SOH

SCHMIDT | VON DER OSTEN | HUBER

NEWS

Bauen leicht gemacht

Nutzt die Baurechtsreform dem Bauherrn?

Kostenfalle

„Indirekte Nutzung“ von SAP-Software

Gesundheit 4.0

Herausforderungen und Chancen

Panama und Paradise Papers

(Kein) Ende der „Heimlichtuerei“?

Über Geld spricht man (bald) doch!

Das neue Entgelttransparenzgesetz

2017 AUSGABE NR. 13

Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

geht es Ihnen auch so? Am Ende eines Jahres scheint die Entwicklung der Dinge noch einmal gehörig Fahrt aufzunehmen und zu kulminieren. Wie jedes Jahr stellt sich das Empfinden ein, das Jahr sei wie im Flug vergangen, und man fragt sich, wo es eigentlich geblieben ist und wie es weiter gehen wird.

Vielleicht vermittelt aber die Erkenntnis, dass uns dieses Gefühl regelmäßig zu dieser Jahreszeit befällt, eine gewisse Beruhigung. Denn erfahrungsgemäß entdecken wir in der Rückschau der kommenden Monate dann doch eine Kontinuität, die sich uns in der hektischen Vorweihnachtszeit verbirgt.

Eine solche Kontinuität wollen wir mit unserem diesjährigen Rück- und Ausblick auf das vergangene Jahr bei SOH und die anstehenden rechtlichen Herausforderungen aufzeigen.

Wir haben wieder versucht, einige interessante Themen des kommenden Jahres für Sie zusammenzustellen, und nutzen – dies ist auch eine Tradition – die Gelegenheit, Ihnen einen Mandanten von SOH und zwei besonders kompetente Verstärkungen unseres Teams vorzustellen:

Herr Dr. Boensch unterstützt uns seit 2016 als erfahrener Spezialist im Bereich des Arbeitsrechts. Mit Herrn Dr. Michallik konnten wir in diesem Jahr einen „Quereinsteiger“ und ausgewiesenen Experten im Bereich des Öffentlichen Rechts für SOH gewinnen.

Diese Verstärkungen helfen uns, für Sie – unsere Mandanten – Kontinuität in unserem Anspruch zu beweisen, Sie juristisch auf höchstem Niveau zu begleiten.

Für Ihr Vertrauen, welchem wir auch künftig gerecht werden wollen, bedanken wir uns an dieser Stelle sehr herzlich.

Wir wünschen Ihnen und Ihren Lieben ein frohes und friedvolles Weihnachtsfest und hoffen, dass Sie in den kommenden Wochen ein wenig Zeit der Ruhe und Besinnung finden.

Wir freuen uns, Sie auch im Jahre 2018 weiter begleiten und beraten zu dürfen, und wünschen Ihnen ein glückliches, gesundes und erfolgreiches neues Jahr!

Viel Spaß beim Lesen der nunmehr 13. Ausgabe unserer SOH News!

Mit vorweihnachtlichen Grüßen
Ihre

Dr. Jochen Schmidt | Dr. Till Wegmann | Dr. Notker Lützenrath

Neu im SOH-Team

Dr. Fabian Boensch

Herr Dr. Fabian Boensch verstärkt unser arbeitsrechtliches Dezernat seit Oktober 2016. Er verfügt über eine mehr als sechsjährige Berufserfahrung, die er als Referent eines großen Arbeitgeberverbandes und als Rechtsanwalt in einer angesehenen mittelständischen Wirtschaftskanzlei gewonnen hat. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen im Individualarbeits- und Betriebsverfassungsrecht.

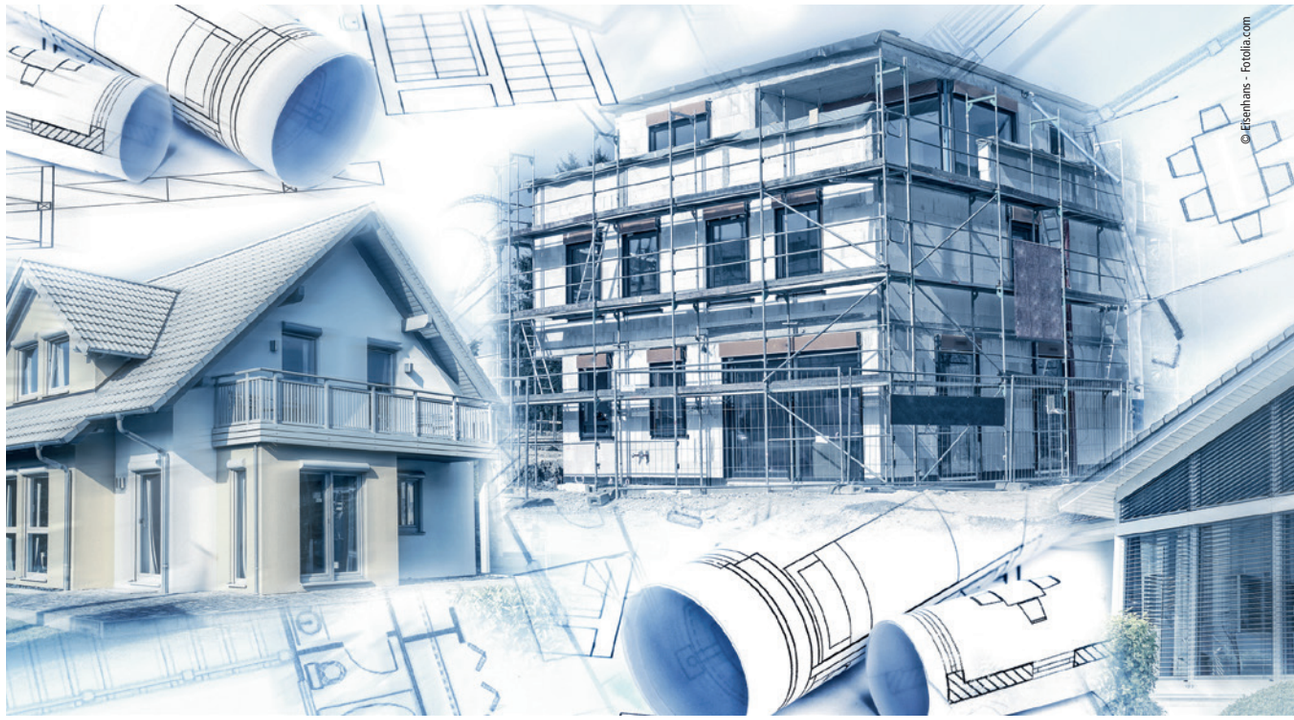
Dr. Florian Michallik

Herr Dr. Florian Michallik verstärkt seit Februar 2017 unseren öffentlich-rechtlichen Bereich. Er kam aus einer internationalen Großkanzlei in Düsseldorf zu uns und verfügt über eine langjährige Expertise im Öffentlichen Recht. Seine Arbeitsschwerpunkte bei SOH liegen u. a. im öffentlichen Bau- und Planungsrecht, dem Umweltrecht und der politischen Interessenvertretung.

