SOH

SCHMIDT | VON DER OSTEN | HUBER

NEWS

Klimaschutz als einklagbares Grundrecht

Die Urteile aus Karlsruhe und Den Haag

Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz

Mehr Verantwortung für Unternehmen?

Das „Notvertretungsrecht“ des Ehegatten

Die gesetzliche Neuregelung

Wem gehört der Black Friday?

Rechtliche Grenzen der Monopolisierung von Rabatt-Aktionen

Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie

Was Arbeitgeber jetzt beachten müssen

Im Urlaub in die Quarantäne

Verpflichtung zur Nachgewährung von Urlaub?

Analog war gestern

Die Online-Gründung der GmbH

2021 AUSGABE NR. 17

Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

die meisten von Ihnen sind vermutlich wie wir mit der Hoffnung in das Jahr 2021 gestartet, es möge nicht von Corona geprägt sein. Schon zum Ende des Jahres 2020 hatten wir schlicht genug.

Nach einem nahezu unbeschwerten Sommer und einem herrlichen Herbst müssen wir leider feststellen, dass uns Corona noch immer im Griff hat.

Dennoch war 2021 für uns erneut ein erfolgreiches Jahr; für SOH standen vor allem andere Themen im Fokus. Dies verdanken wir vor allem Ihnen, unseren Mandanten!

Thematisch hat uns das M&A-Geschäft besonders gefordert. Wir haben zahlreiche mittelgroße und große Projekte in unserer seit jeher starken Healthcare-Practice begleitet. Dass wir fast im gleichen Umfang in der Konsumgüterbranche tätig waren, hat uns sehr gefreut. Des Weiteren spüren auch wir die atemberaubende Dynamik in der Immobilienbranche durch eine Vielzahl von Real-Estate-Transaktionen. In der klassischen Rechtsberatung haben wir Sie vor allem im Arbeits-, IT- und Vertragsrecht unter anderem bei der Umsetzung sog. New-Work-Konzepte beraten. Schließlich hat sich eine wachsende Zahl unserer Mandanten an Start-Ups beteiligt oder diese in verschiedensten Branchen mit unserer Hilfe gegründet. 2021 kannte keine Langeweile!

Um Ihre weiter steigende Nachfrage bedienen zu können, haben wir uns personell erneut verstärkt:

Herr Dr. Timo Heller unterstützt unsere M&A-Practice und berät zudem zu gesellschafts- und immobilienrechtlichen Fragestellungen. Herr Dr. Andreas Starcke berät Sie im Marken-, Urheber- und Wettbewerbs- sowie im Datenschutzrecht. Beide waren zuvor bereits als Referendare für uns tätig. Auch Frau Dr. Julia Reiche absolvierte ihr Referendariat bei uns. Sie konnten wir vom Landgericht Essen zurückholen. Nachdem sie dort vor allem in einer medizinrechtlichen Kammer als Richterin tätig war, bereichert sie nun unsere Healthcare Practice und ist dort insbesondere im Arzthaftungsrecht tätig. Schließlich haben wir Herrn Dr. Robert Albrecht für uns gewonnen, der in unserem arbeitsrechtlichen Dezernat sowohl im Individual- als auch im Kollektivarbeitsrecht berät.

Herr Dr. Heller, Herr Dr. Starcke, Frau Dr. Reiche und Herr Dr. Albrecht stellen sich in dieser Ausgabe jeweils mit Artikeln aus ihren Beratungsfeldern vor. Wir wünschen unseren Neuzugängen viel Freude und Erfolg bei ihrer Tätigkeit für Sie, unsere Mandanten, und damit auch für SOH.

Wir danken Ihnen für Ihr fortgesetztes Vertrauen in die Qualität unserer Beratung. Mit unserem erneut starken Wachstum demonstrieren wir unsere Zuversicht in Ihren geschäftlichen Erfolg, den wir auch im Jahr 2022 weiter nach Kräften unterstützen.

Im Namen aller SOH-ler wünschen wir Ihnen und Ihren Lieben frohe Weihnachten und einen guten Rutsch in ein glückliches und erfolgreiches Neues Jahr! …und eine spannende Lektüre der nunmehr 17. Ausgabe der SOH-News. Wir hoffen gemeinsam, dass das Wort „Corona“ in der 18. Ausgabe dann keine Rolle mehr spielt.

Bleiben Sie gesund!
Herzliche Grüße

Dr. Till Wegmann *Dr. Jochen Lehmann* *Dr. Alexander Remplik*

Klimaschutz als einklagbares Grundrecht
Die Urteile aus Karlsruhe und Den Haag

Im Jahr 2021 gab es zwei bedeutende Entscheidungen zum Klimaschutz, die für große mediale Aufmerksamkeit sorgten. Der folgende Beitrag soll die wesentlichen Inhalte dieser Entscheidungen aufzeigen und einen Ausblick über mögliche Konsequenzen für Emittenten in Deutschland und Europa geben sowie auf Kritik unter dem Aspekt der Gewaltenteilung aufmerksam machen.

BVERFG: KLIMASCHUTZGESETZ IST TEILWEISE VERFASSUNGSWIDRIG

Art. 20a GG verpflichtet den Staat, in Verantwortung für künftige Generationen, die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere zu schützen. Bisher hat dieses allgemeine Staatziel kaum nennenswerte juristischen Konsequenzen nach sich ziehen können. Dies hat sich nun mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum deutschen Klimaschutzgesetz schlagartig geändert. Das Urteil vom 24.03.2021 wird von einigen Stimmen als die bedeutendste Errungenschaft zum Umweltschutz in der Geschichte des Bundesverfassungsgerichts eingeordnet.

Der deutsche Gesetzgeber setzte mit dem Klimaschutzgesetz das verbindliche Ziel, den CO_2-Ausstoß bis 2030 um mindestens 55 Prozent im Vergleich zu 1990 zu reduzieren. Diese Vorgaben wurden vom Bundesverfassungsgericht als unzureichend eingestuft. Das Bundesverfassungsgericht traf im Zusammenhang mit seiner Entscheidung einige allgemeinverbindliche Aussagen zum grundrechtlich verankerten Klimaschutz, denen ein epochaler Charakter zugeschrieben wird.

So erklärte das Gericht, dass Art. 20a GG durch die Vorgaben des Pariser Abkommens zur Herstellung der Klimaneutralität konkretisiert worden sei. Im Rahmen des Pariser Abkommens hatte sich Deutschland 2015 dazu verpflichtet, den Anstieg der globalen Durchschnittstemperatur auf deutlich unter 2°C und möglichst auf 1,5°C gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen. Zudem gewähre das Grundrecht auf Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auch Schutz vor Beeinträchtigungen durch Umweltbelastungen, unabhängig davon, von wem und durch welche Umstände sie drohen.

Der Gesetzgeber sei verpflichtet, bereits jetzt geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um künftige Generationen vor massiven Emissionsminderungspflichten zu schützen. Der grundrechtlich garantierte Schutz entfalte eine „Vorwirkung auf künftige Freiheit". Bereits heute müsse der Staat deshalb geeignete Maßnahmen beschließen, um künftige Emissionsminderungspflichten möglichst schonend ausgestalten zu können. Die Vorgaben des Klimaschutzgesetzes würden nicht ausreichen, um die nach 2030 eintretenden Belastungen zur Emissionsreduktion grundrechtsschonend zu bewältigen. Dem Gesetzgeber wurde nun bis Ende 2022 Zeit gegeben, für eine Korrektur des Gesetzes zu sorgen.

DEN HAAG: SHELL IN DER VERANTWORTUNG

Das britisch-niederländische Unternehmen Shell hatte es sich selbst zur Aufgabe gemacht, bis 2050 Klimaneutralität zu erreichen. Ein Gericht in Den Haag stufte die zur Erreichung dieses Ziels geplanten Maßnahmen des weltweit größten Ölkonzerns als unzureichend ein und verurteilte Shell dazu, seine CO_2-Emissionen bis 2030 um netto 45 Prozent gegenüber dem Stand von 2019 zu verringern. Die Besonderheit: Die Emissionsminderungspflicht wurde auch auf die Kunden des Ölkonzerns, wie Fluggesellschaften, Autofahrer und Hausbesitzer, die mit Öl und Gas heizen, erstreckt. Damit wird Shell nicht nur für den eigenen CO_2-Ausstoß in die Verantwortung gezogen, sondern haftet auch für die Folgen, die durch die Verbrennung der von Shell in den Verkehr gebrachten Produkte entstehen. Allerdings trifft Shell im Hinblick auf seine Zulieferer und Endabnehmer nur eine sog. „Best-Ef-

fort-Verpflichtung", welche das Unternehmen beispielsweise verpflichtet, ausreichend alternative Energieträger anzubieten.

Die Vertreter von Shell führten an, dass durch die im Urteil vorgesehene CO_2-Reduktion keinerlei positive Auswirkungen auf den Klimaschutz erreicht werden würde. Die von Shell hinterlassene Lücke auf dem Markt fossiler Brennstoffe würde schlicht bei erster Gelegenheit von einem Konkurrenzunternehmen gefüllt.

