe) vorgesehen (§ 41). Die bisherige Kategorie der „Anlagen einfacher und herkömmlicher Art“ und die Ausnahme dieser Anlagen von der Pflicht zur Eignungsfeststellung entfällt. Zukünftig ist eine Eignungsfeststellung nicht erforderlich für Anlagen der Gefährdungsstufe A und bei Vorlage bestimmter sachverständiger Nachweise. Dieser Gefährdungsstufe werden Anlagen zum Umgang mit Stoffen der WGK 2 bis 1 t oder

der WGK 1 bis 100 t zugeordnet (§ 39 Abs. 1). Eine Eignungsfeststellung ist u. a. auch bei Anlagen mit einem Volumen von bis zu 1 m<sup>3</sup> nicht erforderlich, die doppelwandig sind oder über ein Rückhaltevolumen verfügen, das das gesamte in der Anlage vorhandene Volumen zurückhalten kann. Ausnahmen gelten ebenfalls bei bestimmten Typenzulassungen. Auch für Heizölverbraucheranlagen ist eine Eignungsfeststellung nicht erforderlich.

### Konkrete Anforderungen an Anlagen werden von Gefährdungsstufen abhängig

Die maßgeblichen Anforderungen an die Gestaltung und Überwachung der Anlagen werden von Gefährdungsstufen (A bis D) abhängig gemacht, die nach der Menge und der Wassergefährdungsklasse der Stoffe ermittelt werden, mit denen in der Anlage umgegangen wird (§ 39). Dies betrifft insbesondere die Pflicht zur Anzeige bei Inbetriebnahme (ab Gefährdungsstufe B bei oberirdischen Anlagen mit flüssigen wassergefährdenden Stoffen) sowie die neue Anzeigepflicht bei Betreiberwechsel (ebenfalls ab Gefährdungsstufe B), § 40. Ferner nimmt die Verordnung verschiedene Anforderungen an die Löschwasserrückhaltung auf (§ 20) und betritt auch insofern Neuland, war die Löschwasserrückhaltung bislang in entsprechenden baurechtlichen Vorschriften der Bundesländer vorgesehen. Ferner sind Prüfpflichten vor Inbetriebnahme und bei einer wesentlichen Änderung ab der Gefährdungsstufe B erforderlich sowie eine Prüfpflicht alle fünf Jahre ab Gefährdungsstufe C (§ 46). Bei flüssigen wassergefährdenden Stoffen der WGK 2 mit mehr als 10 t und weniger als 100 t wird die Anlage der Gefährdungsstufe C zugeordnet. Die Grundsatzanforderungen sind ähnlich dem bisheri-



gen Recht ausgestaltet. Die Anforderungen können für Anlagen in Überschwemmungsgebieten und Hochwasserschutzgebieten verschärft werden. In den Detailanforderungen wird nicht mehr zwischen der Anlagenkategorie „HBV“ (Herstellen, Behandeln, Verwenden) und „LAU-Anlagen“ (Lagern, Abfüllen, Umschlagen) unterschieden, sondern die jeweils betroffenen Anlagentypen werden bei den relevanten Pflichten aufgelistet. Auch für Fass- und Gebindelager werden Anforderungen definiert (§ 31). Die Gebinde z.B. müssen gefahrgutrechtlich zugelassen sein und das Lager muss über eine ausreichende Rückhaltung verfügen. Diese wird nach der Größe des Lagers bestimmt (z.B. 3 % bei einem Volumen von mehr als 100 t und weniger als 1000 t).

### Organisatorische Anforderungen

Den Betreiber treffen ferner eine Reihe organisatorischer Anforderungen. Er hat zu dokumentieren, welche Anlagenteile zu einer Anlage gehören und wo die Schnittstellen zu anderen Anlagen liegen (§ 14). Ferner hat er eine Anlagen dokumentation zu führen (§ 43). Er muss Betriebsanweisungen mit einem Überwachungs-, Instandhaltungs- und Notfallplan vorhalten und Sofortmaßnahmen zur Abwehr von Gewässerschäden festlegen (§ 44). Das Betriebspersonal ist mindestens einmal jährlich zu unterweisen. Wesentliche Änderungen der Anlagen, die z.B. zu einer Änderung der Gefahreinstufung führen, sind der Behörde sechs Wochen vorher anzuzeigen (§ 40).

### Ausdrückliche Abweichungsmöglichkeit

Die AwSV sieht ferner die Möglichkeit der Behörde vor, von der Verordnung im Einzelfall

durch weniger strenge Anforderungen abzuweichen, sofern die Anforderungen an den anlagenbezogenen Gewässerschutz dennoch erfüllt werden (§ 16). Diese Regelung ist ausdrücklich zu begrüßen, stellen die derzeitigen VAWS der Bundesländer, die eine solche Abweichungsmöglichkeit nicht vorsehen, den Gesetzesvollzug häufig vor das Problem, dass zu strenge Anforderungen an Anlagen gestellt werden müssen, die dem im Einzelfall geringen Gefährdungspotential nicht entsprechen. Umgekehrt können die zuständigen Behörden auch strengere Anforderungen anordnen, wenn aufgrund der Besonderheiten im Einzelfall ein ausreichender Schutz nicht gewährleistet ist (§ 16).

### Komplizierter Bestandsschutz

Die Verordnung enthält umfangreiche Regelungen zum Bestandsschutz (§§ 66 ff.). Die AwSV orientiert sich nur teilweise an der früher in den landesrechtlichen VAWS häufig anzutreffenden Regelung, nach der Verschärfungen für bestehende Anlagen erst im Falle einer behördlichen Anordnung gelten. Eine solche Regelung sieht die Verordnung für den Fall vor, dass die Änderung der Einstufung eines Stoffes zu neuen Anforderungen führt (§ 68). Diese sind erst zu erfüllen, wenn die Behörde dies anordnet. Die organisatorischen Anforderungen gelten grundsätzlich sofort, ebenso die materiellen Anforderungen, soweit sie denjenigen Anforderungen aus dem bisherigen Landesrecht entsprechen. Wiederkehrend prüfpflichtige Anlagen sind durch einen Sachverständigen zu überprüfen. Er hat festzustellen, inwieweit für die Anlage neue Anforderungen greifen und hat dies der Behörde mit dem Prüfbericht mitzuteilen. Die Behörde kann dann die technischen oder organisatorischen Maßnahmen zur Mängelbe-

## Wasserrecht

hebung anordnen. Beseitigungs- oder Stilllegungsanordnungen können grundsätzlich nicht getroffen werden. Bei wesentlicher Änderung der Anlage gelten die Anforderungen jedoch sofort. Die Fristen für die Pflichten zur erstmaligen wiederkehrenden Prüfung bestehender Anlagen laufen ab dem Zeitpunkt der letzten nach landesrechtlicher VAWS erfolgten Prüfung (§ 70). Wenn die Anlagen nach bisherigem Landesrecht keiner Pflicht zur regelmäßigen Prüfung unterlagen, laufen in Abhängigkeit vom Alter der Anlagen bestimmte Fristen (§ 70). Diese reichen von einer sofortigen Prüfung bei Inbetriebnahme vor 1971 bis hin zu einer Frist von 8 Jahren bei einer Inbetriebnahme ab 1994.

Für die Bestandsanlagen sind die Übergangsvorschriften sorgfältig zu prüfen. Ferner ist es wichtig, den aktuellen rechtlichen Zustand der Anlagen zu kennen, da mögliche Abweichungen von den bisherigen rechtlichen Vorgaben den Bestandsschutz gefährden können. Ferner ist für aktuell in der Planung befindliche Anlagen darauf zu achten, dass diese den demnächst geltenden Anforderungen entsprechen. Abhängig von den aktuellen landesrechtlichen Regelungen ergeben sich vereinzelt auch Erleichterungen. Die Regelungen sind gerade wegen der bundesweiten vereinheitlichenden Wirkung sehr zu begrüßen. Ferner geht die Vereinheitlichung mit einer erheblichen Ausdehnung und Ausdifferenzierung der rechtlichen Anforderungen einher. Wirkliche Rechtssicherheit wird aber erst dann einkehren, wenn die bereits angekündigte Verordnung zur Berichtigung bereits erkannter Fehler kommt, die für kommendes Jahr angekündigt ist.