SCHMIDT | VON DER OSTEN | HUBER

Bauen leicht gemacht

Nutzt die Baurechtsreform dem Bauherrn?



Das Bauvertragsrecht ist in diesem Jahr weitgehend reformiert worden. Die Änderungen treten zum 1. Januar 2018 in Kraft. Wer im kommenden Jahr als Bauherr einen Bauvertrag abschließt, sei es weil er selbst baut oder weil er ein Objekt von einem Bauträger erwirbt, kann sich über für ihn günstigere Regelungen freuen, muss aber auch einige neue Aspekte beachten.

Das geänderte Bauvertragsrecht stellt zunächst sicher, dass der Bauherr finanziell nicht in Vorleistung gehen und das Risiko einer Insolvenz des Bauunternehmers über Gebühr tragen muss. Die allgemein üblichen Abschlagszahlungen dürfen nur noch in Höhe des Wertes der vom Bauunternehmer bereits erbrachten und im Vertrag geschuldeten Leistungen verlangt werden; eine Vereinbarung, die diese Wertgrenze überschreitet, ist generell unwirksam. Zeigt sich während der Bauphase ein Mangel der Bauausführung, so darf der Bauherr künftig selbst dann einen angemessenen Teil der Abschlagszahlung einbehalten, wenn es sich nur um einen geringfügigen Mangel handelt. Bisher bestand diese Möglichkeit nur bei wesentlichen Mängeln. Damit

© JenkoAtaman - Fotolia.com

hat der Bauherr selbst bei kleineren Unzulänglichkeiten der Bauleistung ein Druckmittel gegenüber dem Bauunternehmer und kann außerdem auf den Umfang der Mängel flexibel reagieren.

Stellt sich im Laufe der Bauarbeiten heraus, dass noch Änderungen des ursprünglichen Bauentwurfs – zum Beispiel aus technischen Gründen – erforderlich werden, oder hat der Bauherr zum wachsenden Gebäude neue Ideen, so kann er diese durchaus noch realisieren. Künftig hat der Bauherr bei Bauverträgen, aber auch bei Architekten- und Ingenieurverträgen, die Möglichkeit, einseitig und auch nach Vertragsschluss gegenüber dem Bauunternehmer, Architekten oder Ingenieur Änderungen oder Zusatzleistungen durchzusetzen, sofern diese für den Auftragnehmer zumutbar sind. Der Bauherr wird sie wie bisher zunächst dem Bauunternehmer oder Architekten vortragen. Ist dieser nicht willig, möchte der Bauherr auf die Änderungen aber nicht verzichten, so können Streitigkeiten nunmehr mittels eines Sachverständigen beigelegt werden. Die Änderungen sind dann selbstverständlich in Höhe des Mehraufwands zu vergüten. Auch wird sich der Bauherr bei umfangreichen Änderungen natürlich nicht mehr auf die ursprünglich vereinbarten Fertigstellungsfristen berufen können.

Ist das Bauwerk erst einmal fertiggestellt, so ist dem Bauunternehmer daran gelegen, dass der Bauherr es übernimmt – rechtstechnisch spricht man von der sog. Abnahme. Die Bereitschaft des Bauherrn zur Abnahme des Bauwerks wird maßgeblich davon abhängen, ob er der Auffassung ist, dass es keine kleineren oder größeren Mängel mehr aufweist. Ein allgemeiner Hinweis des Bauherrn wird hierfür in Zukunft nicht mehr ausreichen. Verweigert der Bauherr die Abnahme der Bauleistung und hält auch nach einer Fristsetzung durch den Unternehmer daran fest, muss er dies künftig mit mindestens einem konkreten Mangel begründen; andernfalls wird die Abnahme fingiert. Das hat etwa zur Folge, dass die restliche Vergütung des Bauunternehmers fällig wird. Nicht ganz klar ist momentan noch, wie wesentlich ein Mangel sein muss, um die

Abnahme zu verweigern; aus unserer Sicht spricht einiges dafür, dass bei völlig unerheblichen Mängeln das Bauwerk abgenommen werden muss; dennoch müssen auch solche Mängel selbstverständlich beseitigt werden.

Neu ist schließlich eine Mitwirkungspflicht des Bauherrn bei der Feststellung von Mängeln im Rahmen von Bauverträgen; andernfalls kann der Bauunternehmer diese auch einseitig beseitigen.

Bleibt der Bauherr während der Bauphase unzufrieden mit der Leistung seines Bauunternehmers oder seines Architekten, und möchte er sich vom Bauunternehmer oder Architekten trennen, so kann dies anders als bisher nicht mehr nur mündlich oder beispielsweise durch E-Mail geschehen. Die Kündigung von Bau- oder Architekten- bzw. Ingenieurverträgen und Bauträgerverträgen muss aus Gründen der Rechtssicherheit und zu Beweiszwecken vielmehr künftig schriftlich erfolgen. Unverändert gilt, dass der Bauherr den Vertrag ohne Angabe von Gründen beenden kann, dann ihm aber weiterhin – wenn der Bauunternehmer oder Architekt keinen wichtigen Grund für die Kündigung gegeben hat – den entgangenen Gewinn aus dem nicht zur Ausführung gelangten Restvertrag erstatten muss.