DURCHSETZUNG DES KLIMASCHUTZES ALS AUFGABE DER POLITIK

Kritisiert wird, dass die Entscheidung über das Maß und die Mittel des Klimaschutzes keine Aufgabe der Gerichte sei. Der demokratische Rechtsstaat lege die Verantwortung zur Realisierung des Pariser Abkommens in die Hände der Gesetzgebung, nicht der Gerichte. Zudem könnte zu befürchten sein, dass solange nur Gerichte einzelner Länder den Klimaschutz in individuellen Verfahren umsetzen, Produktionsstandorte zukünftig in Länder mit wenig ambitionierten Jurisdiktionen verlagert werden. Die Schweiz hat beispielsweise eine Verschärfung der CO_2-Gesetze nach deutschem Vorbild bereits abgelehnt. Auch in den USA blieben vergleichbare Verfahren mit Verweis auf die Gewaltenteilung erfolglos.

AUSBLICK FÜR KLAGEVERFAHREN IN DEUTSCHLAND

Das Gericht in Den Haag hatte sich auf eine allgemeine, deliktische Sorgfaltspflicht, ergänzt durch die Art. 2 und Art. 8 der EMRK gestützt. Damit wurde eine völkerrechtliche Staatspflicht auf horizontaler Ebene zwischen Privaten einklagbar. Die niederländische Vorschrift findet ein deutsches Pendant in § 823 BGB. In Deutschland gibt es bisher kein vergleichbares Urteil. Aber auch in Deutschland sind bereits weitere Gerichte mit der Thematik befasst. In einem vor dem OLG Hamm anhängigen Rechtsstreit wird ein Energieversorger wegen einer vorgeworfenen Beteiligung am Klimawandel von einem peruanischen Bürger verklagt. Dieser befürchtet, dass der Pegel eines Gletschersees als Folge der Erderwärmung weiter ansteigen und das darunter liegende Tal überschwemmen wird, in dem sich sein Haus befindet. Das OLG Hamm hält die Klage offenbar nicht von vornherein für unschlüssig und ist immerhin in die Beweisaufnahme eingestiegen. Ein Forscherteam der Universität Oxford veröffentlichte im Februar 2021 Studienergebnisse, die eine Kausalkette zwischen dem Klimawandel und dem Anstieg des Gletscherwassers in Peru darlegen sollen. Die jüngsten Flutereignisse haben noch einmal verdeutlicht, dass die Auswirkungen des Klimawandels auch Deutschland massiv betreffen werden. Die rechtliche Aufarbeitung des Themas steht dabei erst ganz am Anfang.

— Dr. Philip Koch und Rechtsreferendarin Julia Hilger

Foto: Shutterstock, Proxima Studio

Das Lieferketten-sorgfaltspflichtengesetz

Das am 22.07.2021 verkündete Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) tritt zum 01.01.2023 in Kraft. Es bildet den Einstieg in eine Gesetzgebung, die Unternehmen für Verstöße gegen menschenrechtsbezogene und umweltbezogene Pflichten in die Verantwortung nimmt.

Foto: Adobe Stock, Siever

Das LkSG begründet eine unternehmerische Sorgfaltspflicht für die Achtung der Menschenrechte und des Umweltschutzes in grundsätzlich allen Lieferketten. Die Erfüllung der Sorgfaltspflicht ist durch ein durch die Unternehmen einzurichtendes Risikomanagementsystem sicherzustellen. Während die Anforderungen des LkSG von großen Unternehmen (ab 3.000 Mitarbeiter im Inland) ab dem 01.01.2023 zu beachten sind, gilt für kleinere Unternehmen (mit mehr als 1.000 Mitarbeitern im Inland) eine Übergangsfrist bis Ende 2023.

Die verschiedenen Branchen bereiten sich auf die Umsetzung der kommenden Verpflichtungen vor. Auf behördliche Hilfe kann dabei noch nicht zurückgegriffen werden. Denn die zuständige Stelle wird wohl erst Mitte kommenden Jahres aufgebaut.

VERANTWORTUNG FÜR DEN EIGENEN GESCHÄFTSBEREICH UND DEN DER UNMITTELBAREN ZULIEFERER

Das LkSG verlangt, dass Unternehmen ein angemessenes und wirksames Risikomanagement zur Einhaltung der Sorgfaltspflichten einrichten, das in allen maßgeblichen Geschäftsabläufen zu verankern ist. Menschenrechtsbezogene und umweltbezogene Risiken sind zu erkennen und zu minimieren. Erkannte Verletzungen solcher Pflichten sind zu verhindern, zu beenden oder zu minimieren. Voraussetzung ist jeweils, dass das Unternehmen diese Risiken oder Verletzungen innerhalb der Lieferkette verursacht oder dazu beigetragen hat.

Im Rahmen seines Risikomanagements muss das Unternehmen damit zunächst eine angemessene Risikoanalyse durchführen, um die vorgenannten Risiken im eigenen Geschäftsbereich sowie bei seinen unmittelbaren Zulieferern zu ermitteln. Die dabei ermittelten Risiken sind in einem zweiten Schritt angemessen zu gewichten und priorisieren.

Der Umfang der Handlungspflichten der Unternehmen bestimmt sich dabei anhand des unbestimmten Rechtsbegriffs der „Angemessenheit". Das LkSG definiert diesen wie folgt: Die Angemessenheit bestimmt sich nach der Art und Umfang der Geschäftstätigkeit des Unternehmens, seinem Einflussvermögen auf den unmittelbaren Verursacher eines Risikos oder einer Verletzung, der typischerweise zu erwartenden Schwere der Verletzung, deren Umkehrbarkeit und der Wahrscheinlichkeit des Eintritts sowie nach der Art des Verursachungsbeitrages des Unternehmens. Diese Definition hilft bei der Frage nach den zu erfüllenden Pflichten ab dem 01.01.2023 nur bedingt weiter. Die Unternehmensverbände arbeiten derzeit daran, ihren Mitgliedern Leitlinien zur Umsetzung an die Hand zu geben. Hilfe seitens der Politik fehlt. Denn die im LkSG in Bezug genommenen Ausführungsverordnungen stehen noch aus, ebenso wie eine Handreichung des Bundesamtes für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA), das als Kontrollbehörde fungiert.

Ermittelt ein Unternehmen im Rahmen der Risikoanalyse ein Risiko, hat es unverzüglich angemessene Präventionsmaßnahmen zu ergreifen. Anders als im Gesetzgebungsverfahren teilweise dargestellt, handelt es sich bei den Sorgfaltspflichten des LkSG keineswegs um bloße Bemühenspflichten. Verlangt wird eine effektive Vorbeugung und Vermeidung von Risiken. Das Unternehmen muss also angemessene Präventionsmaßnahmen im eigenen Geschäftsbereich verankern. Es muss insbesondere die in seiner Grundsatzerklärung dargelegte Menschenrechtsstrategie in den relevanten Geschäftsabläufen verankern, geeignete Beschaffungsstrategien und Einkaufspraktiken entwickeln und implementieren, durch die die festgestellten Risiken verhindert oder minimiert werden, und entsprechende Kontrollmaßnahmen durchführen. Werden Risiken bei einem der unmittelbaren Zulieferer ermittelt, muss u. a. sichergestellt werden, dass die Einhaltung der verlangten Erwartungen (auch entlang der weiteren Lieferkette) vertraglich zugesichert wird. Neben Schulungen und Weiterbildungen sieht das LkSG auch hier insbesondere (vertragliche) Kontrollmechanismen vor.

Wird eine Verletzung ermittelt, so müssen unverzüglich Abhilfemaßnahmen ergriffen werden, um die Verletzung zu verhindern, zu beenden oder ihr Ausmaß zu minimieren. Im Inland muss die Abhilfemaßnahme immer, im Ausland im Regelfall zu einer Beendigung der Verletzung führen. Betrifft die Verletzung den Geschäftsbereich eines unmittelbaren Zulieferers, muss – falls die Verletzung nicht in absehbarer Zeit beenden werden kann – unverzüglich ein Konzept zur Beendigung oder Minimierung erstellt und umgesetzt werden.