*Für weitere Fragen zur Novellierung des anlagenbezogenen Gewässerschutzes steht Ihnen gerne zur Verfügung:*

**Dr. Cedric C. Meyer**  
**+49 (0) 221 650 65-222**  
**[cedric.meyer@loschelder.de](mailto:cedric.meyer@loschelder.de)**





# Arbeitsrecht

## Neue Regeln für unternehmensnahe Dienstleistungen

**Viele Unternehmen setzen Fremdfirmen als Dienstleister im Rahmen von Dienst- oder Werkverträgen ein, häufig zur Wahrnehmung von Aufgaben, die nicht mit dem unmittelbaren Unternehmenszweck zusammenhängen. Typische Beispiele hierfür sind Reinigungsdienstleistungen oder Leistungen des Facilitymanagements, aber auch sonstige Hilfsfunktionen wie Speditions- oder Logistikaktivitäten oder die EDV-Unterstützung. Je enger diese Dienstleistungen in die Abläufe des Unternehmens integriert sind, umso stärker stellt sich die Frage, ob tatsächlich ein Dienst- oder Werkvertrag vorliegt oder ob die eingesetzten Mitarbeiter im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung tätig werden.**

Für die Arbeitnehmerüberlassung gelten, vor allem auf Grundlage des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG), zahlreiche Sonderregelungen, von der Genehmigungspflicht über das grundsätzlich geltende Gleichstellungsgebot bei der Vergütung bis hin zur ab dem 01.04.2017 neu eingeführten Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten. Diese besonderen Regelungen für die Arbeitnehmerüberlassung führen dazu,

dass nicht jede betriebliche Hilfsfunktion als Arbeitnehmerüberlassung gestaltet werden kann. Vor allem die Überlassungshöchstdauer erschwert es, Dauerfunktionen als Arbeitnehmerüberlassung durch Fremdpersonal wahrnehmen zu lassen, da zumindest ein regelmäßiger Austausch der Leiharbeiter erforderlich wäre und laufend Erfahrung und Routine verloren gingen.

Damit wird häufig die saubere und rechtlich tragfähige Abgrenzung zwischen einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag und einem Werkvertrag relevant. Gegen die Risiken dieser Abgrenzung, die im Detail durchaus heikel sein kann, hatten sich viele Unternehmen in der Vergangenheit dadurch abgesichert, dass der Auftragnehmer vorsorglich eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis vorlegen musste. Diese sicherte den Vertrag für den Fall einer falschen Typenwahl ab: Zwar konnte die vorsorgliche Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis nicht sämtliche Schwierigkeiten der falschen Typenauswahl beseitigen, insbesondere kam es fast immer zu Verstößen gegen den Gleichstellungsgrundsatz, aufgrund dessen die Leih-

Arbeitnehmer grundsätzlich des gleichen Entgelt wie die Stammbesellschaft erhalten müssen, und gegen die Beteiligungsrechte des Betriebsrats; die Hauptfolgen einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis – der Übergang der Arbeitsverhältnisse sowie hohe Bußgelder – konnten jedoch vermieden werden.

Diese Möglichkeit der Absicherung, deren Rechtmäßigkeit vom Bundesarbeitsgericht bestätigt worden war, hat der Gesetzgeber ab dem 01.04.2017 gestrichen – bewusst, um die Arbeitgeber zu einer sorgsameren Vertragsgestaltung und Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträgen zu zwingen.

Für die Unternehmen entsteht damit ein unmittelbarer Handlungsdruck, um zu verhindern, dass sich neue, aber auch langjährig gelebte Werk- bzw. Dienstverträge als Arbeitnehmerüberlassung darstellen. Grundsätzlich müssen daher sämtliche Dienst- und Werkverträge überprüft und gegebenenfalls angepasst werden. Auf den Prüfstand gestellt werden müssen auch weitere in der Vergangenheit bewährte Formen der Kooperation von Unternehmen, beispielsweise auch die Tätigkeit von Unternehmensberatern, gerade, wenn diese enger in betriebliche Abläufe eingebunden sind und Managementaufgaben wahrnehmen.

Das AÜG nennt nunmehr, in Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung, als Grundkriterien für die Arbeitnehmerüberlassung die Einglie-

derung in den Betrieb des Auftragnehmers sowie die Abhängigkeit der Mitarbeiter von dessen Weisungen. Wichtig ist, dass nicht lediglich die vertraglichen Vereinbarungen geprüft werden: Nach der neuen Gesetzesfassung ist eine von der vertraglichen Vereinbarung abweichende tatsächliche Durchführung auch dann maßgeblich, wenn diese vom Willen der Vertragsschließenden abweicht. Untersucht werden muss daher auch, wie das Vertragsverhältnis von den beteiligten Arbeitnehmern tatsächlich gelebt wird. Wenn auf der Arbeitsebene Fremdfirmenmitarbeiter wie eigene Arbeitnehmer eingesetzt werden, hilft eine Regelung im Vertrag, die genau das ausschließt, nicht mehr weiter.

Grundlage für eine saubere vertragliche Gestaltung ist eine klare Trennung der jeweiligen Weisungssphären. Die Fremdfirmenmitarbeiter müssen in eine eigene, vom Auftraggeberbetrieb unabhängige betriebliche Organisation des Auftragnehmers eingegliedert sein; es muss, auch bei enger räumlicher Zusammenarbeit, eine klare Trennung im Sinne eines „Betriebs im Betrieb“ vorliegen. Dies erfordert im Regelfall, dass Führungskräfte des Auftragnehmers vor Ort tätig sind und die Arbeiten organisieren. Eine (Mit-)Steuerung des Einsatzes durch Mitarbeiter des Auftraggebers ist demgegenüber problematisch.

Weiterhin erforderlich ist für die Vertragsgestaltung eine möglichst genaue Beschreibung des Vertragsgegenstandes: Die vom Auftragnehmer

geschuldete Leistung muss ausführlich und präzise so beschrieben sein, dass der Auftragnehmer diese möglichst unabhängig von Vorgaben des Auftraggebers erstellen kann. Hier ist zu beobachten, dass die Gerichte an die vertragliche Fixierung des Leistungsgegenstandes zunehmend strengere Anforderungen stellen.

Ein weiterer Aspekt, der in Zukunft möglicherweise größere Bedeutung gewinnen wird, ist die Frage, inwieweit äußere Umstände der Zusammenarbeit zumindest als Indiz für eine Eingliederung herangezogen werden können. Hier war, etwa in Bezug auf die räumlich nahe Unterbringung der Mitarbeiter oder die Nutzung von Betriebsmitteln des Auftraggebers, die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in der Vergangenheit arbeitgeberfreundlich, indem fast ausschließlich auf die organisatorisch-formalen Aspekte der Weisungsunterworfenheit abgestellt wurde. Hier deutet sich jedoch in einer Reihe Entscheidungen eine Neuorientierung an. Von einer unveränderten Fortführung der alten Rechtsprechung kann, auch aufgrund eines Wechsels der Senatszuständigkeit beim Bundesarbeitsgericht, nicht sicher ausgegangen werden.

*Für weitere Fragen zum Recht der unternehmensnahen Dienstleistungen und anderen arbeitsrechtlichen Fragestellungen steht Ihnen gerne zur Verfügung:*

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





# Mietrecht

## LG Berlin: Neues zu Schönheitsreparaturklauseln

**Die Parteien des vor dem Landgericht Berlin geführten Rechtsstreits hatten im Jahr 2001 einen Mietvertrag geschlossen. Nach einvernehmlicher Beendigung des Mietvertrages im Jahre 2015 gab der Beklagte die Wohnung zurück, ohne vorher Schönheitsreparaturen durchgeführt zu haben. Die Vermieterin machte für diese unterlassenen Schönheitsreparaturen Schadensersatz geltend. Die Klage wurde vom Landgericht Berlin in zweiter Instanz als unbegründet zurückgewiesen.**

Vornahmeklausel oder Entgeltklausel – AGB-Verstoß liegt in beiden Fällen vor

Das LG Berlin hat in seinem Urteil vom 09.03.2017 (Az.: 67 S 7/17) festgestellt, dass die streitgegenständliche Klausel „Die Kosten der Schönheitsreparaturen trägt der Mieter.“ gegen AGB-Recht (§ 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB) verstößt und daher wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters unwirksam ist.

Selbst als – eigentlich wirksame – Vornahmeklausel (bei der der Mieter die Schönheitsreparaturen selbst vorzunehmen hat) soll die streitgegenständliche Regelung nach dem Urteil des LG Berlin wegen Verstoßes gegen AGB-rechtliche Bestimmungen (§§ 536 Abs. 4, 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB) unwirksam sein: Eine Vereinbarung, die den Wohnraummieter einschränkungslos zur Vornahme von Schönheitsreparaturen verpflicht-

et, sei unzulässig. Denn die gebotene „kundenfeindlichste“ Auslegung ergebe, dass vom Vermieter gestellte Vornahmeklauseln die Gewährleistungsrechte des Mieters, wie zum Beispiel Minderung, ausschließen, sofern und solange er der Vornahme der Schönheitsreparaturen nicht nachkomme.