Vorsicht ist für den Bauherrn auch geboten, wenn er den Architekten im vermeintlichen Vorfeld eines Vertrages beispielsweise Planungsgrundlagen ermitteln lässt. Im Rahmen der Neuregelung des Rechts des Architekten- und Ingenieurvertrages wurde in der HOAI (Honorarordnung für Architekten und Ingenieure) eine „Zielfindungsphase“ bzw. „Leistungsphase 0“ eingeführt. Demnach kann bereits dann ein Vertrag zustande kommen, wenn noch keine konkreten Planungsziele festgelegt worden sind und der Architekt oder Ingenieur lediglich Planungsgrundlagen und eine Kosteneinschätzung darlegt. Hieraus resultierend kann ein Honorar selbst in dem Fall verlangt werden, dass keine grundlegende Konzeption des zu planenden Bauwerks erarbeitet wurde. Darüber hinaus kann eine solche „Leistung“ sogar als Vertragsschluss über die vollständigen (!) Architektenleistungen gewertet werden. Dem Bauherrn steht jedoch ein Sonderkündigungsrecht zu, wonach er den Vertrag innerhalb von zwei Wochen nach Vorlage der im Rahmen der Zielfindungsphase erstellten Unterlagen kündigen kann. Nach der Kündigung sind (nur) die bis dahin durch den Architekten erbrachten Leistungen entgeltpflichtig. Es bleibt abzuwarten, wie diese Regelungen in der Praxis gehandhabt werden. Für einen Vertragsabschluss wird man in dieser sehr frühen Phase jedenfalls fordern müssen, dass sich Bauherr und Architekt/Planer über die wesentlichen Inhalte (insbes. Leistung und Gegenleistung) geeinigt haben.

Architekten und Ingenieure werden nicht nur bei der Vergütung frühzeitiger Leistungen künftig privilegiert, sondern auch, wenn sie gemeinschaftlich mit einem Bauunternehmer für Mängel verantwortlich sind, etwa wenn Mängel auf einer mangelhaften Bauausführung beruhen, die von dem Architekten nicht ordnungsgemäß überwacht wurde, oder Planungsfehler hinzutreten. Wenn der Bauherr die Inanspruchnahme des Architekten oder Ingenieurs beabsichtigt, ist er verpflichtet, zunächst dem ausführenden Bauunternehmer eine Frist zur Beseitigung der Mängel zu setzen. Erst nach deren fruchtlosem Ablauf kann der Architekt bzw. Ingenieur belangt werden. Die praktische Relevanz dürfte allerdings eher gering sein, weil jeder Bauherr sich mit einem Mängelbeseitigungsverlangen zunächst an den Bauunternehmer wenden wird, der anders als der Architekt oder der Ingenieur die Möglichkeit besitzt, die Mängel im eigenen Betrieb beheben zu lassen.

Es bleibt dabei: Bauen ist nicht nur in technischer, sondern kann auch in rechtlicher Hinsicht eine Herausforderung sein, bei der es gilt, Fehler zu vermeiden. Hierbei unterstützen wir gern.

Dr. Christiane Wilkening

KOFLER & KOMPANIE

CULTURE IN FOOD SINCE 1823

„Gastronom des Jahres 2018“

„Um als Gastronom erfolgreich bestehen zu können, ist es unumgänglich, sich mit Trends auseinanderzusetzen, mit dem Zeitgeist zu gehen und immer wieder aufs Neue innovative Konzepte zu entwickeln“.

Mit diesen Worten leitete KP Kofler seine Dankesworte ein, als er im Oktober vom Schlemmer Atlas die Auszeichnung „Gastronom des Jahres 2018“ verliehen bekam. Schon 2008 hatte Gault Millau KP Kofler als „Restaurateur des Jahres“ geadelt. In den Jahren 2013, 2014 und 2016 erhielt er den begehrten „Caterer of the year“ Award des ROLLING PIN.

KP Kofler ist CEO und Gründer des internationalen Premium-Cateringunternehmens Kofler & Kompanie. Nicht nur im Event Catering ist der Name Kofler ein Begriff. Auch in der Sports Hospitality hat er sich international fest etabliert.

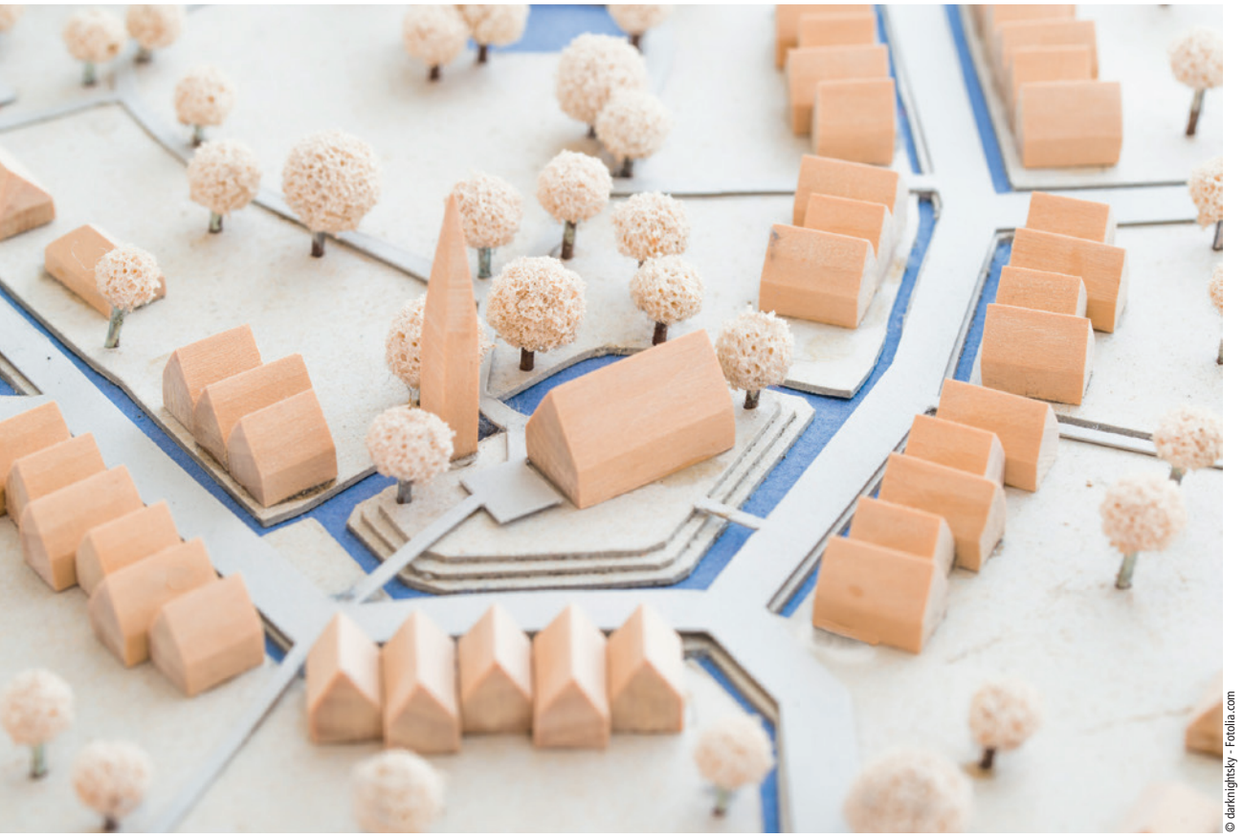
Von Pop-Up-Restaurants mit Sterneköchen in ausgefallenen Locations, über die Betreuung von Airport Lounges und das Catering eines Formel 1 Grand Prix bis hin zur Hospitality bei der Fußball-WM und den Olympischen Spielen in Brasilien – KP Kofler ist vor Ort und kreiert mit seinem Essen ein Event bei einem Event.