VERANTWORTUNG FÜR MITTELBARE ZULIEFERER

Eine Verantwortlichkeit für mittelbare Zulieferer besteht nur dann, wenn tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die eine Verletzung einer menschenrechtsbezogenen oder einer umweltbezogenen Pflicht bei mittelbaren Zulieferern möglich er-

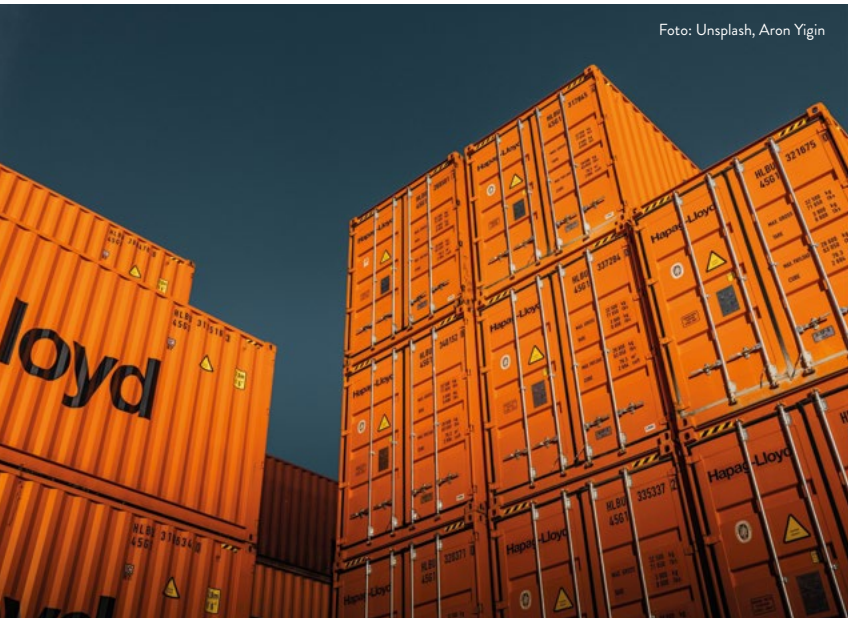
Foto: Unsplash, Aron Yigin

scheinen lassen (sog. „substantiierte Kenntnis“). Hier muss erst die Praxis zeigen, ab wann ein Unternehmen „substantiierte Kenntnis“ von einer solchen Verletzung hat. Eine solche Kenntnis dürfte aber jedenfalls dann vorliegen, wenn Unternehmen im Rahmen ihrer – bisher – freiwilligen Untersuchungen der Lieferketten Verstöße gegen menschenrechtsbezogene oder umweltbezogene Pflichten ermitteln.

Nach Kenntniserlangung muss das Unternehmen unverzüglich u. a. ein Konzept zur Verhinderung, Beendigung oder Minimierung erstellen und umsetzen sowie angemessene Präventionsmaßnahmen gegenüber dem Verursacher verankern. Hierzu gehören die Durchführung von Kontrollmaßnahmen, die Unterstützung bei der Vorbeugung und Vermeidung eines Risikos oder die Umsetzung von branchenspezifischen oder branchenübergreifenden Initiativen. Welche Pflichten hier im Einzelnen zu erfüllen sind, soll durch eine der derzeit noch nicht erlassenen Ausführungsverordnungen definiert werden.

PFLICHTVERLETZUNG BEGRÜNDET KEINE ZIVILRECHTLICHE HAFTUNG

Um die im Laufe der Gesetzgebung aufgekommenen Unklarheiten zu beseitigen, stellt das LkSG nun ausdrücklich klar, dass eine Verletzung der Pflichten aus diesem Gesetz keine zivilrechtliche Haftung begründet. Eine unabhängig von diesem Gesetz begründete zivilrechtliche Haftung (insbesondere aus Delikt) bleibt allerdings unberührt.

Das LkSG führt zwar keine eigenen Schadensersatztatbestände ein, jedoch eine sog. Prozessstandschaft. Wird eine Person in einer der im Gesetz definierten Rechtspositionen (z. B. ein spezielles Menschenrecht) verletzt, kann sie diese Rechtsverletzung vor einem deutschen Gericht geltend machen. Ob der Anspruch dieser betroffenen Person gegen das Unternehmen besteht, ist eine Frage des materiellen Zivilrechts. Welches Recht für die Beurteilung der Frage eines bestehenden Anspruchs zur Anwendung kommt, ist eine Frage des Internationalen Privatrechts.

Konnte nach bisheriger Rechtslage nur die betroffene Person selbst die (behauptete) Verletzung eigener Rechte geltend machen, ist die betroffene Person nach dem LkSG nun berechtigt, zur gerichtlichen Geltendmachung ihrer Rechte eine inländische Gewerkschaft oder Nichtregierungsorganisation zu ermächtigen. Im Wege der gesetzlichen Prozessstandschaft können diese ab dem 01.01.2023 die Rechte der betroffenen Person im eigenen Namen, aber für Rechnung der betroffenen Person durchsetzen.

AUSBLICK

Auch nach Verkündung des LkSG bleiben viele Unsicherheiten hinsichtlich der konkreten Umsetzung der aus ihm erwachsenden Pflichten. Klarheit werden hoffentlich die noch zu erlassenden Ausführungsverordnungen bringen. Angesichts der umfangreichen Maßnahmen, die das Gesetz von den Unternehmen verlangt, und der für die Umsetzung notwendigen Vorbereitungszeit ist zentral, dass die noch ausstehenden Auslegungshilfen und Hinweise der zuständigen Behörde zeitnah veröffentlicht werden und zur Rechtssicherheit beitragen.

— *Dr. Alexander Herrfurth*

ruhrSTARTUPWEEK bei SOH

Junge Startups oder Existenzgründer beklagen bei ihren ersten unternehmerischen Schritten nicht selten die Vielzahl rechtlicher Herausforderungen. Daher fand in Zusammenarbeit mit dem Essener Company-Creator Crealize (vergl. auch Seiten 16/17) und der Essener Wirtschaftsförderung („EWG“) am 22. September 2021 eine Veranstaltung für Gründer (und solche, die es werden wollen) in unseren Räumlichkeiten statt.

Im Rahmen eines Talks wurde diskutiert, welche rechtlichen Risiken Startups in der Gründungs- und Wachstumsphase drohen und welche Rolle die Rechtsberatung bei der Lichtung des rechtlichen „Dschungels“ spielen kann.

Für Crealize saß CEO und Co-Founder David Ewald auf dem Podium und berichtete von den Anfängen der Crealize sowie den Plänen, im Jahr 2022 den neuen Crealize-Campus in der Essener Weststadt zu beziehen. David Ewald hob besonders den Mentalitätsunterschied zwischen Gründern und Rechtsberatern hervor: Ein Gründer springe von der Klippe und baue in der Luft das Flugzeug, der Rechtsberater empfehle, für den Sprung zumindest einen Fallschirm anzulegen. Gerade dieser unterschiedliche Blickwinkel sei für junge Unternehmen wertvoll. Tabea Lersmacher (EWG) unterstrich die Bedeutung eines funktionierenden Ökosystems für den Startup-Standort Essen. Für Dr. Jochen Lehmann ist die Erfahrung in der Beratung von Startups entscheidend:

„SOH berät junge Unternehmen – und das seit mehr als siebzig Jahren. Zu unseren Mandanten gehören neben Start-ups auch Unternehmen, die aus der Start-up-Phase herausgewachsen sind und sich am Markt etabliert haben. Einige der von uns beratenen vormaligen Jungunternehmen sind mittlerweile zu erfolgreichen mittelständischen oder Großunternehmen herangewachsen. Die Beratung von Unternehmensgründern made in Essen hat bei uns also gute Tradition.“

Die rund 100 Teilnehmer an der hybriden Veranstaltung waren sich einig: Essen und das Ruhrgebiet verfügen über das Potenzial und die Innovationskraft, um neue Ideen und neue Unternehmen hervorzubringen. Dieses Potenzial muss künftig noch besser entwickelt werden. Essen muss die sprichwörtlichen PS gemeinsam „auf die Straße bringen“.

Foto: Shutterstock, Olena Yakobchuk

Das neue „Notvertretungsrecht“ des Ehegatten in Angelegenheiten der Gesundheitssorge

Zum 01.01.2023 tritt das bereits seit langem diskutierte sog. „Notvertretungsrecht" des Ehegatten in Kraft. Bislang ist ein Ehegatte nicht qua Gesetzes befugt, den anderen Ehegatten zu vertreten, wenn dieser aus Krankheitsgründen nicht mehr selbst in der Lage ist, seine Angelegenheiten der Gesundheitssorge zu regeln. In diesen Fällen ist nach bisheriger Rechtslage, wenn es keinen (Vorsorge-)Bevollmächtigten gibt, stets die Bestellung eines Betreuers erforderlich. Maßgebliches Ziel der Neuregelung ist es, den Ehegatten künftig zu ermöglichen, im Betreuungsfall füreinander Entscheidungen über medizinische Behandlungen zu treffen und damit die oftmals notwendige Anordnung einer vorläufigen Betreuung in Angelegenheiten der Gesundheitssorge zu vermeiden.