Unangemessene Benachteiligung des Mieters – auch wenn die Mietsache renoviert übergeben wurde?

Bisher wurde nach ständiger – auch höchstrichterlicher – Rechtsprechung die Abwälzung der Last der Durchführung von Schönheitsreparaturen dann als unangemessene Benachteiligung des Mieters gewertet, wenn die Mietsache unrenoviert oder renovierungsbedürftig an den Mieter übergeben wurde. So entschied der BGH bereits im Jahr 2015 (BGH, Urteil vom 18.3.2015, Az.: VIII ZR 185/14), dass eine solche formularvertragliche Überwälzung der laufenden Schönheitsreparaturen nur dann wirksam vereinbart werden kann, falls die Verpflichtung des Mieters zur Beseitigung vorvertraglicher Abnutzungsspuren durch einen vom Vermieter gewährten Ausgleich kompensiert wird. Durch diesen Ausgleich soll der Mieter wirtschaftlich so gestellt werden, als sei ihm renovierter Wohnraum überlassen worden. Die Parteien können sich etwa dafür entscheiden, dass der Mieter zum Ausgleich für den Renovierungs-

## Mietrecht

aufwand für eine bestimmte Zeit weniger oder gar keine Miete zu entrichten hat.

Das Landgericht Berlin geht mit seiner Entscheidung nun noch weiter als der BGH bisher: Das Erfordernis einer angemessenen Ausgleichsleistung soll unabhängig davon bestehen, ob die Mietsache zu Mietbeginn renoviert oder unrenoviert überlassen wurde.

Zum einen stehe einem solchen Erfordernis nicht entgegen, dass die Rechtsprechung es bislang in bestimmten Fällen für zulässig erachtet habe, die Durchführung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter abzuwälzen; denn der Gesetzgeber habe beim Mietrechtsreformgesetz auf eine Kodifizierung der Möglichkeit der Abwälzung der Schönheitsreparaturen durch den Vermieter an den Mieter explizit verzichtet, sodass das Erfordernis einer Ausgleichzahlung insoweit kein Recht der Vermieter verletze. Zum anderen gehe der tatsächliche und wirtschaftliche Aufwand, der mit der Abwälzung der laufenden Schönheitsreparaturlast einer renovierten Mietsache verbunden ist, in der Regel bereits weit über den einer kompensationspflichtigen Anfangsrenovierung hinaus, weil die Durchführung der Schönheitsreparaturen zur Vermeidung oder Beseitigung nicht lediglich unerheblicher Dekormängel im Verlauf eines häufig langen Mietverhältnisses nicht nur einmal, sondern mehrfach erforderlich werde.

Die damit verbundene tatsächliche und wirtschaftliche Belastung des Mieters gebiete zur Vermeidung unangemessener Nachteile – nicht anders als bei einer unrenoviert überlassenen Mietsache – auch entweder eine kostenmäßige Begrenzung oder die Gewährung eines angemessenen Ausgleichs durch den Vermieter. Eine solche Ausgleichsleistung war hier aber nicht gegeben: Zum einen müsse sie „klar und deutlich“ vereinbart sein, was vorliegend nicht der Fall war. Zum anderen würde kein Mieter eine Leistung als angemessen ansehen,

die der gesetzlichen Regelung des § 535 Abs. 1 S. 2 BGB (nach der der Vermieter die Mietsache während der Mietzeit in zum Wohnen geeignetem Zustand zu erhalten hat) widerspricht und eine der Höhe nach unbegrenzte Abwälzung der Schönheitsreparaturenlast vorsieht.

### Folgen für die Vermietungspraxis

Es stellt sich die Frage, inwieweit sich die restriktiven Tendenzen der Rechtsprechung im Bereich der Schönheitsreparaturen weiter durchsetzen werden. Die Möglichkeiten des Vermieters werden hierbei jedenfalls immer weiter beschnitten. Dies gilt im Übrigen nicht nur für das Wohnraummietrecht. Die entsprechenden Grundsätze finden vielmehr in weiten Teilen auch auf das Gewerbemietrecht Anwendung. So hat der BGH etwa im Hinblick auf Schönheitsreparaturklauseln bereits 2005 (BGH, Urteil vom 06.04.2005, Az.: XII ZR 308/02) ausdrücklich klargestellt, dass nicht zwischen Wohnraummieta und Gewerbemiete zu unterscheiden sei.

Bislang hatten sich sowohl im Wohnraummietrecht als auch im gewerblichen Mietrecht „Schönheitsreparaturklauseln“ als gängige Praxis auf dem Markt durchgesetzt. Der BGH hat hierzu schon im Jahr 2004 (BGH, Urteil vom 14.07.2014, Az.: VIII ZR 339/03) ausdrücklich bestätigt, dass die Abwälzung von Schönheitsreparaturen Verkehrssitte geworden sei, wonach Mieter es als selbstverständlich ansehen, die Schönheitsreparaturen zu tragen.

Fraglich ist nun, ob die aktuellen Entwicklungen dazu führen, dass diese Praxis nicht ohne weiteres vermietenseits bei Neuvermietungen aufrechterhalten werden kann. Zu empfehlen ist daher, bestimmte Eckpunkte bei der Gestaltung von Schönheitsreparaturklauseln sowohl in Wohnraum- als auch in gewerblichen Mietverträgen zu berücksichtigen; hierzu zählen insbesondere:

## Mietrecht

- Die Pflichten des Mieters im Hinblick auf die Schönheitsreparaturen sollten unter Berücksichtigung der Vorgaben der Rechtsprechung hinreichend klar bestimmt werden.
- Es können dem Mieter keine starre Fristen für die Durchführung von Renovierungsarbeiten aufgegeben werden. Es kommt vielmehr auf die Erforderlichkeit der Arbeiten an.
- Der Renovierungszustand der Mietsache bei Mietbeginn ist zu berücksichtigen. Eine Anfangsrenovierung ohne angemessene Entschädigung ist unwirksam.
- Endrenovierungsklauseln sind grundsätzlich unwirksam und führen über einen Summierungseffekt auch zur Unwirksamkeit der laufenden Renovierungspflichten.
- Unter Berücksichtigung der aktuellen Tendenzen empfiehlt es sich zudem, auch bei renoviert übergebener Mietsache explizit zu regeln, was nach der bislang gängigen Praxis nur konkludent vereinbart wurde: Dass die Übernahme der Schönheitsreparaturen durch den Mieter in bestimmter Höhe bei der Berechnung des Mietzinses oder durch eine sonstige Entschädigung berücksichtigt wurde.

*Für weitere Fragen zur Vertragsgestaltung und allen anderen mietrechtlichen Fragestellungen stehen Ihnen gerne zur Verfügung:*

**Dr. Stefan Stock, MScRE**  
+49 (0) 221 650 65-286  
stefan.stock@loschelder.de

**Dr. Nikolai Wolff**  
+49 (0) 221 650 65-183  
nikolai.wolff@loschelder.de

**Kathrin Schiller, LL.M.**  
+49 (0) 221 650 65-286  
kathrin.schiller@loschelder.de





# Wettbewerbsrecht

## Der Schutz des Verbrauchers im Lauterkeitsrecht

Wird ein Lebensmittel auf den Markt gebracht, dessen Zusammensetzung gegen gesetzliche Vorgaben verstößt, oder wird bei der Gestaltung der Verpackung gegen die gesetzlichen Bestimmungen der Etikettierung verstoßen, so greift die Lebensmittelbehörde mit Ordnungsmitteln ein. Das gilt auch und sogar verstärkt im Bereich der Arzneimittel. Auch hier werden Herstellung und Handel durch den Staat überwacht. Auch bei kartellrechtlichen Verstößen – unzulässige Absprachen, unzulässige Zusammenschlüsse – wacht das Bundeskartellamt darüber, dass die Bestimmungen des GWB, des Kartellrechts, eingehalten werden.

Anders ist dies im Lauterkeitsrecht. Ist eine Werbung irreführend, wird in der Auslobung einer Ware das eigene Produkt unzulässig mit dem Produkt der Konkurrenz verglichen, greift keine Ordnungsbehörde ein. Es ist Sache der Mitbewerber und bestimmter rechtsfähiger Verbände oder qualifizierter Einrichtungen, auch der Industrie- und Handelskammern und der Handwerkskammern, gegen solche

Verletzungen des Lauterkeitsrechts vorzugehen. Diese dem Zivilrecht zugewiesene Selbstregulierung ergibt sich seit mehr als 100 Jahren aus den Bestimmungen des UWG, des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. Die Mitbewerber haben die Möglichkeit, unzulässige Werbung mit der Unterlassungsklage anzugreifen. Auch Schadensersatz können sie geltend machen, wobei die Unterlassungsansprüche, die insbesondere im einstweiligen Verfügungsverfahren geltend gemacht werden können, überwiegen.