Auch für SOH ist es etwas Besonderes, Kofler & Kompanie seit vielen Jahren im IP-Bereich anwaltlich zu betreuen und zu beraten. „SOH ist ein starker und kompetenter Partner an unserer Seite“, so KP Kofler.

Wir freuen uns über diesen Zuspruch!

Foto: Georg Roske

Die Zeichen stehen auf Angriff



© darknightsky - Fotolia.com

Bürgerinitiativen, Umweltverbände und „Wutbürger“ erschweren immer wieder Projektentwicklungen, welche die Aufstellung eines Bebauungsplanes erfordern. Seit dem 02.06.2017 ist nun eine weitere Hürde für ein gerichtliches Vorgehen gegen Bebauungspläne gefallen – ein Klagewilliger kann mit seinen Einwendungen bis zum gerichtlichen Verfahren warten und muss nicht schon im Bebauungsplanverfahren Stellung beziehen. Das kann böse Überraschungen zur Folge haben. Für Vorhabenträger gilt daher einmal mehr: „Was du heute kannst besorgen, das verschiebe nicht auf morgen“.

Bereits in der Vergangenheit werden Projektentwickler und Vorhabenträger immer wieder hörbar aufgestöhnt haben oder gar negativ überrascht worden sein. Nicht zuletzt dank des Europarechts wurden zusätzliche Klagemöglichkeiten gesetzlich verankert. Man denke insbesondere an die Vorgaben des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes, das Umweltverbänden unter bestimmten Voraussetzungen ein Klagerecht einräumt, ohne dass die Darlegung – wie sonst üblich – einer eigenen Rechtsverletzung erforderlich ist. Nunmehr ist der Gesetzgeber noch einen Schritt weiter gegangen: Mit Wirkung zum 02.06.2017 wurde durch das „Gesetz zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben“ § 47 Abs. 2 a VwGO ersatzlos gestrichen. Projektentwicklungen werden dadurch nicht leichter.

Bislang war es so, dass die gerichtliche Überprüfung eines Bebauungsplanes nur beantragt werden konnte, wenn der Antragsteller bereits im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung im Bebauungsplanverfahren Einwendungen geltend gemacht hatte und diese nunmehr teilweise wiederholte. Auf diesen Umstand war im Bebauungsplanverfahren in der Bekanntmachung zur Öffentlichkeitsbeteiligung durch die Gemeinde hinzuweisen. Gab der Antragsteller im Bebauungsplanverfahren trotz Möglichkeit keine Stellungnahme ab, so war der spätere Normenkontrollantrag vor Gericht unzulässig (sog. Präklusion).

Das ist vorbei. Der willige Kläger kann nach neuer Rechtslage ungeschoren bis zum Inkrafttreten eines Bebauungsplanes zuwarten, um dann erstmalig im gerichtlichen Verfahren seine Einwendungen geltend zu machen. Das bedeutet für den Vorhabenträger, dass ein bislang bestehendes „Frühwarnsystem“ entfällt. Denn nach alter Rechtslage konnte er anhand der Beteiligungsschritte im Bebauungsplanverfahren ablesen, mit welchen Gegenspielern und damit potenziellen Klägern zu rechnen ist. Anhand der eingegangenen Einwendungen konnte er bei gleichzeitiger Prüfung des Vorliegens der Antragsbefugnis in einem späteren Prozess leicht abschätzen, ob ein relevantes Risiko besteht. Zwar musste der Klagewillige nicht die wesentlichen Inhalte seines späteren Klagevortrages schon im Bebauungsplanverfahren preisgeben; allein die Identifizierung seiner Person machte aber eine Risikoabschätzung möglich.

Diese der Effektivität eines Bebauungsplanverfahrens dienende Bastion ist nunmehr gefallen. Wer ein Vorhaben verhindern will, wird dies mit großer Freude sehen. Denn der geneigte Anwalt wird ihm raten, dass er nunmehr besser mit jeglichen Einwendungen bis zum Inkrafttreten des Bebauungsplanes zuwartet, um sodann unverzüglich mittels eines gerichtlichen Normenkontrollantrages gegen den Bebauungsplan vorzugehen und ggf. auch noch mittels eines Eilantrages zu verhindern, dass auf der Grundlage des gerade in Kraft getretenen Bebauungsplanes eine Baugenehmigung erteilt wird.

Der Vorhabenträger kann diesem neuen Risiko nur durch eine frühzeitige und jedenfalls im Hinblick auf die neuralgischen Punkte gewissenhafte und rechtssichere Bebauungsplanerstellung entgegenwirken. Das bedeutet, dass insbesondere die typischen Einfallstore Artenschutz, Immissionsschutz, ggf. Raumordnung sowie formelle Aspekte des Planungsverfahrens frühzeitig juristisch sauber auf- und abgearbeitet werden.

Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, sich bereits vor Inkrafttreten des Bebauungsplanes, d. h. nach Durchführung der letzten Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung, eine Baugenehmigung erteilen zu lassen, wenn mit einem Inkrafttreten des Bebauungsplanes in der Fassung des vorliegenden Entwurfes sicher zu rechnen ist und der Vorhabenträger die Festsetzungen des Bebauungsplans für sich als verbindlich anerkennt (§ 33 BauGB).