VORAUSSETZUNGEN UND RECHTSFOLGE

Das neue „Notvertretungsrecht" des Ehegatten ist künftig normiert in § 1358 BGB und trägt die Überschrift „Gegenseitige Vertretung von Ehegatten in Angelegenheiten der Gesundheitssorge". Voraussetzung ist zunächst das Bestehen einer wirksamen Ehe oder Lebenspartnerschaft. Eine analoge Anwendung auf beispielsweise Verlobte ist nicht möglich. Das Ehegattenvertretungsrecht besteht nur und soweit der vertretene Ehegatte aufgrund von Bewusstlosigkeit oder Krankheit nicht in der Lage ist, die in der Vorschrift genannten Angelegenheiten der Gesundheitssorge rechtlich zu besorgen. Nach der Gesetzesbegründung muss es sich um eine akut eingetretene gesundheitliche Beeinträchtigung infolge eines Unfalls oder einer Erkrankung handeln, die eine ärztliche Akutversorgung notwendig macht. Das Vertretungsrecht erstreckt sich nur auf die im Gesetz abschließend genannten Bereiche. Der Ehegatte ist insbesondere zur Einwilligung in Untersuchungen, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe berechtigt und befugt, ärztliche Aufklärungen entgegenzunehmen. Auch wenn der Wortlaut insoweit nicht eindeutig ist, ist nach dem Willen des Gesetzgebers davon auszugehen, dass das Vertretungsrecht nur Behandlungen und Eingriffe, die für die ärztliche Akutversorgung erforderlich sind, umfasst und der Ehegatte dementsprechend nicht berechtigt ist, darüber hinaus auch in rein kosmetische Eingriffe wie Schönheitsoperationen einzuwilligen (so auch Prof. Lugani auf dem 7. Ärzte- und Juristentag). Darüber hinaus ist er auch zum Abschluss und zur Durchsetzung bestimmter Rechtsgeschäfte, insbesondere Behandlungsverträge, sowie zur Geltendmachung und Durchsetzung etwaiger Ansprüche, die dem vertretenen Ehegatten aus Anlass der Erkrankung gegenüber Dritten zustehen, berechtigt und kann mit Genehmigung des Betreuungsgerichts auch über freiheitsentziehende Maßnahmen entscheiden. Bei der Ausübung des Vertretungsrechts hat der Ehegatte wie ein Betreuer den Willen und die Wünsche des Vertretenen zu beachten. Eine Pflicht zur Ausübung des Vertretungsrechts besteht nicht. Damit das Vertretungsrecht überhaupt praktikabel ist, sind die behandelnden Ärzte gegenüber dem vertretenden Ehegatten hinsichtlich der vom Vertretungsrecht erfassten Angelegenheiten von ihrer Schweigepflicht entbunden. Zudem steht dem Ehegatten ein Einsichtnahmerecht in die Krankenunterlagen zu.

AUSSCHLUSSGRÜNDE

Das Ehegattenvertretungsrecht besteht nicht, wenn die Ehegatten getrennt leben. Der Begriff des Getrenntlebens orientiert sich an den familienrechtlichen Vorschriften und setzt neben einer räumlichen Trennung auch einen entsprechenden Trennungswillen voraus. Es ist ferner ausgeschlossen, wenn dem vertretenden Ehegatten oder dem behandelnden Arzt (positiv) bekannt ist, dass der vertretene Ehegatte eine Vertretung ablehnt oder eine andere Person bevollmächtigt hat. Das Ehegattenvertretungsrecht ist gegenüber einer Vorsorge- oder sonstigen Vollmacht mithin nachrangig. Spezielle Prüf- oder Nachforschungspflichten des behandelnden Arztes hinsichtlich des Vorliegens von Ausschlussgründen bestehen nach der Gesetzesbegründung nicht. Allerdings steht dem Arzt künftig ein Einsichtsrecht in das Vorsorgeregister zu, in das auch ein Widerspruch gegen das Ehegattenvertretungsrecht eingetragen werden kann. Weitere Ausschlussgründe sind, dass bereits ein Betreuer bestellt ist oder seit dem Zeitpunkt, zu dem die Voraussetzungen des Ehegattenvertretungsrechts erstmalig eingetreten sind, mehr als 6 Monate vergangen sind. Das „Notvertretungsrecht" ist damit nicht nur sachlich, sondern auch zeitlich begrenzt.

NACHWEIS DER VERTRETUNGSBERECHTIGUNG

Zur Verhinderung des Missbrauchs des Ehegattenvertretungsrechts hat der behandelnde Arzt im Zusammenhang mit der erstmaligen Ausübung des Vertretungsrechts einen Nachweis der Vertretungsberechtigung auszustellen. Dies geschieht dadurch, dass der behandelnde Arzt ein Dokument ausstellt und dem vertretenden Ehegatten aushändigt, in dem er bestätigt, dass der Patient aufgrund von Bewusstlosigkeit oder Krankheit seine Angelegenheiten der Gesundheitssorge nicht selbst besorgen kann mit

Foto: Shutterstock, Olena Yakobchuk

der Angabe des Zeitpunktes, zu dem dieser Zustand eingetreten ist. Zudem ist das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen festzuhalten. Sodann hat der vertretende Ehegatte auf dem Dokument schriftlich zu versichern, dass das Ehegattenvertretungsrecht wegen der aktuellen Erkrankung bisher nicht ausgeübt wurde und kein Ausschlussgrund vorliegt. Das Ehegattenvertretungsrecht bringt folglich einen zusätzlichen Verwaltungsaufwand für Ärzte und Krankenhäuser mit sich. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass für die Ausstellung der Bescheinigung ein durchschnittlicher Zeitaufwand von 30 Minuten anfällt. Dieser Zeitaufwand wird nach Auffassung des Gesetzgebers kompensiert durch den erhofften Wegfall der ärztlichen Stellungnahmen in betreuungsgerichtlichen Verfahren.

AUSBLICK

Das neue Ehegattenvertretungsrecht stellt im Rahmen seines Anwendungsbereichs eine beachtliche Neuerung dar. Die praktische Bedeutung dürfte sich jedoch aufgrund der engen Voraussetzungen sowie der Nachrangigkeit gegenüber der rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung und Betreuung in Grenzen halten. Selbst wenn kein Bevollmächtigter oder Betreuer existiert, dürfte die Behandlung in vielen Fällen bereits von der mutmaßlichen Einwilligung des Patienten erfasst sein. Auch wenn das Verhältnis des Ehegattenvertretungsrechts zur mutmaßlichen Einwilligung in der Gesetzesbegründung nicht explizit erwähnt wird, ist davon auszugehen, dass die mutmaßliche Einwilligung insoweit vorrangig ist und es in diesen Fällen einer Einwilligung durch den Ehegatten nicht bedarf (so auch Prof. Lugani auf dem 7. Ärzte- und Juristentag). Abzuwarten bleiben auch die haftungsrechtlichen Auswirkungen des Ehegattenvertretungsrechts. Da das Ehegattenvertretungsrecht unter anderem dann nicht besteht, wenn der Arzt keine Kenntnis von der Trennungssituation hat, z. B. weil der vertretende Ehegatte die Trennungssituation bewusst verschweigt, besteht in derartigen Fällen ein gewisses Haftungsrisiko für den Arzt. In diesen Fällen ist die durch den Ehegatten erteilte Einwilligung nämlich unwirksam und der durchgeführte Eingriff damit rechtswidrig. Da aber den Arzt nach der Gesetzesbegründung keine Prüf- und Nachforschungspflicht treffen soll und der Ehegatte gegenüber dem Arzt gerade das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen zu versichern hat, sollte in Fällen, in denen der Arzt alles von ihm gesetzlich Geforderte getan hat, ein denkbarer Fahrlässigkeitsvorwurf entfallen (so auch Prof. Lugani auf dem 7. Ärzte- und Juristentag). Diese Entwicklung bleibt jedoch abzuwarten.

— *Dr. Julia Reiche*

Neu im SOH-Team

Dr. Timo Heller

Dr. Timo Heller unterstützt SOH seit Dezember 2020 in den Bereichen Gesellschafts- und Immobilienrecht. Nach Abschluss seines Studiums an der Universität Potsdam und sich dort anschließender Promotion absolvierte er sein Referendariat am Landgericht Bochum mit Stationen u. a. beim Finanzministerium NRW und SOH.

Dr. Andreas Starcke

Ebenfalls seit Dezember 2020 ist Dr. Andreas Starcke bei SOH schwerpunktmäßig im Bereich des Gewerblichen Rechtsschutzes tätig. Nach Studium und Promotion an der Ruhr-Universität Bochum war er dort als wissenschaftlicher Mitarbeiter an einem wirtschaftsrechtlichen Lehrstuhl tätig. Das Referendariat am Landgericht Bochum führte ihn u. a. an die Universität für Verwaltungswissenschaften in Speyer, zum Oberlandesgericht Hamm und auch zu SOH.

Dr. Julia Reiche

Dr. Julia Reiche verstärkt seit April 2021 den medizinrechtlichen Bereich von SOH und berät schwerpunktmäßig im Arzthaftungsrecht. Sie studierte an der Ruhr-Universität Bochum, promovierte zu einem erbrechtlichen Thema und war dort als wissenschaftliche Mitarbeiterin tätig. Frau Dr. Reiche hat bereits die Anwaltsstation im Rahmen ihres Referendariats bei SOH absolviert. Vor ihrer Tätigkeit bei SOH arbeitete sie als Zivil- und Strafrichterin, u. a. in einer Arzthaftungskammer.

Dr. Robert Albrecht

Im Mai 2021 ist Dr. Robert Albrecht zu uns gestoßen und verstärkt SOH seitdem im Bereich Arbeitsrecht. Nach Abschluss seines Studiums in Heidelberg und Münster konnte der gebürtige Heidelberger promotionsbegleitend bereits Berufserfahrung in internationalen Wirtschaftskanzleien sammeln. Seine Beratungsschwerpunkte liegen im Individual- und Kollektivarbeitsrecht.

Wem gehört der Black Friday?