Seit einigen Jahrzehnten beschränkt sich das UWG unter dem europäischen Einfluss nicht mehr darauf, im Interesse der Mitbewerber für die Lauterkeit der Werbung Sorge zu tragen. Seit der grundlegenden Reform im Jahre 2004 dient das Gesetz auch und zunehmend vorrangig dem Schutz der Verbraucher. Allerdings ist der Verbraucher selbst nicht befugt, Wettbewerbsverstöße im Klagewege anzugreifen. Er kann allenfalls Wettbewerbsvereine oder andere hierfür befugte Institutionen auf unzu-

lässige Werbung hinweisen und anregen, dass diese tätig werden sollen. In der Regel sind solche Anregungen auch erfolgreich. Mit der Durchsetzung der Unterlassungsansprüche, sei es im Wege der Klage oder der einstweiligen Verfügung, werden Verstöße abgestellt. Es gibt keinen Staat in der EU, in dem so viele gerichtliche Entscheidungen wegen Wettbewerbsverstößen ergangen sind, wie in Deutschland.

Durch die Ausdehnung des Gesetzeszwecks auf den Schutz des Verbrauchers ist aber eine Lücke aufgetreten, und zwar im Hinblick auf die Geltendmachung von Schäden, die der Verbraucher erlitten hat. Unterlassungsansprüche wirken grundsätzlich nur in die Zukunft. Die Vorteile, die ein Gewerbetreibender durch den Wettbewerbsverstoß zulasten der Verbraucher gehabt hat, verbleiben ihm. Das gilt insbesondere für die sogenannten Streuschäden. Streuschäden sind Schäden, die bei einer Vielzahl von Verbrauchern in kleinem Umfang anfallen, die, multipliziert mit der Anzahl der betroffenen Verbraucher, aber zu Vorteilen in Millionenhöhe führen können. Ein gutes Beispiel hierfür sind die Kostenerstattungen, die z.B. Telefongesellschaften gegenüber ihren Kunden bei Verstößen gegen – zumeist in allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelten – Vertragspflichten verlangen. So berechnen Telefongesellschaften häufig für Rückbuchungen, die notwendig werden, weil das Konto des Kunden nicht gedeckt ist, einen Kostenersatz zwischen 10,00 und 20,00 Euro, obwohl nach AGB-Recht nur die tatsächlich angefallenen Kosten geltend gemacht werden dürfen. Diese

liegen etwa bei 4,00 Euro. Diese Differenz von 6,00 bis 16,00 Euro, die den einzelnen Verbraucher kaum spürbar belastet, führt durch die Vielzahl der Verstöße zu unberechtigten Mehreinnahmen von jährlich mehr als 10 Mio. Euro. Dieser Vorteil ist für Telefongesellschaften – die hier nur als Beispiel genannt werden – so groß, dass diese häufig ihr rechtswidriges Tun fortsetzen, auch wenn ihnen dies aufgrund eines gerichtlichen Verfahrens verboten wird. Die Ordnungsmittel, die ihnen von den Gerichten auferlegt werden, wiegen nichts im Verhältnis zu den Mehreinnahmen aufgrund der unzulässig überhöhten Kosten.

Diese Lücke hatte der Gesetzgeber bei der Neuschaffung des UWG im Jahre 2004 vorausgesehen und in das UWG § 10 eingefügt, gem. dem die Wettbewerbsvereine und Verbraucherverbände grundsätzlich berechtigt sind, diese sogenannten Streuschäden gerichtlich geltend zu machen, allerdings nicht als eigene Ansprüche, auch nicht als Ansprüche, die irgendwie dem geschädigten Verbraucher zugutekommen sollten, sondern als Ansprüche für den Bundeshaushalt. Die Kosten dieser Verfahren müssen die Wettbewerbsvereine selber aufbringen, können allerdings eine Rückerstattung aus dem Bundeshaushalt verlangen, wenn sie mit ihrer Klage Erfolg haben. Dass dieses Modell nicht erfolgreich sein konnte, wurde bereits 2004 von vielen vorhergesagt. Tatsächlich sind in den vergangenen 13 Jahren nur wenige Prozesse geführt worden.

Year	2010	2011	2012	2013	2014
Revenue	24,750	30,200	19,240	86,200	8,760
Expenses	13,880	7,550	49,650	20,880	36,380
Net Income	10,870	22,650	(30,410)	65,320	(27,620)
Assets	1,240	13,650	25,400	36,870	22,300
Liabilities	36,040	7,810	990	120	600
Equity	34,640	5,840	24,840	3,030	57,650
Revenue	20,200	19,200	8,800	13,860	7,600
Expenses	49,650	7,600	20,650	36,180	34,360
Net Income	(29,450)	11,600	(11,850)	(22,320)	(26,760)
Assets	51,400	21,630	37,700	36,150	10,450
Liabilities	10,470	13,980	8,470	51,400	21,630
Equity	40,930	7,650	29,230		
Revenue	20,200	19,200	8,800	13,860	7,600
Expenses	49,650	7,600	20,650	36,180	34,360
Net Income	(29,450)	11,600	(11,850)	(22,320)	(26,760)
Assets	10,470	13,980	8,470	51,400	21,630
Liabilities	8,470	51,400	21,630	37,700	36,150
Equity	2,000				
Revenue	20,200	19,200	8,800	13,860	7,600
Expenses	49,650	7,600	20,650	36,180	34,360
Net Income	(29,450)	11,600	(11,850)	(22,320)	(26,760)
Assets	10,470	13,980	8,470	51,400	21,630
Liabilities	8,470	51,400	21,630	37,700	36,150
Equity	2,000				
Revenue	20,200	19,200	8,800	13,860	7,600
Expenses	49,650	7,600	20,650	36,180	34,360
Net Income	(29,450)	11,600	(11,850)	(22,320)	(26,760)
Assets	10,470	13,980	8,470	51,400	21,630
Liabilities	8,470	51,400	21,630	37,700	36,150
Equity	2,000				
Revenue	20,200	19,200	8,800	13,860	7,600
Expenses	49,650	7,600	20,650	36,180	34,360
Net Income	(29,450)	11,600	(11,850)	(22,320)	(26,760)
Assets	10,470	13,980	8,470	51,400	21,630
Liabilities	8,470	51,400	21,630	37,700	36,150
Equity	2,000				
Revenue	20,200	19,200	8,800	13,860	7,600
Expenses	49,650	7,600	20,650	36,180	34,360
Net Income	(29,450)	11,600	(11,850)	(22,320)	(26,760)
Assets	10,470	13,980	8,470	51,400	21,630
Liabilities	8,470	51,400	21,630	37,700	36,150
Equity	2,000				

Das kann sich jetzt ändern. Einige Verbraucherverbände sind auf die Idee gekommen, das Kostenrisiko in der Weise abzufangen, dass sie mit einem Prozessfinanzierer einen Vertrag abschließen, gem. dem der Prozessfinanzierer das gesamte Kostenrisiko übernimmt, mit 10 bis 20 % aber auch am Erfolg beteiligt wird. Liegt der Erfolg bei Streuschäden in Höhe von mehr als 10 Mio., ist dies für den Prozessfinanzierer sehr attraktiv. Allerdings steht, wie erwähnt, dieser Betrag nicht dem Wettbewerbsverein zu, der klagt, sondern dem Bundeshaushalt. Zuständig für die Verwaltung des Bundeshaushalts ist in diesem Falle das Bundesamt für Justiz in Bonn. Dieses hat, abgesichert durch eine Stellungnahme des Bundesjustizministeriums, schon im Jahre 2006 signalisiert, dass es bereit ist, den Prozessfinanzierer aus den für den Bundeshaushalt vereinnahmten Geldern zu bezahlen.

Hiergegen haben sich die betroffenen Wettbewerbsverletzer, im vorliegenden Falle wiederum eine Telefongesellschaft, nachdrücklich zur Wehr gesetzt, haben vor den zuständigen Gerichten Rechtsmissbrauch gerügt und sogar das Bundesamt auf Feststellung verklagt, dass die Übernahme dieser Kosten rechtswidrig sei.