Diese frühzeitige Genehmigungserteilung hat zwei Vorteile: Zum einen behält die einmal erteilte Genehmigung grundsätzlich ihre Wirkung, wenn der Bebauungsplan später in einem Normenkontrollverfahren gerichtlich für unwirksam erklärt wird. Zum anderen kann ein Klagewilliger nicht mehr mittels eines Eilantrages gerichtlich durchsetzen, dass auf der Grundlage des gerade in Kraft getretenen Bebauungsplanes keine Genehmigung erteilt werden darf. Denn die Genehmigung wurde ja bereits erteilt. Er muss sich dann also vielmehr direkt mit einer Klage gegen die Baugenehmigung selbst wenden. Ein solches Vorgehen ist rechtlich deutlich schwieriger als das Vorgehen gegen den Bebauungsplan.

Die Taktik der frühzeitigen Genehmigungserteilung will aber genau abgewogen werden, da sie nicht nur Vorteile birgt. Im Grundsatz bleibt es daher dabei: Je frühzeitiger die problematischen Punkte identifiziert und in der Folge sauber abgearbeitet werden, desto schneller und sicherer lässt sich das Projekt am Ende verwirklichen.

Wir helfen Ihnen gern.

Dr. Florian Michallik

Kostenfalle „indirekte Nutzung“ von SAP-Software

© georgejmclittle - Fotolia.com

SAP ist nicht von ungefähr das gemessen am Börsenwert wertvollste deutsche Unternehmen: Zahlreiche Unternehmen nutzen die Programme und Cloud-Services des Softwareriesen aus Walldorf. Seit einiger Zeit fürchten viele dieser Unternehmen eine gefährliche Kostenfalle, die unter dem Stichwort „indirekte Nutzung“ zwar unauffällig daherkommt, es aber in sich hat:

Software von SAP wird häufig als zentrales Element der Softwarelandschaft in Unternehmen genutzt. Auf die mit SAP erzeugten und verarbeiteten Daten, wie z. B. Lieferanten-, Kunden- und Artikelstammdaten, wird nicht nur durch unmittelbare Nutzung der SAP-Software zugegriffen, sondern auch indirekt über Software anderer Anbieter. So kann es z. B. sein, dass Lösungen des US-amerikanischen Cloud-Spezialisten Salesforce auf mit SAP erzeugte oder gespeicherte Daten zugreifen, diese verändern oder auch Funktionen der SAP-Software auslösen und deren Ergebnisse in die eigene Lösung integrieren. Die Kostenfalle ergibt sich nun daraus, dass SAP etwas versteckt in den Lizenzbedingungen definiert, dass auch solche indirekten Zugriffe auf die SAP-Software als Nutzung der SAP-Software gelten. Ist die betroffene SAP-Software nach Nutzern lizenziert (d. h. der Kunde muss für jeden Nutzer der SAP-Software eine Lizenz erwerben), muss der Kunde daher nicht nur für jene Personen, die unmittelbar mit der SAP-Software arbeiten, Nutzerlizenzen erwerben, sondern auch für jene, die nur über Drittanwendungen auf die SAP-Software zugreifen. Das gilt nach der Lesart von SAP selbst dann, wenn der Kunde die zur Verbindung der Programme benutzte Schnittstelle separat lizenziert: Mit dieser Lizenz wird nur das Recht zur Nutzung der Schnittstelle, nicht aber das Recht zur Nutzung der SAP-Software durch Nutzer der über die Schnittstelle angebundenen Drittsoftware erworben.

Dass dies zu einer wahren Explosion der Zahl der zu lizenzierenden Nutzer führen kann, wurde jüngst dem britischen Getränkehersteller Diageo mit Urteil des britischen High Court of Justice in London vom 16.02.2017 bestätigt: Das Gericht stellte fest, dass Diageo grundsätzlich verpflichtet ist, zusätzliche Lizenzen für eine große Zahl von (indirekten) Nutzern zu erwerben. Den konkreten Betrag der zu zahlenden Lizenzgebühren konnte das Gericht zwar nicht feststellen. SAP hatte aber zusätzliche Lizenzgebühren in Höhe von nicht weniger als rund 62 Mio. EUR geltend gemacht, was im Ergebnis in etwa zu einer Verdoppelung der gesamten Lizenzkosten von Diageo für die SAP-Software führen soll.

Ob der britische Richterspruch auf nach deutschem Recht zu beurteilende Sachverhalte übertragbar ist, ist allerdings noch nicht ausgemacht. Denn das britische Gericht orientierte sich bei seiner Entscheidung allein an den zwischen SAP und Diageo getroffenen vertraglichen Absprachen. Diese waren aber so eindeutig zu Gunsten von SAP formuliert, dass sie eine andere Entscheidung wohl kaum zuließen. Deutsche Gerichte müssten sich im Falle einer gerichtlichen Klärung hingegen neben den vertraglichen Vereinbarungen mit zahlreichen Rechtsfragen auseinandersetzen, die bisher noch völlig ungeklärt sind. So ist fraglich, ob die sehr umfassende Definition der „Nutzung“ von SAP-Software, die überhaupt erst zur Lizenzpflicht indirekter Nutzungen führt, einer sog. gerichtlichen AGB-Kontrolle auf Wirksamkeit standhält. Auch ist ungeklärt, ob die Lizenzbedingungen von SAP im Hinblick auf die indirekte Nutzung mit zwingenden Grundsätzen des deutschen und europäischen Urheberrechts, der rechtlichen Grundlage des Schutzes von Software, vereinbar sind. Schließlich wird das Verhalten von SAP teilweise für kartellrechtswidrig gehalten. Denn durch die Lizenzpflicht der indirekten Nutzung muss der Kunde beim Einsatz von Software von Drittanbietern zweimal bezahlen: Zunächst für die Drittsoftware selbst und außerdem für die indirekte Nutzung der SAP-Software, was beim Einsatz des entsprechenden SAP-eigenen Produkts in der Regel nicht der Fall ist. Die Produkte des Wettbewerbs werden also durch die Lizenzpflicht der indirekten Nutzung im Vergleich zu SAP-Produkten verteuert, was als Missbrauch von Marktmacht kartellrechtlich verboten sein kann. Ein Verzicht von SAP auf die sprudelnde Geldquelle „indirekte Nutzung“ ist trotz erheblichen Unbehagens der Kunden nicht in Sicht. Allerdings befasst sich SAP seit dem Jahr 2016 mit der Fortentwicklung der eigenen Lizenzmodelle, insbesondere unter Berücksichtigung des Themas der indirekten Nutzung. Erklärtes Ziel ist es, die Höhe der durch den Kunden zu zahlenden Lizenzgebühren im Falle typischer Szenarien der indirekten Nutzung nicht mehr an der Zahl der involvierten Nutzer festzumachen, sondern an dem für den Kunden entstehenden Vorteil. So bietet SAP zwischenzeitlich für besonders häufig vorkommende Fälle indirekter Nutzungen Lizenzmodelle an, bei denen nicht nach Nutzern, sondern nach der Zahl der abgewickelten Bestellungen lizenziert und durch den Kunden gezahlt wird. Außerdem hat SAP eine neue Kategorie des rein lesenden Zugriffs auf SAP-Daten (sog. „static read“) geschaffen, bei dessen Vorliegen eine lizenzpflichtige indirekte Nutzung nicht vorliegen soll. Ob diese Modelle zu für den Kunden wirtschaftlich akzeptablen Ergebnissen führen, bleibt abzuwarten.