Zu den rechtlichen Grenzen der Monopolisierung von Rabatt-Aktionen

Nach wie vor erfreuen sich Rabattaktionen großer Beliebtheit. Zu einer festen Institution hat sich der „Black Friday“ entwickelt. Dieser stammt aus den USA und bezeichnet dort den Freitag nach Thanksgiving. Einzelhändler locken Kunden mit teils beträchtlichen Rabatten in die Geschäfte oder in die Online-Shops und läuten so die Weihnachtseinkaufssaison ein. In Deutschland sind erste „Black Friday“-Aktionen aus dem Jahre 2006 bekannt, die Bedeutung nahm jedoch stetig zu. Im Jahre 2018 gaben bereits 94 Prozent der Teilnehmer einer Umfrage an, den Aktionstag zu kennen.

Auch wenn in diesem Jahr die Aussichten auf den Black Friday aufgrund drohender Lieferengpässe getrübt sind, wurde 2021 zumindest ein Hindernis ganz anderer Art aus dem Weg geräumt: die Wortmarke „Black Friday“. Im Jahr 2013 wurde sie beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) u. a. für Elektronikartikel, aber auch für Einzelhandelsdienstleistungen in den Bereichen Elektrowaren und Elektronikwaren eingetragen. Zahlreiche Händler beantragten – auch infolge von vom Markeninhaber ausgesprochenen Abmahnungen – beim DPMA die Löschung der Marke und beriefen sich hierbei vor allem auf ein Freihaltebedürfnis am Begriff „Black Friday“. In letzter Instanz bestätigte der Bundesgerichtshof (BGH) nun die Löschung der Marke für Einzelhandelsdienstleistungen, wies die Löschungsanträge für Elektronikwaren aber zurück. Begründung: Dem Zeichen „Black Friday“ stehe für Einzelhandelsdienstleistungen das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegen.

Diese Vorschrift gilt als Ausdruck des markenrechtlichen Freihaltebedürfnisses. Danach sind Marken nicht eintragungsfähig, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im Verkehr zur Bezeichnung von Merkmalen der beanspruchten Waren oder Dienstleistungen dienen können. Zeichen und Angaben, die Merkmale der Waren oder Dienstleistungen beschreiben können, sollen von allen Anbietern solcher Waren und Dienstleistungen frei verwendet werden können.

Im vom BGH entschiedenen Löschungsverfahren war die Schutzfähigkeit rückblickend auch aus der Perspektive des Jahres 2013 zu beurteilen. Insoweit billigte der BGH allerdings zunächst die Feststellung, dass für das Jahr 2013 nicht festzustellen war, dass das Publikum insgesamt das Zeichen „Black Friday“ als einen schlagwortartigen Hinweis auf eine Rabattaktion aufgefasst hätte.

Das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG erfasst indes nicht nur Zeichen, die bereits aktuell verbreitet zur Beschreibung von Merkmalen von Waren oder Dienstleistungen verwendet werden, sondern auch solche, die „nur“ dazu geeignet sind. Das Schutzhindernis greift daher bereits dann ein, wenn eine beschreibende Verwendung des Zeichens vernünftigerweise zu erwarten ist, wofür im Anmeldezeitpunkt hinreichende Anhaltspunkte vorliegen müssen.

Im Prozess konnte belegt werden, dass der Begriff „Black Friday“ bereits vor der Markenanmeldung

Foto: Shutterstock, Click and Photo

für Rabattaktionen jedenfalls im Bereich der Elektro- und Elektronikwaren vereinzelt werblich verwendet wurde. BPatG und BGH sahen vor diesem Hintergrund bereits für 2013 hinreichende Anhaltspunkte für eine künftige beschreibende Bedeutung. Speziell im Bereich der Elektro- und Elektronikwaren, die ein besonders dynamisches Marktsegment bildeten, sei die Prognose gerechtfertigt gewesen, dass sich die Bezeichnung „Black Friday" als Schlagwort für Rabattaktionen entwickeln würde, so die Bundesrichter.

Dass die Marke nur teilweise gelöscht wurde, erklärt sich wie folgt: Die Beschreibungseignung muss im Hinblick auf „Merkmale der Waren oder Dienstleistungen" bestehen. Es ist aber keine Eigenschaft von Elektro- und Elektronikartikeln, im Zuge einer bestimmten Rabattaktion verkauft zu werden, sondern eine bloße Verkaufsmodalität. Anders bei Einzelhandelsdienstleistungen in Bezug auf diese Waren: Einzelhandelsdienstleistungen umfassen zwar nicht den Verkauf an sich, wohl aber insbesondere die Auswahl des Warensortiments und das Angebot begleitender Dienstleistungen, die den Verbraucher veranlassen sollen, Waren bei dem einen und nicht dem anderen Händler zu kaufen. Die Durchführung einer Rabattaktion stellt in diesem Sinne selbst eine Einzelhandelsdienstleistung dar. Da die schlagwortartige Bezeichnung solcher Dienstleistungen mit „Black Friday" bereits bei Anmeldung der Marke abzusehen war, war das Vorliegen eines Schutzhindernisses zu bejahen.

Die Entscheidung des BGH steht im Ergebnis mit der europäischen Praxis im Einklang. So wies das Europäische Amt für Geistiges Eigentum (EUIPO) die Anmeldung einer aus dem Wortbestandteil „BLACK-FRIDAY" und einem stilisierten Prozent-Zeichen gebildete Marke u.a. für Dienstleistungen der Klasse 35 zurück, und zwar mit der Begründung, dass der Durchschnittsverbraucher „Black Friday" als Ankündigung des Beginns der Weihnachtseinkaufssaison verstehe und nicht als Hinweis auf einen bestimmten Anbieter. Die großzügigere Linie des BGH im Hinblick auf die Behandlung entsprechender Marken, die für konkrete Waren angemeldet werden, scheint das EUIPO indes nicht zu teilen. Auch eine im Jahr 2020 für diverse Waren und Dienstleistungen eingereichte Unionsmarkenanmeldung für das Wortzeichen „Black Friday" wurde vollständig zurückgewiesen.

Auf dieser Linie liegt auch die Entscheidung des EUIPO zum „Singles' Day". Dieser stammt aus China und wird am 11.11. mit Partys und Veranstaltungen begangen, gilt darüber hinaus aber als inzwischen umsatzstärkster Onlineshopping-Tag der Welt. Auch in Deutschland sollen im Jahr 2020 bereits über 200 Online-Shops mit entsprechenden Kampagnen teilgenommen haben. Es liegt nahe, dass die deutsche Rechtsprechung auch diesen Begriff nicht als Marke für Einzelhandelsdienstleistungen, wohl aber für konkrete Waren zulassen würde. Auf europäischer Ebene wurde die Wortmarke „Singles' Day" indes sowohl für Bekleidung als auch für entsprechende Einzelhandelsdienstleistungen zurückgewiesen, jeweils mit der Erwägung, dass das Zeichen auf das Angebot der Waren im Rahmen des „Singles' Day" hinweise und daher beschreibend sei.

Die Praxis gewinnt durch die aktuelle Entscheidung des BGH Rechtssicherheit im Umgang mit „Rabattaktions"-Marken. Händler und andere Werbende können die Bezeichnung „Black Friday" jedenfalls für Bezeichnung von Rabatt- und Verkaufsaktionen benutzen, ohne mit Markenrechten Dritter in Konflikt zu geraten. Übertragen lässt sich die Rechtsprechung auf andere bereits etablierte Rabatttage wie den „Cyber Monday" oder aber den „Singles' Day". Von einer Kennzeichnung konkreter Waren mit solchen Zeichen sollte indes weiterhin Abstand genommen werden. Mit Blick auf die strengere europäische Praxis dürfte aber auch hier das letzte Wort noch nicht gesprochen sein.

— *Dr. Andreas Starcke*

Unser Mandant

Crealize

Essener Company Creator fördert mit Unterstützung von SOH Unternehmertum im Ruhrgebiet

Alle Fotos: Crealize GmbH

„Wenn man Unternehmen filialisieren kann, warum dann nicht auch Unternehmer fördern und in Serie hervorbringen?“ Mit diesem Gedanken im Kopf beginnt die Geschichte von Crealize. Zunächst noch ein paar Jahre als Idee in der Erinnerungsschublade gelagert, folgen 2015 Taten, nachdem FitX und YT Gründer Jacob Fatih sich mit seinem Freund David Ewald zusammengeschlossen hat, um sich vollkommen dieser Mission zu widmen. Seither macht es sich der Company Creator Crealize zur Aufgabe, Menschen und ihr unternehmerisches Potenzial zu fördern, sodass diese unabhängige Unternehmer werden und nachhaltige Startups aufbauen.

Company Builder, Inkubatoren, Accelerator – Startup-Förderungen und Think Tanks gibt es viele. Bei Crealize soll es aber nicht nur um große Ideen, sondern auch um die Menschen dahinter gehen. In einem familiären Umfeld unterstützt das Team strategisch, packt auch selbst mit an und bietet ein breites Netzwerk, um mehr als bloß finanzieller Mitgesellschafter zu sein.

Um Synergien unter den Ventures zu gewährleisten, die insbesondere im Lifestyle-, Fitness- und auch Immobilien-Segment angesiedelt sind, hat der Company Creator in diesem Jahr zwei Hubs ausgegründet.

Das Crealize Ecomsystem fokussiert sich ganz auf die Entwicklung starker D2C-Brands im e-Commerce-Segment. Neben den bereits bestehenden Ventures wie Mr.Chain, Goodi oder Handz werden weitere Brands im Bereich Food, Lifestyle oder auch Pet entstehen.