Dem ist das OLG Düsseldorf in einer soeben veröffentlichten Entscheidung nicht gefolgt (OLG Düsseldorf, Urteil vom 07.02.2017, Az.: I-20 U 139/15). Das OLG Düsseldorf ist der Auffassung, dass die Einschaltung eines Prozessfinanzierers geradezu ideal ist, den Gesetzeszweck des § 10

UWG zu verwirklichen. Voraussetzung ist allerdings, dass sich die Tätigkeit des Prozessfinanzierers auf die Zusage beschränkt, das Prozesskostenrisiko zu tragen und hierfür einen marktüblichen Anteil am Gewinn zu erhalten. Es dürfen keine sonstigen Absprachen getroffen werden. So darf der Prozessfinanzierer nicht an möglicherweise später geltend gemachten Vertragsstrafen beteiligt werden. Es darf auch keine Verbindung des jeweiligen Prozessbevollmächtigten des Wettbewerbsvereins zu dem Prozessfinanzierer geben. Wenn all dies nicht gegeben ist, sieht das OLG Düsseldorf in dem Vorgehen des Wettbewerbsvereins keinen Rechtsmissbrauch. Auch die Zusage des Bundesamts für Justiz, den Gewinnanteil, der dem Prozessfinanzierer zusteht, zu tragen, wird als rechtmäßig eingestuft. Allerdings hat das OLG Düsseldorf, da es sich hier um eine ungeklärte Rechtsfrage handelt, die Revision zugelassen. Außerdem ist der Rechtsstreit zwischen der Telefongesellschaft und dem Bundesamt für Justiz noch nicht entschieden. Sollte sich allerdings die Meinung des OLG Düsseldorf durchsetzen, ergäbe sich nicht nur ein neues und wahrscheinlich sehr lukratives Feld für die Prozessfinanzierer. All diejenigen, die durch unzulässig überhöhte Kostenpauschalen Gewinne erzielen, deren Umfang bisher nicht bekannt war, weil der einzelne Verbraucher nur mit wenigen Euro belastet wird, müssen zukünftig sehr viel vorsichtiger kalkulieren, da ihnen § 10 UWG, der bisher als ein Flop des Gesetzgebers erschien, wirkliche Schwierigkeiten bereiten kann.

## Wettbewerbsrecht

So erfreulich diese Entwicklung ist, weil ein weit verbreitetes rechtswidriges und für die Verletzer sehr lukratives Tun gestoppt werden kann, so unbefriedigend ist es, dass die ganz offensichtliche Gesetzeslücke, die nach wie vor zulasten der Verbraucher besteht, durch Prozessfinanzierer geschlossen wird. Es gibt daher erste Überlegungen im Justizministerium, § 10 UWG zu ändern bzw. zu ergänzen. Dabei ist nicht daran gedacht, nach amerikanischem Vorbild eine Sammelklage einzuführen. Diese würde allenfalls Rechtsanwälte veranlassen, Verbraucher um sich zu sammeln, um lukrative Prozesse zu führen. Gedacht ist eher daran, Musterklagen zuzulassen, die im Falle des Erfolgs unter bestimmten Voraussetzungen für weitere Prozesse verbindlich wären. Zweckmäßiger wäre es mit Sicherheit, § 10 UWG dahin zu ändern, dass die Wettbewerbsvereine und die sonstigen Institutionen die Streuschäden nicht mehr für den Bundeshaushalt geltend machen müssen, sondern durchaus im eigenen Namen und für sich selbst, wobei ihnen allerdings aufgegeben werden müsste, die vereinnahmten Gelder nicht zur eigenen Bereicherung zu behalten, sondern im Sinne des Verbraucherschutzes wieder auszugeben.

*Für sämtliche Fragen des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb steht Ihnen gerne zur Verfügung:*

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





# Öffentliches Baurecht

## Das urbane Gebiet – Großer Wurf oder verpasste Chance?

**Im März 2017 hat der Gesetzgeber das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2014/52/EU im Städtebaurecht und zur Stärkung des neuen Zusammenlebens in der Stadt beschlossen. Das Gesetz soll noch vor der Sommerpause in Kraft treten. Neben den im Hinblick auf das europäische Recht notwendigen Anpassungen im Hinblick auf die Umweltverträglichkeitsprüfung verfolgt der Gesetzgeber mit der Novelle vor allem das Ziel, die Rahmenbedingungen für die Schaffung von Wohnraum insbesondere in verdichteten Räumen zu verbessern. Zentrales Instrument hierfür ist die Schaffung eines neuen Baugebiets-Typs, nämlich des „urbanen Gebiets“. Dieses erweitert die baurechtlichen Möglichkeiten u.a. bei der Schaffung von Wohnraum sowie von wohnverträglichen gewerblichen Nutzungen.**

### Neuer Gebietstyp in BauNVO

Mit dem urbanen Gebiet soll es ermöglicht werden, Flächen, die hierfür bislang aufgrund der rechtlichen Rahmenbedingungen nicht genutzt werden konnten, für den Wohnungsbau nutzbar zu machen. Dabei soll eine nutzungs-

gemischte Stadt der kurzen Wege verwirklicht werden, in Abkehr von der Funktionstrennung sollen also Wohnen, Arbeiten und Versorgung, aber auch Kultur und Freizeit, in räumlicher Nähe möglich sein. Zu diesem Zweck wird im urbanen Gebiet gem. § 6a BauNVO ein breiter Nutzungsmix möglich sein; zulässig sind dort Wohngebäude, Geschäfts- und Bürogebäude, Einzelhandelsbetriebe, Schank- und Speisewirtschaften, Betriebe des Beherbergungsgewerbes, sonstige Gewerbebetriebe und Analoge für Verwaltungen sowie für kirchliche, kulturelle, soziale, gesundheitliche und sportliche Zwecke. Damit ähnelt das urbane Gebiet auf den ersten Blick dem Mischgebiet gemäß § 6 BauNVO. Jedoch bietet das urbane Gebiet mehr Flexibilität. So muss die Nutzungsmischung dort, anders als im Mischgebiet, nicht gleichgewichtig sein; zulässig wäre also etwa auch eine stark durch Wohnnutzung geprägte Bebauung. Größere Spielräume bei der Aufstellung eines Bebauungsplans für ein urbanes Gebiet bieten auch spezielle Differenzierungsmöglichkeiten, die dem Ziel einer kleinteiligen Grundstücksnutzung dienen: So lässt § 6a Abs. 4 BauNVO es zu, Wohnnutzung im Erdgeschoss an der

Straßenseite auszuschließen, aber auch oberhalb bestimmter Geschosse nur Wohnungen zuzulassen. Auch kann festgesetzt werden, dass ein bestimmter Anteil der Geschossfläche oder eine bestimmte Größe der Geschossfläche für Wohnungen oder gewerbliche Nutzungen zu verwenden ist. Derartige Festsetzungen waren zwar auch schon bislang nach § 1 Abs. 7 BauNVO zulässig, bedurften aber der Rechtfertigung durch besondere städtebauliche Gründe.

Mit dem urbanen Gebiet soll nicht nur eine kleinteilige Grundstücksnutzung ermöglicht, sondern auch durch Nachverdichtung im Innenbereich die Inanspruchnahme zusätzlicher Flächen vermieden werden. Gleichzeitig erfordert das Leitbild der kurzen Wege eine größere bauliche Dichte. Daher wird die Obergrenze für das Maß der baulichen Nutzung in § 17 Abs. 1 BauNVO mit einer GRZ von 0,8 und einer GFZ von 3,0 sehr hoch festgelegt. Sie überschreitet die Obergrenze für Mischgebiete bei weitem und nähert sich den Vorgaben für Kerngebiete an.

### Anpassung der Richtwerte der TA Lärm

Ein weiterer zentraler Aspekt des urbanen Gebiets ist die gleichzeitige Änderung der TA Lärm. Dort werden nun auch Richtwerte für das urbane Gebiet eingeführt, die bei 63 dB(A) tags und 45 dB(A) nachts liegen. Damit übersteigt der Richtwert tags den Wert für das Mischgebiet, also das Gebiet, in dem Wohnen allgemein zulässig ist, mit dem bislang höchsten Richtwert um 3 dB(A). Dies soll es ermöglichen, Flächen für die Wohnnutzung zu erschließen, die dafür bislang nicht in Frage kamen, etwa nahe an Gewerbegebieten oder an großen Frachthäfen,

wie beispielsweise die Hamburger Hafencity. Der Bundesrat hat dieser Änderung der TA Lärm am 31.03.2017 zugestimmt.