Was können Unternehmen also tun, um Risiken aus einer möglichen indirekten Nutzung ihrer SAP-Software zu vermeiden oder doch zumindest zu verringern? Sinnvoll ist es auf jeden Fall, selbst und unaufgefordert zu prüfen, ob und ggf. in welchem Umfang Risiken einer indirekten Nutzung bestehen. Dazu müssen zunächst die konkret geltenden Lizenzbestimmungen, die sich bei SAP in der sog. Preis- und Konditionenliste finden, geprüft werden. Denn ältere Lizenzbedingungen sind im Hinblick auf die indirekte Nutzung für SAP weniger günstig als jüngere. Außerdem muss die konkrete Art der aktuellen und geplanten Nutzung der SAP-Software und der entsprechenden Daten über Drittenwendungen betrachtet werden. Sind Risiken einer indirekten Nutzung identifiziert, kann überlegt werden, ob die konkrete Art der Nutzung so geändert werden kann, dass die indirekte Nutzung ausgeschlossen oder zumindest eingeschränkt wird. Für nicht vermeidbare indirekte Nutzungen kann dann eine wirtschaftlich vertretbare Lösung mit SAP gesucht werden, ggf. auch durch Umstieg auf die neuen von SAP entwickelten Lizenzmodelle. Ein gutes Ergebnis wird man am ehesten erzielen können, wenn der Erwerb neuer SAP-Produkte ansteht.

SAP-Kunden sollten das Thema indirekte Nutzung auch deshalb im Auge behalten, weil sich die denkbaren Szenarien einer indirekten Nutzung in Zeiten des Internet der Dinge vervielfältigen werden. Denn auch der Zugriff durch Roboter, Fahrzeuge oder andere automatisierte und vernetzte Maschinen und Systeme auf SAP-Software kann u. U. zu einer lizenzpflichtigen Nutzung von SAP-Software führen. In einer Welt, in der alles mit allem vernetzt ist, könnte der Einsatz von SAP-Software so zum Kosteninferno führen.

Dr. Ulf Rademacher

© Elnur - Fotolia.com

SOH NEWS NR. 13

Gesundheit 4.0 Herausforderungen und Chancen

Unserem Partner Prof. Dr. Franz-Josef Dahm wurden in diesem Jahr zwei besondere Ehrungen zu teil.

Im Februar verlieh ihm der Vorstand der Bundesärztekammer und des Deutschen Ärztetages aufgrund seiner langjährigen Verdienste um das Medizinrecht die Ehrennadel der deutschen Ärzteschaft. Zudem sind seine beruflichen Leistungen wie auch seine Persönlichkeit von Berufskollegen, Richtern und aktuellen sowie ehemaligen Lehrstuhlinhabern mit einer Festschrift gewürdigt worden: „Glück Auf! – Medizinrecht gestalten“.

Unter dem Schlagwort „Gesundheit 4.0“ wartet im Medizinrecht nunmehr eine weitere Gestaltungsaufgabe, der sich SOH gern stellt.

Der stete Wandel im Gesundheitswesen wird vom Gesetzgeber regelmäßig nur schleppend nachvollzogen. So hat dieser z. B. das Inkrafttreten des E-Health-Gesetzes in diesem Jahr als großen Erfolg gefeiert, mit dem unter anderem auf einzelne Leistungen beschränkte Videosprechstunden für einige Fachgruppen ermöglicht worden sind. Eine digitale Vernetzung existiert unverändert nicht. Die Aktualisierung der Versichertenstammdaten wird der erste Anwendungsbereich sein, bei dem die elektronische Gesundheitskarte des Versicherten zum Online-Austausch von Daten genutzt wird. Nicht einmal medizinische Notfalldaten werden anfangs über die elektronische Gesundheitskarte abrufbar sein. Die Aussage von Bundesgesundheitsminister Gröhe, es handele sich bei der elektronischen Gesundheitskarte um einen Sportwagen, der in der Garage auf seinen Einsatz lauere, ist damit nach wie vor passend. Es liegt auf der Hand, dass die Entwicklung zunehmend an Dynamik gewinnen muss, damit unser Gesundheitswesen Anschluss und Qualität hält. Dabei geht die Entwicklung bereits weit über die Online-Kommunikation zwischen Arzt und Patient oder Arzt und Krankenhaus hinaus. So ist bereits Software verfügbar, bei der auf der Grundlage von Labordaten und zusätzlichen Daten des Patienten das Ergebnis einer Blutanalyse mit einem Befundbericht versehen und dem Arzt zur Verfügung gestellt wird. Im Bereich der Diagnose und insbesondere der Therapie für Krebserkrankungen streben verschiedene Softwareanwendungen dieser Kategorie auf den Markt und lassen erkennen, wie sich zukünftig Krankenbehandlung verändern wird. Auf der Grundlage von Befunden und Ergebnissen der Behandlung Dritter, die in einer Datenbank erfasst sind, erfolgt die Therapie und Prognose auch für den aktuell erkrankten Patienten, dessen Befunde und Vorerkrankungen in die Software eingegeben werden. Derartige EDV-gestützte Anwendungen reichen von maßgeschneiderten und individuell hergestellten Gelenkersatzprothesen bis hin zur individuell konfigurierten Arzneimitteltherapie.