CREALIZE
leaving marks.

Das Crealize Biotop will neue und vor allem grüne Lebensräume schaffen – mit allem, was dazu gehört. Angefangen beim Immobilien- und Projektentwickler FC Real estate, über Makers & Maestros, stellvertretend für hochwertigen Innenaus-/und Umbau, bis hin zu Syde, einem rundum nachhaltigen Multi Service Dienstleister.

Der Company Creator ist daher längst nicht mehr allein zu Hause in der Essener Bismarckstraße 57 und damit in direkter Nachbarschaft zu SOH. Mehr als 25 Ventures sind bereits Teil des Crealize Portfolios, der Crealize Family. Deswegen und wegen des dynamischen Wachstums muss gegen Ende des Jahres ein neues Zuhause her: Im Essener Westend wird ein Powerhouse und Campus des Unternehmertums entstehen; für die gemeinsame Mission – to crealize positive marks, cultivating a worldwide movement of Entrepreneurs.

Seit dem ersten Gründungsgedanken setzen Crealize und das Gründungsteam um Jacob Fatih und David Ewald dabei auf die rechtliche Beratung von SOH. „Für ein dynamisches Unternehmen wie unseres gibt es kaum etwas Besseres, als auf einen langjährigen Partner in Rechtsfragen vertrauen zu können,“ sagt Gründer David Ewald.

SOH berät nicht nur den Company Creator und seine beiden Hubs, sondern auch alle derzeitigen (und zukünftigen) Ventures umfassend. Crealize vertraut dabei nicht nur auf die breite Expertise von SOH in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, sondern auch auf die Flexibilität und Kreativität aller SOH-ler. Beides bildet das Fundament für die langjährige, vertrauensvolle Partnerschaft zwischen bunten Startup-Enthusiasten und Unternehmensanwälten.

Wir freuen uns, Crealize bei ihrem Ziel zu unterstützen, Essen und das Ruhrgebiet zum Silicon Valley Deutschlands zu machen, getreu dem Company-Motto:

impossible is a liar.

Foto: Shutterstock, Daniel Beckemeier

Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie

Was Arbeitgeber jetzt beachten müssen

Der Schutz von Hinweisgebern, sog. Whistleblower, war bislang sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene weder umfassend noch einheitlich geregelt. Die meisten EU-Mitgliedstaaten gewährten nur eingeschränkten Schutz in bestimmten Wirtschaftszweigen. Diesem Flickenteppich nationaler Regelungen wollte die Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden („Whisteblower-Richtlinie"), vom 23. Oktober 2019 ein Ende bereiten.

Ziel der Richtlinie ist es, EU-weit einheitliche Standards für einen besseren Schutz von Personen, die Hinweise auf Verstöße gegen EU-Recht geben, zu gewährleisten. Dies soll nach dem Willen des EU-Gesetzgebers zum einen durch die Schaffung von sicheren Kanälen zur Informationsweitergabe sowohl innerhalb von Unternehmen als auch gegenüber Behörden, zum anderen durch einen wirksamen Schutz vor Entlassung, Belästigung oder anderen Vergeltungsmaßnahmen durch den Arbeitgeber erreicht werden.

Die Richtlinie muss noch in nationales Recht umgesetzt werden. Da dies eigentlich bis zum 17.12.2021 geschehen muss, handelt es sich hierbei um eine durchaus zeitkritische Aufgabe für die Politik.

EINRICHTUNG UND BETRIEB VON MELDEKANÄLEN

Wesentliches Element der Richtlinie ist die Pflicht zur Einrichtung von Meldekanälen für Hinweisgeber. Diese sollen sowohl durch private und öffentliche Arbeitgeber (interne Meldekanäle) als auch durch staatliche Behörden (externe Meldekanäle) eingerichtet werden. Für viele überraschend hat der EU-Gesetzgeber keinen zwingenden Vorrang interner Meldungen statuiert und somit Arbeitnehmern die Wahl gelassen, ob diese Verstöße über interne oder externe Kanäle melden.

Für Unternehmen gilt die Verpflichtung zur Einrichtung bereits ab 50 Mitarbeitern, wobei bei einer Arbeitnehmerzahl bis zu 249 Mitarbeitern die Möglichkeit besteht, für die Entgegennahme von Meldungen und für möglicherweise durchzuführende Untersuchungen Ressourcen zu teilen, also mit anderen Unternehmen zu kooperieren. Bestimmte Unternehmen aus dem Finanzsektor sind, unabhängig von der Mitarbeiterzahl, zur Einrichtung von Meldekanälen verpflichtet. Die Meldekanäle können von Personen oder Abteilungen innerhalb des Unternehmens betrieben oder extern von einem Dritten bereitgestellt werden. Meldestellen innerhalb des Unternehmens können von entsprechend fachkundigen Mitarbeitern, bspw. aus der Compliance-Abteilung, der Rechtsabteilung oder dem Datenschutzbeauftragten betrieben werden. Die Kanäle sind so zu konzipieren, dass die Vertraulichkeit der Identität des Hinweisgebers und in der Meldung erwähnter Dritter gewahrt bleibt. Zudem muss Unbefugten der Zugriff verwehrt bleiben. Der Eingang der Meldung muss dem Hinweisgeber innerhalb einer Frist bestätigt und diesem sodann eine Rückmeldung über die im Regelfall durchgeführten internen Ermittlungen gegeben werden.

Für Unternehmen, bei denen ein Betriebsrat gebildet ist, kommt die Einrichtung interner Meldekanäle zudem mitbestimmungsrechtliche Relevanz zu. Bei der Einrichtung

können Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu beachten sein. Denn zum einen können Fragen der betrieblichen Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer betroffen sein, zum anderen kann das Hinweisgebersystem eine technische Einrichtung darstellen, die dazu bestimmt ist, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Es sollte daher detailliert geprüft werden, inwieweit der Betriebsrat zu beteiligen ist, um dessen Mitbestimmungsrechte zu wahren.

SCHUTZ VOR REPRESSALIEN

Zweite wesentliche Säule zum Schutz des hinweisgebenden Arbeitnehmers ist – neben der Verpflichtung des Arbeitgebers zur aktiven Einführung von Meldekanälen – der passive Schutz vor Repressalien seitens des Arbeitgebers aufgrund bzw. infolge einer Meldung. Nach der Richtlinie dürfen hinweisgebenden Arbeitnehmern durch die Meldung keine Nachteile entstehen. Hierunter fallen insbesondere Suspendierungen und Kündigungen, aber auch die bloße Ausübung des Direktionsrechts bspw. durch Aufgabenverlagerung oder die Änderung des Arbeitsorts. Aufgrund der gesetzgeberischen Entscheidung, auf einen Vorrang der internen Meldung zu verzichten, können sich auch Arbeitnehmer, die externe Meldekanäle von Behörden nutzen, ohne sich zuvor an interne Stellen zu wenden, auf den Schutz der Richtlinie berufen.

Dieses Konzept des Schutzes vor Repressalien ist im Grundsatz nicht neu. Bereits das arbeitsrechtliche Maßregelungsverbot verbietet es, negative arbeitsrechtliche Folgen an ein zulässiges Arbeitnehmerverhalten zu knüpfen. Eine wesentliche Neuerung folgt jedoch für die Beweislast im Rahmen von Prozessen über Kündigungen oder andere Sanktionen. Mussten bislang Arbeitnehmer nach deutschem Recht beweisen, dass eine Handlung des Arbeitgebers kausal auf einem Hinweis des entsprechenden Arbeitnehmers beruhte, trifft die Beweislast nunmehr den Arbeitgeber. Dieser muss beweisen, dass eine konkrete Handlung nicht im Zusammenhang mit einem Hinweis des von der Maßnahme betroffenen Arbeitnehmers steht.

Dies birgt nicht unerhebliches Missbrauchspotenzial. Arbeitnehmer könnten versuchen, durch entsprechende Hinweise einer drohenden Kündigung durch den Arbeitgeber zuvorzukommen. In einem solchem Fall wird es entscheidend sein, dass der Arbeitgeber durch entsprechende Dokumentation darlegen und beweisen kann, dass die Kündigung nicht auf dem Hinweis des Arbeitgebers beruht.

UMSETZUNGSENTWURF

EU-Richtlinien – so auch die Whistleblower-Richtlinie – gelten in den Mitgliedstaaten nicht unmittelbar, sondern müssen durch die nationalen Gesetzgeber in nationales Recht umgesetzt werden. Während der Mindestumfang für den Schutz von Hinweisgebern durch die Whistleblower-Richtlinie zwingend vorgegeben ist und damit feststeht, steht es dem nationalen Gesetzgeber frei, den Schutz von Hinweisgebern partiell zu erweitern.

Eine solche erweiterte Umsetzung stellt der Referentenentwurf zum Hinweisgeberschutzgesetz (HinSchG-E) aus dem Jahr 2020 dar. Die größte Bedeutung im Rahmen der erweiterten Umsetzung kommt dabei der geplanten Ausweitung auf Verstöße gegen nationales Recht, die straf- oder bußgeldbewehrt sind, zu. Im Gegensatz zur Richtlinie, die lediglich Verstöße gegen EU-Recht erfasst, stellt dies eine erhebliche Ausweitung des Anwendungsbereichs und mitunter eine erhebliche Belastung für die entsprechenden Stellen in Unternehmen dar.