### Bewertung der Chancen

Welche Chancen ergeben sich nun aus dieser Novellierung? Zusammengefasst erlaubt das urbane Gebiet eine Vielfalt verschiedener Nutzungen bei größerer baulicher Dichte und einem etwas herabgesetzten Lärmschutz. Das Echo auf diese Neuerungen ist bislang geteilt. Insbesondere beim Lärmschutz gehen die Erleichterungen einigen Betroffenen nicht weit genug. Richtig ist, dass eine Erhöhung des Richtwerts um 3 dB(A) nicht enorm ist. Auch stimmte der Bundesrat der zunächst geplanten Erhöhung auch des Nachtwerts auf 48 dB(A), also ebenfalls um 3 dB(A), nicht zu. Dennoch ist zu bemerken, dass dies nun erstmals erlaubt, über die Grenze von 60 dB(A) tagsüber hinauszugehen. Dies war zuvor nicht einmal in Gemengelage zulässig, denn auch bei der Bildung von Zwischenwerten nach Ziffer 6.7 der TA Lärm sollten die Immissionsrichtwerte für Kern-, Dorf- und Mischgebiete nicht überschritten werden. In einigen Fällen kann die Erhöhung des Richtwerts um 3 dB(A) sicher das Zünglein an der Waage sein.

Kritisiert wird auch, dass die Möglichkeiten des passiven Schallschutzes nicht ausgeweitet werden. Denn die Immissionen von Gewerbebetrieben sind nach der TA Lärm einen halben Meter vor dem geöffneten Fenster zu schutzwürdigen Räumen zu messen. Daraus folgt, dass die Vorgaben der TA Lärm nicht dadurch eingehalten werden können, dass etwa Schall-

schutzfenster wie die „Hamburger Fenster“ für einen niedrigeren Innenraumpegel sorgen. Vielmehr ist der Bauherr darauf verwiesen, durch Gestaltung des Grundrisses (Verlagerung schutzwürdiger Räume) oder Verlagerung der Fenster für die Einhaltung der Richtwerte zu sorgen. Zwar wird § 9 Abs. 1 Nr. 24 BauGB zukünftig die Ergänzung enthalten, dass die technischen Vorkehrungen, die zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen festgesetzt werden können, Maßnahmen zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Geräusche einschließen. Der vom Bundesrat gemachte Vorschlag, Innenraumpegel und passive Schallschutzmaßnahmen zuzulassen, wurde jedoch unter Hinweis auf die Verursacherverantwortung und das Betreiberprinzip abgelehnt. Es bleibt demnach dabei, dass die Einhaltung der Richtwerte im Hinblick auf Gewerbelärm nur durch die bereits genannten Maßnahmen der architektonischen Selbsthilfe, die Errichtung von Schallschutzwänden oder beispielsweise die Realisierung eines Gewerberiegels als „Schalldämpfer“ erreicht werden kann.

Bei der Bewertung der sich aus dem neuen Gebietstyp „urbanes Gebiet“ ergebenden Möglichkeiten ist auch zu berücksichtigen, dass dieser kein faktisches Baugebiet im Sinne des § 34 Abs. 2 BauGB sein kann. Dies ist gem. § 245c Abs. 3 BauGB ausdrücklich ausgeschlossen. Ursprünglich war dieser Ausschluss nur begrenzt bis zum 30.06.2019 vorgesehen. Aus Sorge, dass der sehr weite Nutzungsmix im urbanen Gebiet zu einer schier uferlosen Anwendung über die Figur des faktischen Baugebiets führen würde, wurde die Anwendung des § 34 Abs. 2 BauGB letztlich aber vollständig und unbegrenzt

ausgeschlossen. Im unbeplanten Innenbereich wird das urbane Gebiet daher auf absehbare Zeit und ohne Eingreifen des Gesetzgebers keine Rolle spielen.

Der Praxistest wird sich folglich in der Bauleitplanung der Gemeinden vollziehen. Es ist damit zu rechnen, dass diese – quasi als Testballons – zunächst einige wenige Flächen als urbane Gebiete ausweisen werden. Hier besteht die Möglichkeit für Investoren, im Rahmen der Angebotsbebauungsplanung, aber auch bei einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan entsprechend auf die Gemeinden einzuwirken.

*Für weitere Fragen zur Novellierung des Bauleitplanungsrechts steht Ihnen gerne zur Verfügung:*

**Dr. Maike Friedrich, LL.M.**  
**+49 (0) 221 650 65-334**  
**[maike.friedrich@loschelder.de](mailto:maike.friedrich@loschelder.de)**





# Arbeitsrecht

## Allgemeinverbindlichkeit des Sozialkassenverfahrens im Baugewerbe: Das BAG legt vor – der Gesetzgeber reagiert

**Mit den Beschlüssen vom 21.09.2016 (Az.: 10 ABR 48/15 und 10 ABR 33/15) und 25.01.2017 (Az.: 10 ABR 43/15 und 10 ABR 34/15) hat der 10. Senat des BAG das baugewerbliche Sozialkassensystem ins Wanken gebracht, indem er die Allgemeinverbindlicherklärungen (AVEen) des Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) der Jahre 2008 bis 2014 durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) für unwirksam erklärt hat. Der Gesetzgeber hat auf die Entscheidungen des BAG mit der Verabschiedung des Sozialkassenverfahrensicherungsgesetzes (SokaSiG) reagiert. Das SokaSiG hat Bundestag und Bundesrat bereits passiert und wird kurzfristig in Kraft treten. Diese Entwicklungen sind Grund genug, sich die Besonderheiten des bauarbeitsrechtlichen Sozialkassensystems anzuschauen und die Folgen der BAG-Entscheidungen sowie des SokaSiG für die Praxis zu beleuchten.**

### Einleitung

Das deutsche Bauarbeitsrecht wird bestimmt durch ein dichtes Tarifvertragsgeflecht, das den Besonderheiten des Baugewerbes Rechnung

trägt. Um die branchenspezifischen Nachteile aufzufangen, die aus Schlechtwetterperioden und häufigen Arbeitsplatzwechseln resultieren können, haben die Tarifvertragsparteien darüber hinaus als gemeinsame Einrichtung bereits im Jahr 1949 die Soka-Bau errichtet. Die Soka-Bau setzt die branchenspezifischen Regelungen des VTV und der weiteren Tarifverträge um. Insbesondere verwaltet und sichert sie die Urlaubsansprüche der Arbeitnehmer und erbringt Leistungen in den Bereichen der Berufsausbildung, der Rentenbeihilfen und der Altersversorgung. Grundlage für die Tätigkeit der Soka-Bau ist der VTV in Verbindung mit weiteren bauspezifischen Tarifverträgen. Die Soka-Bau finanziert sich und ihre Leistungen durch Beiträge der Arbeitgeber des Baugewerbes. Um die bereits genannten Besonderheiten im Baugewerbe effektiv regeln zu können und eine flächendeckende Beitragspflicht zu statuieren, wurden die maßgeblichen Tarifverträge seit 2006 stets für allgemeinverbindlich erklärt. Durch diese AVEen des BMAS wurden also auch nicht tarifgebundene Arbeitgeber des Baugewerbes am Sozialkassenverfahren beteiligt. Gegen diese Form einer Zwangsbeteiligung

regte sich seit langem Widerstand bei Arbeitgebern, die trotz ihrer bewussten Entscheidung gegen eine Mitgliedschaft im jeweiligen Arbeitgeberverband aufgrund der AVEen Beiträge zum Sozialkassensystem leisten mussten.

### Beschlüsse des BAG vom 21.09.2016 und 25.01.2017

Mit den Entscheidungen vom 21.09.2016 und 25.01.2017 hat das BAG den Kritikern des Systems der AVE der Sozialkassentarifverträge zu einem (vorläufigen) Sieg verholfen. Aufgrund formaler Fehler hat das BAG die AVEen des VTV der Jahre 2008 bis 2014 für unwirksam erklärt. Zur Begründung stützte sich das BAG zum Teil auf Fehler bei der Berechnung des für die Wirksamkeit einer AVE vormals geforderten 50 %-Quorums. Gemäß § 5 TVG a.F. war erforderlich, dass bei Erlass einer AVE 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer bei den tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigt sind. Daneben führte das BAG zur Begründung teilweise an, dass die jeweils zuständigen Bundesarbeitsminister sich nicht ordnungsgemäß mit den AVEen befasst hätten; darin liege ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip und das Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 20 Grundgesetz.