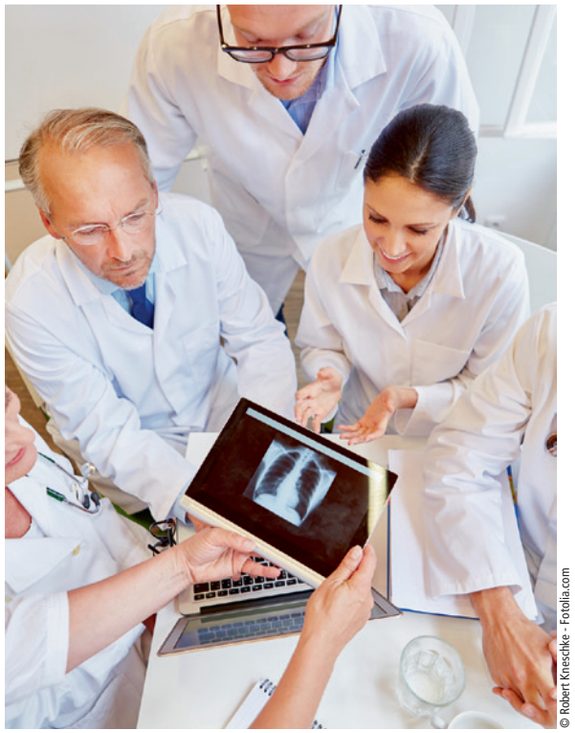
Die Diskussion zur Gesundheit 4.0 dreht sich im Wesentlichen um die drei Themen, die Innovationen regelmäßig begleiten: Haftung, Datenschutz und Vergütung. Die damit zusammenhängenden rechtlichen Abgrenzungsfragen sollen am Beispiel einer Software beschrieben werden, die als Diagnose-Tool, etwa im Rahmen der Analyse von Bilddaten oder Laborparametern, von Krankenhäusern oder Ärzten genutzt wird.

HAFTUNG

Softwareanwendungen, die der Diagnose oder Behandlung von Erkrankungen dienen, werden als Medizinprodukte eingeordnet. Unterschiede zwischen einfachen Apps zur Weitergabe von Blutdruckwerten oder komplexen Datenbanken bestehen nicht. Der Hersteller hat die nach dem Brustimplantate-Skandal verschärften Regelungen zur Konformitätsbewertung (CE-Kennzeichen) vor dem Einsatz zu beachten und haftet dann für die Einsatzfähigkeit des Produkts nach üblichen Produkthaftungsregelungen. Die Beschränkung der Haftung des Herstellers gegenüber den Patienten ist nur eingeschränkt möglich, da formularmäßige Vereinbarungen zur Haftungsbeschränkung bei der Verletzung von Körper und Gesundheit nach den Vorschriften des BGB unwirksam sind. Die theoretische Diskussion dazu hat inzwischen einen ersten praktischen Anwendungsfall erfahren: Eine Bilderkennungssoftware, die maligne Melanome identifizieren sollte, wurde zurückgerufen, nachdem sich eine falsch negative Fehlerquote von 30 % gezeigt hatte, also fast ein Drittel aller überprüften malignen Melanome von der Software als ungefährlich qualifiziert worden waren. Eine weitere zentrale Fehlerquelle bei der Softwareanwendung stellt der Anwender dar. Insoweit trägt der Anbieter der Software die Verantwortung für das Vorliegen einer sachgerechten Bedienungsanleitung. Ist das der Fall, haftet der Hersteller nicht bei etwaigen Anwendungsfehlern. Die Anwendung der Software erfolgt regelmäßig nicht durch den Patienten, sondern durch den behandelnden Arzt, der die Indikation zum Einsatz der Softwareanwendung zu stellen, notwendige Eingaben vorzunehmen und das Ergebnis zu bewerten hat. Für diese Tätigkeiten trägt – wie im Rahmen jeder ärztlichen Behandlung – allein der Arzt auch die Verantwortung.

DATENSCHUTZ UND ÄRZTLICHE SCHWEIGEPFLICHT

Die ärztliche Schweigepflicht und das Datenschutzrecht sind von dem Grundsatz geprägt, dass die Einwilligung des Patienten in die Weitergabe und Nutzung seiner Daten unverzichtbar ist. Beachtet der Arzt dieses Erfordernis nicht und gibt er z. B. nicht anonymisierte Daten an eine Datenbank außerhalb seiner Praxis weiter, macht er sich wegen des Bruchs der ärztlichen Schweigepflicht strafbar. Die Weitergabe von Daten an eine solche Datenbank ist zu deren Fortentwicklung als lernendes System allerdings von besonderer Bedeutung. Eine vollständige Anonymisierung ist dabei regelmäßig nicht möglich, da häufig Daten mitgeliefert werden müssen, die eine Identifizierung



© Robert Kneschke - Fotolia.com

des dahinter stehenden Patienten zumindest mit Zusatzwissen ermöglichen. Für eine solche Fortentwicklung ist demnach das datenschutzrechtliche Konzept sorgsam auszugestalten. Ebenso herausfordernd wird es für den anwendenden Arzt sein, Patienten davon zu überzeugen, in die Nutzung auch seiner Daten einzuwilligen, um die Erkenntnisse aus der bei ihm bestehenden Erkrankung, der Therapie und der sich ergebenden Entwicklung für zukünftige Patienten nutzbar machen zu können.

KOSTENERSTATTUNG

Die Vergütung von ärztlichen Leistungen ist zum Schutz der Patienten streng reguliert. Zu unterscheiden ist dabei einerseits zwischen selbstzahlenden Patienten, zu denen die Privatversicherten und Beihilfeberechtigte gehören, und gesetzlich versicherten Patienten andererseits.