Komplettiert wird der Gesetzesentwurf durch die Androhung von Bußgeldern. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die Behinderung einer Meldung oder das Ergreifen von Repressalien eine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit darstellen. Demgegenüber sollen keine bußgeldrechtlichen Folgen daran geknüpft werden, wenn Arbeitgeber keine Meldesysteme einrichten. Allerdings dürfte die Einrichtung interner Meldekanäle im ureigenen Interesse des Arbeitgebers liegen, da Hinweisgebern sonst ausschließlich die Möglichkeit der Nutzung externer Meldekanäle verbleibt.

FAZIT

Eine Einigung über den Entwurf zum Hinweisgebergesetz konnte in der im Herbst zu Ende gegangen Legislaturperiode nicht erzielt werden. Ausschlaggebend hierfür war im Wesentlichen die Uneinigkeit der Koalitionspartner darüber, ob das Gesetz auf Verstöße gegen nationales Recht erweitert werden sollte oder dieses – entsprechend der Richtlinie – nur Verstöße gegen EU-Recht betreffen sollte. In welcher Form die Whistleblower-Richtlinie künftig national umgesetzt wird, lässt sich bislang nicht sagen. Fest steht jedoch bereits jetzt, dass das Gesetz Fragen aufwerfen wird, mit denen sich Unternehmen in naher Zukunft auseinandersetzen müssen.

— *Dr. Robert Albrecht*

Im Urlaub in die Quarantäne
Verpflichtung zur Nachgewährung von Urlaub?

Foto: Shutterstock, F8 studio

Endlich Urlaub und dann doch nicht so richtig. So wird es 2021 vielen Arbeitnehmern ergangen sein, die während ihres Urlaubs von einer behördlich angeordneten Quarantäne betroffen waren und entweder zu Hause oder im Ferienort die „eigenen“ vier Wände nicht verlassen durften. Arbeitgeber mussten sich in der Folge zwangsläufig fragen: Zählen die Urlaubstage, die von einer behördlich angeordneten Quarantäne betroffen sind, als Urlaub oder sind sie nicht auf den Jahresurlaub anzurechnen und entsprechend dem Arbeitnehmer wieder gutzuschreiben?

ANRECHNUNG VON URLAUBSTAGEN BEI KRANKHEIT

Grundsätzlich erfüllt der Arbeitgeber seine Pflichten bereits, wenn er den Urlaubszeitraum festlegt und den Urlaub vorbehaltlos gewährt. Alle Umstände, die sich urlaubsstörend für den Arbeitnehmer auswirken, liegen als Teil des persönlichen Lebensrisikos in der Sphäre des Arbeitnehmers und sind grundsätzlich von ihm zu tragen. Davon macht § 9 des Bundesurlaubsgesetzes (BUrlG) eine Ausnahme: Erkrankt der Arbeitnehmer arbeitsunfähig während des Urlaubs und weist er die von der Arbeitsunfähigkeit betroffenen Urlaubstage durch ärztliches Attest nach, werden ihm diese Tage nicht auf den Jahresurlaub angerechnet.

BEHÖRDLICHE ANGEORDNETE QUARANTÄNE

Es stellt sich daher die Frage, ob diese Ausnahme auch für den Fall einer Quarantäneanordnung greift. Nun knüpft eine behördliche Quarantäneanordnung bzw. eine häusliche Absonderung einer Person im Sinne des Infektionsschutzgesetzes nicht nur an Erkrankungen an, die zur Arbeitsunfähigkeit führen. Die Maßnahmen können auch angeordnet werden, wenn nur der Verdacht einer Krankheit bzw. Ansteckung oder das Ausscheiden von Krankheitserregern bei der betroffenen Person vorliegen. So trifft eine Quarantäne vielfach Personen, die mit Haushaltsangehörigen, Arbeitskollegen oder sonstigen Bekannten Kontakt hatten, bei denen der Verdacht oder tatsächlich eine Infektion mit dem Coronavirus (SARS-COV-2) bestand. Eine tatsächliche Infektion oder gar eine Erkrankung mit COVID-19 liegen in diesen Fällen nicht zwangsläufig vor. Hinzu kommt, dass ein Arbeitnehmer trotz Infektion nicht zwingend arbeitsunfähig erkrankt sein muss, z. B. weil die Infektion mit dem Coronavirus weitgehend symptomlos verläuft.

VERGLEICHBARKEIT ZWISCHEN ERKRANKUNG UND QUARANTÄNE

Angesichts der Fülle an Gesetzen, die aufgrund der Pandemie erlassen wurden, mag es auf den ersten Blick verwundern, dass der Gesetzgeber keine Regelung für die Situation geschaffen hat, in der ein Arbeitnehmer während bewilligten Urlaubs von einer Quarantäneanordnung betroffen ist. Der zweite Blick verrät aber, dass der Gesetzgeber bewusst untätig geblieben ist. Er beließ es absichtlich bei der geltenden Rechtslage, die nur bei zur Arbeitsunfähigkeit führenden Erkrankung des Arbeitnehmers und Vorlage eines ärztlichen Attestes eine Gutschrift der Urlaubstage vorsieht. Dieser Umstand ist dabei eines von mehreren Argumenten, wieso die behördlich angeordnete Quarantäne nicht mit einer zur Arbeitsunfähigkeit führenden Erkrankung gleichzusetzen ist. In der Folge kann § 9 BUrlG in diesen Fällen nicht analog – „sinngemäß" – angewendet werden.

Zudem sind die Situationen der Erkrankung und behördlich angeordneten Quarantäne auch nicht vergleichbar. Erforderlich wäre, dass diese Konstellationen generell vergleichbar wären. Bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit kann der mit der Festlegung des Urlaubs verfolgte Zweck, die Befreiung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht für die Dauer des Urlaubs, nicht eintreten. Die Arbeitspflicht ist bereits aufgrund der Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit aufgehoben. Der Arbeitnehmer arbeitet also nicht, weil er im Urlaub ist, sondern weil er krank ist. Eine behördlich angeordnete Quarantäne bei Infektion(-sverdacht) mit dem Coronavirus kann dem nicht pauschal gleichgesetzt werden. Eine Infektion kann nämlich symptomlos verlaufen oder der Ansteckungsverdacht sich als falsch herausstellen. Je nach tatsächlich ausgeübter und rechtlich geschuldeter Tätigkeit kann der betroffene Arbeitnehmer weiterhin arbeitsfähig sein. Er kann gegebenenfalls seine Arbeitsleistung von einem häuslichen Arbeitsplatz aus erbringen. In dieser Situation hat die urlaubsbedingte Freistellung von der Arbeit weiterhin einen Erholungswert für den Arbeitnehmer. Der Arbeitnehmer kann auch in den eigenen vier Wänden klassischen Urlaubsbetätigungen wie zum Beispiel Lesen oder anderen „Indoor-Hobbies" nachgehen. Die Situation unterscheidet sich dann nicht wesentlich davon, dass Ereignisse während des Urlaubs eintreten, die den Urlaub stören. Dieses Risiko trägt der Arbeitnehmer. Er kann sich auch nicht bei schlechtem Wetter während des Badeurlaubs oder fehlendem Schnee in den Skiferien an den Arbeitgeber wenden und eine Gutschrift des misslungenen Urlaubs verlangen.

ERSTE ENTSCHEIDUNGEN DER ARBEITSGERICHTE

Diese Sichtweise haben die Arbeits- und Landesarbeitsgerichte in ersten Urteilen geteilt, so z. B. die Arbeitsgerichte Bremen-Bremerhaven (Az. 6 Ca 6035/21), Bonn (Az. 2 Ca 504/21), Hal-le (Az. 4 Ca 285/21) und Neumünster (Az. 3 Ca 362b/21) sowie das Landesarbeitsgericht Düsseldorf (Az. 7 Sa 857/21). Eine Gutschrift über die von der Quarantäne betroffenen Urlaubstage erfolgt hiernach nur, wenn eine Infektion mit dem Coronavirus zu einer Erkrankung und diese zur Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers führt. Zum Nachweis ist dafür die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung notwendig, die von einem Arzt auszustellen ist. Ein Bescheid vom Gesundheitsamt, demzufolge der betroffene Arbeitnehmer als „krank" im Sinne des Infektionsschutzgesetzes anzusehen ist, genügt nicht. Denn die Infektion führt nicht automatisch zur Arbeitsunfähigkeit. Ob diese arbeitgeberfreundliche Tendenz der Rechtsprechung Bestand haben wird, ist nicht gesichert. Dazu wird man eine letztinstanzliche Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts abwarten müssen.