### (Vorläufige) Auswirkungen der BAG-Entscheidungen

Aufgrund der vom BAG festgestellten Unwirksamkeit der AVEen konnten diese von Oktober 2007 bis Dezember 2014 grundsätzlich keine wirksame Rechtsgrundlage für die Sozialkassenbeitragszahlungen nicht tarifgebundener

Arbeitgeber des Baugewerbes darstellen. Eine zumindest teilweise wirksame Rechtsgrundlage könnten dagegen ältere für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge begründen, da diese nach überwiegender Meinung bis zu ihrer Ablösung durch einen neuen (wirksamen) Tarifvertrag nachwirken. Jedenfalls hinsichtlich einer etwaigen Differenz zwischen der Beitragshöhe aufgrund nachwirkender Tarifverträge und den auf Grundlage der unwirksamen AVEen eingezogenen Beitragszahlungen bestand jedoch kein Rechtsgrund. Gleiches gilt für an die betreffenden Arbeitgeber erbrachte Leistungen der Soka-Bau. Die Folgen für das gesamte Sozialkassensystem der Baubranche wären in ihrer Intensität nicht zu unterschätzen. Die Soka-Bau hätte von nicht tarifgebundenen Arbeitgebern des Baugewerbes jahrelang ohne Rechtsgrundlage Beiträge eingezogen. Spiegelbildlich hätte die Soka-Bau Leistungen an die vorgenannten Unternehmen erbracht, auf die kein Anspruch bestand. Diese ohne Rechtsgrund erlangten Leistungen wären rückabzuwickeln gemäß §§ 812 ff. BGB. Die Soka-Bau sähe sich also erheblichen Rückforderungsansprüchen der nicht tarifgebundenen Bauunternehmen ausgesetzt, denen sie wiederum eigene Rückzahlungsansprüche entgegenhalten könnte.

### Reaktion des Gesetzgebers – SokaSiG

Die vom BAG geschaffene Rechtslage hat den Gesetzgeber dazu veranlasst, zügig ein auf dieses Problem zugeschnittenes Gesetz zu verabschieden, um einerseits gesetzlich eine Rechtsgrundlage zu schaffen, welche die Soka-Bau berechtigt, die gezahlten Beiträge behalten zu dürfen,



und andererseits eigene Rückforderungsansprüche der Soka-Bau auszuschließen. Mit diesem Gesetz werden die Regelungen aller Sozialkassentarifverträge rückwirkend für alle Arbeitgeber verbindlich angeordnet. Da das Gesetz Sachverhalte regelt, die bereits vor seinem In-Kraft-Treten abgeschlossen waren, wurden im Hinblick auf das sog. Rückwirkungsverbot schnell Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des SokaSiG laut. Aus juristischer Sicht werden an eine solche Rückwirkung von Gesetzen hohe Anforderungen gestellt. Ob das BVerfG diese Anforderungen im Rahmen einer etwaigen Verfassungsbeschwerde als erfüllt ansieht, bleibt abzuwarten.

### Folgen für die Praxis

Vor dem Hintergrund dieser rechtlich komplexen Lage stellt sich für baugewerbliche Unternehmen, die mangels Tarifgebundenheit lediglich über die AVEen am Sozialkassensystem beteiligt wurden und werden, die Frage, ob aktuell eine wirksame Beitragspflicht besteht, inwieweit Beiträge für die Vergangenheit noch zu zahlen sind und ob bereits bezahlte Beiträge zurückgefordert werden können.

- Beiträge für das Kalenderjahr 2015 und die darauf folgenden Kalenderjahre

Sozialkassenbeiträge ab dem Kalenderjahr 2015 dürften von den Entscheidungen des BAG und dem SokaSiG nicht betroffen sein. Das oben beschriebene 50 %-Quorum ist aufgrund der Änderung des § 5 TVG weggefallen. Auch sonstige formale Fehler beim Erlass der entsprechenden AVEen sind bisher nicht bekannt. In diese Richtung hat

auch das LAG Berlin-Brandenburg (Beschluss vom 21.07.2016, Az.: 14 BVL 5007/15, 14 BVL 5003/16, 14 BVL 5004/16, 14 BVL 5005/16) entschieden. Jedoch ist insoweit aktuell eine Rechtsbeschwerde beim BAG (Az.: 10 ABR 62/16) anhängig. Vor diesem Hintergrund wäre für nicht tarifgebundene Arbeitgeber des Baugewerbes überlegenswert, die laufenden Sozialkassenbeiträge vorerst nur unter Vorbehalt zu zahlen.

- Noch offene Beiträge aus den Jahren 2008 bis 2014

Grundsätzlich gilt, dass durch das SokaSiG ein Rechtsgrund für die Beitragsforderungen und die empfangenen Leistungen geschaffen wird. Dies würde gegenseitige Rückforderungsansprüche ausschließen. Sollte dem SokaSiG jedoch vom BVerfG die Verfassungsmäßigkeit abgesprochen werden, kämen gegenseitige Rückforderungsansprüche (wieder) in Betracht. Im Hinblick darauf, dass bis zu einer etwaigen Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit des SokaSiG noch einige Zeit ins Land ziehen kann, ist denkbar, offene Beitragsforderungen aus den Jahren 2008 bis 2014 nicht bzw. nur unter Vorbehalt zu zahlen. Insbesondere dann, wenn die Höhe der offenen Beitragsforderungen aus den entsprechenden Jahren ein existenzbedrohendes Niveau für den nicht tarifgebundenen Arbeitgeber im Baugewerbe erreicht, kann es für diesen eine ernsthafte Option sein, die Beiträge einzubehalten und gegebenenfalls gerichtlich gegen die Beitragsforderungen der Soka-Bau vorzugehen.

## Arbeitsrecht

- Bereits gezahlte Beiträge aus den Jahren 2008 bis 2014

Auch hinsichtlich bereits gezahlter Beiträge aus den Jahren 2008 bis 2014 bestehen Handlungsoptionen, insbesondere die Rückforderung geleisteter Beträge. Da, wie bereits beschrieben, durch das SokaSiG – dessen Verfassungsmäßigkeit unterstellt – eine wirksame Rechtsgrundlage geschaffen wird, dürfte eine (gerichtliche) Rückforderung bereits geleisteter Beiträge jedoch lediglich dann angezeigt sein, wenn dies zur Existenzsicherung eines nicht tarifgebundenen Arbeitgebers im Baugewerbe erforderlich erscheint.

### Fazit

Nachdem das BAG den gegenseitigen Leistungen im Rahmen des Sozialkassensystems des Baugewerbes für den Zeitraum von 2008 bis 2014 zunächst den Boden unter den Füßen weggezogen hatte, hat der Gesetzgeber das System nachträglich wieder auf (vorerst) sichere Beine gestellt. Eine finale Prüfung der rechtlichen Grundlagen durch das BVerfG erscheint nicht unwahrscheinlich. Für die betroffenen – nicht tarifgebundenen – Arbeitgeber im Baugewerbe besteht die Möglichkeit, insbesondere bei existenzbedrohenden Auswirkungen der Beitragsverpflichtungen geleistete Zahlungen zurückzufordern und laufende Zahlungen zu verweigern oder unter Vorbehalt zu stellen.

*Für Fragen zum Bauarbeitsrecht und weiteren arbeitsrechtlichen Themen stehen Ihnen gerne zur Verfügung:*

**Dr. Sebastian Pelzer**  
**+49 (0) 221 650 65-263**  
**sebastian.pelzer@loschelder.de**

**Arne Gehrke, LL.M.**  
**+49 (0) 221 650 65-263**  
**arne.gehrke@loschelder.de**



# In eigener Sache



## Verstärkung im Baurecht

Seit April 2017 verstärkt Dr. Oliver Kerpen das Loschelder Baurechtsteam. Als Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht berät Herr Dr. Kerpen deutsche und internationale Mandanten bei der Projektentwicklung, in gerichtlichen und schiedsgerichtlichen Auseinandersetzungen sowie bei Unternehmenstransaktionen in der Baubranche.

Einen Schwerpunkt seiner Tätigkeit bildet die projektbegleitende Beratung bei Großbauvorhaben. Herr Dr. Kerpen verfügt zudem über eine umfangreiche Expertise im Anlagen- und Infrastrukturbau.

Vor seiner Zeit bei Loschelder war Herr Dr. Kerpen über 5 Jahre in einer internationalen Großkanzlei tätig. Erfahrungen als Unternehmensjurist sammelte er zudem während eines siebenmonatigen Secondments bei einem internationalen Baukonzern mit Sitz in Essen.

Herr Dr. Kerpen studierte Rechtswissenschaften in Köln, Kopenhagen, Peking und Shanghai. Sein Referendariat absolvierte er u.a. in der Beschlussabteilung für Maschinen- und Anlagenbau des Bundeskartellamts. Er promovierte zu einem kartellrechtlichen Thema an der Universität zu Köln.

Sie erreichen Herrn Dr. Kerpen unter:  
T +49 (0)221 650 65-283  
F +49 (0)221 650 65-235  
[oliver.kerpen@loschelder.de](mailto:oliver.kerpen@loschelder.de)

## Loschelder-Partner Dr. Thilo Klingbeil ist zum Fachanwalt für Vergabe- recht ernannt worden

Die Rechtsanwaltskammer Köln hat unserem Partner Dr. Thilo Klingbeil die Bezeichnung „Fachanwalt für Vergaberecht“ zuerkannt.

Dr. Klingbeil ist seit über 15 Jahren im Bereich des nationalen und europäischen Vergaberechts spezialisiert. Er berät laufend öffentliche Auftraggeber bei Vergabeprojekten und vertritt diese in Nachprüfungsverfahren. Ebenso ist er für Bieter tätig und berät diese bei der Erstellung vergaberechtskonformer Angebote und in Verhandlungen mit Auftraggebern.

Zusammen mit Dr. Mirko Ehrlich, Fachanwalt für Bau-



und Architektenrecht, und Dr. Simon Kohm (Beschaffung von Waren und Dienstleistungen) bildet Herr Dr. Klingbeil den Fachbereich Vergaberecht von Loschelder.

## Neue Veröffentlichung mit Loschelder-Beteiligung: „Handbuch Baunebenrechte“

Im Bundesanzeiger Verlag ist kürzlich das „Handbuch Baunebenrechte“ erschienen. Das von Frau Rechtsanwältin Dr. Birgit Franz herausgegebene, knapp 1000-seitige Werk stellt in neun Kapiteln alle





Rechtsbereiche dar, die zwar nicht Baurecht im engeren Sinne, aber in der Baubranche von besonderer Bedeutung sind. Das Buch füllt eine Lücke, weil die behandelten Nebenrechte erhebliche bauspezifische Besonderheiten aufweisen, die in allgemeinen Darstellungen des jeweiligen Rechtsgebiets kaum thematisiert werden. Das Handbuch soll allen im Baubereich tätigen Juristen bei der Bearbeitung rechtlicher Fragestellungen helfen – auf wissenschaftlichem Niveau und zugleich praxisnah.



Das Kapitel zum Bauversicherungsrecht übernahm Dr. Mirko Ehrich, die Darstellung zum Bauarbeitsrecht verfassten Dr. Sebastian Pelzer und Arne Gehrke, LL.M. Weitere Kapitel, sämtlich von namhaften Praktikern geschrieben, sind etwa dem Insolvenzrecht, dem Gesellschaftsrecht und dem Strafrecht gewidmet.



---

**Loschelder-Partner**  
Dr. Detlef Grimm kommentiert neues Beschäftigten-datenschutzrecht

Der Deutsche Bundestag hat am 27.04.2017 die ab dem 25.05.2018 geltende Neufassung des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) verabschiedet. Das BDSG steht der vorrangigen und ebenfalls ab dem 25.05.2018 anzuwendenden europäischen Datenschutz-Grundverordnung



(DSGVO) zur Seite und nutzt den der Bundesrepublik Deutschland verbleibenden Gestaltungsspielraum, auch und gerade im Beschäftigten-datenschutz.

In der gerade im Verlag Dr. Otto Schmidt erschienenen 10. Auflage des von Rechtsanwält Dr. Ulrich Tschöpe herausgegebenen „Arbeitsrecht Handbuch“ hat unser Partner Dr. Detlef Grimm ebenso wissenschaftlich fundiert wie praxisorientiert das jetzt geltende und das ab dem 25.05.2018 geltende Beschäftigten-datenschutzrecht mit vielen Praxishinweisen dargestellt. Das Werk ist in diesen Tagen veröffentlicht worden.



## Veröffentlichungen

Dr. Simon Kohm

Anmerkung zu OLG Stuttgart, 23.03.2017 – 2 U 11/14: Beihilfenrechtliche Überprüfung einer rein lokalen Fördermaßnahme  
GRUR-Prax 2017, S. 224

---

Dr. Kristina Schreiber

Das Energiewirtschaftsrecht im Jahr 2016  
N&R 2/2017, S. 66 ff.

---

Antonia Reitter

Krankenbehandlung psychischer Regelwidrigkeiten durch Eingriff in den gesunden Körper in der GKV

SGb 2017, S. 126 ff.

(zusammen mit Stephan Seiwert)

---

Dr. Detlef Grimm / Dr. Jonas Kühne

Private Paketlieferung an den Arbeitsplatz – Welche Handlungsmöglichkeiten hat der Arbeitgeber?

ArbRB 2017, S. 87 ff.

---

Dr. Detlef Grimm

Duales Studium; Nachvertragliche Wettbewerbsverbote; Betriebsverfassungsrecht; EBR  
Lunk (Hrsg.), *Anwaltformulare Arbeitsrecht*, S. 742–756, 933–964, 1129–1186, 3. Auflage, Bonn 2017

Dr. Detlef Grimm / Dr. Stefan Freh

Neue Geschäftsanweisung der Bundesagentur für Arbeit zur Sperrzeit – Mehr Handlungsspielraum für Aufhebungsverträge bei Vorliegen krankheitsbedingter Kündigungsgründe  
ArbRB 2017, S. 81 ff.

---

Dr. Stefan Maaßen, LL.M.

Anmerkung zu EuGH vom 08.02.2017 – C-610/15: Schlussanträge des Generalanwalts im Verfahren „The Pirate Bay“ – Die Indexierung von Torrent-Dateien kann ein öffentliches Zugänglichmachen der abrufbaren Werke darstellen  
GRUR-Prax 2017, S. 106

---

Dr. Stefan Maaßen, LL.M.

Anmerkung zu BGH v.12.05.2016 – IZR 43/15: Unterlassungsstreitwert ist nicht anhand der Höhe des Lizenzschadenersatzes zu bemessen  
GRUR-Prax 2017, S. 16

---

Dr. Kristina Schreiber / Dr. David Salmen

Die allgemeine gesetzliche Haftung von Netzbetreiber und -eigentümer  
RdE 2017, S. 62 ff.

---

Dr. Detlef Grimm / Dr. Stefan Freh

Wichtige Neuerungen im Schwerbehindertenrecht – Mehr Rechte für die Schwerbehindertenvertretung und neues Wirksamkeitserfordernis für die Kündigung schwerbehinderter Menschen  
ArbRB 2017, S. 16 ff.

## Veranstaltungen

Dr. Stefan Maaßen, LL.M. / Dr. Volker Schoene  
Sommerlehrgang Gewerblicher Rechtsschutz  
(mit Christian Musiol)  
30.08.–31.08.2017 in Düsseldorf /  
BeckAkademie

---

Dr. Stefan Maaßen, LL.M.  
Kompaktkurs Wettbewerbsrecht  
(mit Dr. Reiner Münker)  
07.09.–08.09.2017 in München /  
DeutscheAnwaltAkademie

---

Dr. Detlef Grimm  
Das neue Entgelttransparenzgesetz  
08.09.2017 in Hamburg /  
DeutscheAnwaltAkademie

---

Dr. Cedric Meyer  
Aktuelles Wasserrecht: Das WHG und  
die neue AwSV  
18.09.2017 in Köln /  
TÜV-Rheinland

---

Dr. Detlef Grimm  
Das neue Entgelttransparenzgesetz  
22.09.2017 in Köln /  
DeutscheAnwaltAkademie

---

Dr. Cedric Meyer  
Betriebsbeauftragte für Gewässerschutz  
16.10.–19.10.2017 in Essen /  
Haus der Technik

Dr. Detlef Grimm  
Digitales Zeitalter – neue Anforderungen  
an das Arbeitsrecht (Arbeitsrecht 4.0)  
23.11.2017 in Hannover /  
DeutscheAnwaltAkademie

---

Patrick Pommerening  
Materielles Wettbewerbsrecht  
(zusammen mit Dr. Eva Bruhns)  
24.11.–25.11.2017 in Berlin /  
DeutscheAnwaltAkademie

---

Dr. Stefan Maaßen, LL.M.  
Wettbewerb durch und um Mitarbeiter –  
Arbeits- und wettbewerbsrechtliche Aspekte  
01.12.2017 in Düsseldorf /  
DeutscheAnwaltAkademie

---

Dr. Detlef Grimm  
Das neue Entgelttransparenzgesetz  
01.12.2017 in Stuttgart /  
DeutscheAnwaltAkademie

---

Dr. Detlef Grimm  
Die Betriebsratswahl 2018  
08.12.2017 in Köln /  
DeutscheAnwaltAkademie

## **Impressum**

Herausgeber:  
LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE  
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11  
50668 Köln  
Tel. +49 (0)221 65065-0  
Fax +49 (0)221 65065-110  
info@loschelder.de  
www.loschelder.de

Konzept, Gestaltung:  
wiehl, Co.

Fotografie:  
iStock/gettyimages, Asbach



A close-up photograph of several metal parts, likely bolts or nuts, with a teal color overlay. The parts are arranged in a cluster, with one in the foreground and others behind it. The lighting creates highlights and shadows on the metallic surfaces.

Loschelder

Konrad-Adenauer-Ufer 11  
50668 Köln

+49 (0) 221 650 65-0  
[www.loschelder.de](http://www.loschelder.de)