— Dr. Hauke Hein und Rechtsreferendar Dr. Stephan Schmidt

Foto: Shutterstock, Jacob Lund

Analog war gestern
Die Online-Gründung der GmbH

Die Digitalisierung des Gesellschaftsrechts schreitet mit großen Schritten voran. Mit dem Erlass des „Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie vom 5. Juli 2021“ (DiRUG) hat der Gesetzgeber erstmalig die Möglichkeit geschaffen, die Gründung von UG (haftungsbeschränkt) und GmbH per Videokonferenz vorzunehmen. Auch die notarielle Beglaubigung von Handelsregisteranmeldungen kann in Zukunft per Videokonferenz durchgeführt werden.

Ab dem 1. August 2022 ermöglicht das DiRUG sowohl die Gründung von Unternehmergesellschaften (haftungsbeschränkt) als auch von Gesellschaften mit beschränkter Haftung komplett digital. Das mit dem DiRUG neu eingeführte Videokommunikationssystem der Bundesnotarkammer macht dabei das persönliche Erscheinen beim Notar entbehrlich.

Nachfolgend geben wir einen kurzen Überblick über den Anwendungsbereich und Ablauf des neu eingeführten Verfahrens zur Online-Gründung sowie über die ebenfalls neu durch das DiRUG eingeführte Möglichkeit der Online-Beglaubigung von Handelsregisteranmeldungen.

ANWENDUNGSBEREICH DER ONLINE-GRÜNDUNG

Das Verfahren zur Online-Gründung ist nach dem DiRUG ausschließlich für UG (haftungsbeschränkt) und GmbH vorgesehen. Überdies ergeben sich weitere Einschränkungen. So ist lediglich die sog. Bargründung im Rahmen der Online-Gründung möglich. Im Gegensatz zur Sachgründung bei der andere Vermögensgegenstände als Stammkapital eingebracht werden, wird bei der Bargründung ausschließlich Geld als Stammkapital eingezahlt. Die Sachgründung ist weiterhin nur im bisherigen Präsenzverfahren möglich.

Neben der Gründung durch Privatpersonen ist auch die Gründung durch juristische Personen, wie z. B. GmbH und Aktiengesellschaft, oder Personengesellschaften, wie z.B. BGB-Gesellschaften und Kommanditgesellschaften, im Rahmen des Online-Verfahrens möglich. Insofern bestehen keine Einschränkungen. Wie bisher auch, muss der Notar in diesen Fällen sicherstellen, dass die Gesellschaften existieren und die jeweilige Berechtigung zur Vertretung der Gesellschaft gegeben ist.

Das Verfahren zur Online-Gründung kann auch durch Bevollmächtigte erfolgen. Insofern bestehen nach dem DiRUG grundsätzlich keine Einschränkungen. Praktisch benötigt der Vertreter aber für die Vertretung sowohl bei der Gründung einer UG (haftungsbeschränkt) als auch einer GmbH eine zumindest notariell beglaubigte Vollmacht. Diese Vollmacht muss dem Notar überdies

nachgewiesen werden, was wiederum nur der Fall ist, wenn dem Notar die Vollmacht in Urschrift oder Ausfertigung vorgelegt wird. Ansonsten muss auf das Instrument der Nachgenehmigung zurückgegriffen werden.

ABLAUF EINER ONLINE-GRÜNDUNG

Zunächst ist die Registrierung des Gründers im Online-Portal der Bundesnotarkammer erforderlich. Dieses wird nach aktuellem Stand planmäßig zum 1. August 2022 zur Verfügung stehen. Dort erfolgt die Registrierung mittels elektronischen Identitätsnachweises. Einen solchen elektronischen Identitätsnachweis stellt beispielsweise die Online-Ausweisfunktion des deutschen Personalausweises zur Verfügung. Nach der Registrierung ist zunächst die Erstellung eines qualifizierten Signaturzertifikats durch die Zertifizierungsstelle der Bundesnotarkammer erforderlich. Das Signaturzertifikat dient wiederum zur Erstellung der qualifizierten elektronischen Signatur, die bei der elektronischen Niederschrift die Unterzeichnung darstellt.

Nach erfolgter Registrierung und Erstellung des Signaturzertifikats führt das Online-Portal zur Notarauswahl. Dort kann sodann ein zuständiger Notar ausgewählt werden. Hier ist zu beachten, dass als zuständiger Notar regelmäßig nur ein Notar in Betracht kommt, in dessen Amtsbereich entweder der Sitz der künftigen Gesellschaft oder der Sitz eines der Gesellschafters liegt. Sollte die Gründung bei einem unzuständigen Notar durchgeführt worden sein, hat dies jedoch keine Auswirkungen für die Wirksamkeit der Gründung der Gesellschaft.

Nach Auswahl des gewünschten Notars erfolgt die Terminabsprache (Online oder z. B. per Telefon) mit dem Notar und die Bereitstellung der erforderlichen Angaben zu der neu zu gründenden Gesellschaft. Das Portal wird eine Eingabemaske für die zur Gründung erforderlichen Informationen vorsehen. Die Dokumente zur Gründung können dem Notar aber auch auf anderem Wege zur Verfügung gestellt werden.

Zum abgesprochenen Termin bereitet der Notar dann die elektronische Niederschrift vor. Diese wird im Rahmen der Videokonferenz durch den Notar verlesen. Überdies erfolgt die Identifizierung der Beteiligten durch den Notar, die auf der ersten Stufe durch den elektronischen Identitätsnachweis und auf der zweiten Stufe mittels Abgleichs des Erscheinungsbilds der Beteiligten mit einem elektronisch ausgelesenen Lichtbild erfolgt. Nach der Verlesung durch den Notar unterzeichnen alle Beteiligten und der Notar die Niederschrift elektronisch. Dabei ist auch eine sog. gemischte Beurkundung möglich, d. h. ein Teil der Beteiligten ist beim Notar vor Ort und die anderen Beteiligten werden per Videokonferenz über das Portal der Bundesnotarkammer zugeschaltet.

Nach Unterzeichnung der elektronischen Niederschrift mittels der qualifizierten elektronischen Signatur erfolgt die weitere Gründung parallel zum Verfahren bei der Präsenzbeurkundung. Nach Erhalt des Nachweises über die Einzahlung des Stammkapitals kümmert sich der Notar um die Anmeldung der neu gegründeten Gesellschaft beim Handelsregister.

ONLINE-BEGLAUBIGUNG VON HANDELSREGISTERANMELDUNGEN

Neben der Möglichkeit der Online-Gründung von GmbH und UG (haftungsbeschränkt) ermöglicht es das DiRUG auch, Handelsregisteranmeldungen online durch den Notar beglaubigen zu lassen. Auch für diese Zwecke wird die Nutzung des oben beschriebenen Verfahrens ermöglicht. In Abweichung von der Online-Gründung können Handelsregisteranmeldungen auch für Einzelkaufleute und Aktiengesellschaften erfolgen. Auch ist die Online-Beglaubigung für Registeranmeldungen zum Genossenschaftsregister vorgesehen. Bisher nicht vorgesehen ist, dass Handelsregisteranmeldungen für offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften online beglaubigt werden können.

Der Ablauf der Online-Beglaubigung von Handelsregisteranmeldungen ist dabei nahezu identisch mit der Online-Gründung. Zunächst sind Registrierung und Erstellung der elektronischen Signatur beim Online-Portal der Bundesnotarkammer erforderlich. Dann kann der Notar mittels des Videokommunikationssystems die elektronische Signatur des Anmeldenden auf der Handelsregisteranmeldung öffentlich beglaubigen. Die Einreichung der Handelsregisteranmeldung erfolgt dann, wie bisher auch, durch den Notar elektronisch beim Registergericht.

FAZIT

Das neue Verfahren zur Online-Gründung bietet den Beteiligten bei Gründung von UG (haftungsbeschränkt) und GmbH mehr Flexibilität. Insbesondere dürfte dies von großem Nutzen sein, wenn sich der Gründer im Ausland befindet, da dann eine Präsenzbeurkundung oftmals nur mit hohem Aufwand möglich ist. Auch die Möglichkeit, Handelsregisteranmeldungen online beglaubigen zu lassen, dürfte zu einer spürbaren Erleichterung für die Anmeldenden führen.

— *Dr. Timo Heller*

Dr. Jochen Schmidt
Prof. Dr. Franz-Josef Dahm
Dr. Carl Otto Stucke
Dr. Christiane Wilkening
Dr. Till Wegmann
Dr. Almut Gathmann M.A.
Prof. Dr. Regine Cramer
Dr. Notker Lützenrath LL.M.
Dr. Rainer Burghardt
Dr. Ulf Rademacher
Dr. Stefan Bäune
Dr. Cay Fürsen
Dr. Roland Flasbarth
Dr. Britta Bultmann
Dr. Alexander Remplik
Dr. Caspar Luig
Dr. Jochen Lehmann
Dr. Torben Götz
Dr. Hans-Jörg Schulze LL.M.
Dr. Fabian Boensch
Dr. Florian Michallik
Dr. Moritz Kraft LL.M.
Dr. Martin Minkner
Dr. Christian Mehrens
Dr. Niklas Füchtenkord
Dr. Hauke Hein
Dr. Philip Koch LL.M.
Dr. Corinna Schmidt-Murra
Dr. Felix Aden LL.M.
Dr. Alexander Herrfurth
Dr. Timo Heller
Dr. Andreas Starcke

SCHMIDT, VON DER OSTEN & HUBER
Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaft mbB

www.soh.de