Bei gesetzlich versicherten Patienten stellt die Aufnahme einer Leistung in die Gebührenordnung für die Behandlung gesetzlich Versicherter, den Einheitlichen Bewertungsmaßstab (EBM), die Weiche für die Frage, ob diese Gegenstand der gesetzlichen Krankenversicherung ist oder nicht. Der EBM enthält dazu derzeit keine Vergütungsregelungen. Es stellt sich damit die Frage, ob die Anwendung und Nutzung einer entsprechenden Software eine ärztliche Leistung eigener Art ist, also nicht unter die bereits bestehenden Leistungsziffern fällt. Dafür spricht vieles. Die Anwendung verlangt regelmäßig andere Fähigkeiten vom Arzt als die klassischen klinischen Tätigkeiten. Er muss insbesondere ausreichende Kenntnisse über die Leistungsfähigkeit und Anwendung der Software, aber auch über deren Produktsicherheit und Fehleranfälligkeit haben. Je innovativer die Software, desto eindeutiger unterscheidet sich deren Anwendung durch den Arzt von klassischen ärztlichen Behandlungsmethoden. Es handelt sich dann um eine „neue Untersuchungs- und Behandlungsmethode", die ohne gesonderte Regelung nicht Gegenstand der gesetzlichen Krankenversicherung ist, also vom gesetzlich versicherten Patienten nicht zu Lasten seiner Krankenkasse in Anspruch genommen werden kann. Der vom Patienten gewünschte Einsatz der Software müsste von ihm selbst vergütet werden. Lässt sich die Anwendung der Software hingegen noch als Teil der Versicherten- bzw. Grundpauschale des EBM einordnen, wäre diese auch Gegenstand der gesetzlichen Krankenversicherung. In diesem Fall kann allerdings der Arzt ggf. Kostenerstattung für die Anwendung der Software verlangen, wie er im Einzelfall auch Kostenerstattung für Medizinprodukte verlangen kann, die im Rahmen etwa von ambulanten Operationen bei dem Patienten verbraucht werden. Bei stationären Patienten stellt sich diese Problematik nicht. Das Krankenhaus ist zur Anwendung auch von neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden berechtigt, ohne dass diese gesondert im Rahmen einer Gebührenordnung aufgenommen sind. Allerdings erhalten Krankenhäuser Pauschalen je nach behandelter Erkrankung. Für sie besteht deshalb ggf. die Notwendigkeit, für die Anwendung der Software ggf. separat mit den Krankenkassen Zusatzentgelte zu vereinbaren.

Bei Selbstzahlern findet im Rahmen jeder Heilbehandlung die Gebührenordnung der Ärzte (GOÄ) Anwendung. Im Rahmen der GOÄ ist der Arzt bei ambulanten und stationären Patienten zur Weiterberechnung der ihm entstehenden Sachkosten berechtigt, soweit es sich um sonstige Materialien handelt, die nach der Verwendung des Produkts verbraucht sind. Daneben hat sich die Auffassung etabliert, dass die Anwendung von Software im Rahmen der ärztlichen Behandlung ggf. zur Abrechnung von zusätzlichen Ziffern als Analogziffern berechtigen kann, sofern es sich eben um eine originäre ärztliche Behandlung handelt, die noch nicht in der GOÄ abgebildet ist.

FAZIT

Die IT-Entwicklungen im Gesundheitswesen, die unter dem Schlagwort Gesundheit 4.0 zusammengefasst werden, werden aufgrund des damit verbundenen Nutzens nicht aufzuhalten sein. Sowohl die Behandlungsqualität als auch die Behandlungseffizienz können dadurch weiter gesteigert werden. Die damit entstehenden rechtlichen Fragen sind bisher vielfach noch nicht gelöst. Gesetzgeber, Gerichtsbarkeit, Rechtswissenschaft und Anwaltschaft sind daher – die Anlehnung an die für unseren Partner Prof. Dr. Franz-Josef Dahm herausgegebene Festschrift sei uns nachgesehen – aufgerufen, Medizinrecht zu gestalten. Wir stellen uns dieser Aufgabe gern.

Dr. Stefan Bäune

Dr. Roland Flasbarth

Datenschutz-Grundverordnung ante portas

© peshkova - Fotolia.com

Der Countdown läuft!

Der Countdown läuft: Ab dem 25. Mai 2018 gilt die Datenschutz-Grundverordnung (Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG).

Die Datenschutz-Grundverordnung ist geltendes Recht. Sie muss nicht in deutsches Recht umgesetzt werden, um – ab dem 25. Mai 2018 – unmittelbare Rechte und Pflichten zu begründen. In Teilen erlaubt sie indes mitgliedstaatliche Sonderwege, z. B. im Bereich des betrieblichen Datenschutzes. Auf diese Möglichkeiten hat der deutsche Gesetzgeber mit dem Erlass eines neuen Bundesdatenschutzgesetzes regiert, das ebenfalls am 25. Mai 2018 in Kraft treten und u. a. konkretisierende Bestimmungen zum Beschäftigtendatenschutz enthalten wird.

Die Diskussion über die Implikationen der Datenschutz-Grundverordnung war seit den ersten Entwürfen erkennbar von den erheblichen Bußgeldern geprägt, die bei einem Verstoß gegen die Anforderungen der Verordnung drohen. Eine solch isolierte Betrachtung greift jedoch zu kurz. Zwar enthält die Datenschutz-Grundverordnung strenge regulatorische Anforderungen, die im Rahmen der datenschutzrechtlichen Compliance natürlich einzuhalten sind. Eine Vielzahl der – nunmehr unionsrechtlichen – Pflichten war im Grundsatz jedoch bereits im deutschen Datenschutzrecht angelegt. Wer folglich bereits bisher datenschutzrechtliche Sensibilität zeigte, sollte im Zweifel auch den neuen Anforderungen entsprechen und damit drohenden Bußgeldern von bis zu 4 Prozent des weltweiten Jahresumsatzes ausweichen können.

Die verbleibenden Monate bis zum 25. Mai 2018 sollten genutzt werden, um die eigene datenschutzrechtliche Compliance zu prüfen und erkannte Defizite zu beheben. Es bietet sich etwa an,

- eigene datenschutzrechtliche Regelwerke, Abläufe im Unternehmen (EDV, Kundenmanagement, Homepage, etc.), Betriebsvereinbarungen, Arbeitsverträge etc. daraufhin zu analysieren, ob Ergänzungen oder Anpassungen an die neuen Vorschriften notwendig sind;

- vertragliche Regelungen mit Dritten über die Auftragsdatenverarbeitung auf Anpassungsbedarf zu prüfen; und

- Vorkehrungen für den Fall von Anfragen von Datenschutzbehörden oder notwendigen Meldungen an die Behörden zu treffen.

Dabei – und vor allem bei der Bestandsanalyse sowie der Prüfung auf Anpassungsbedarf – sind naturgemäß die Pflichten der Datenschutz-Grundverordnung in den Blick zu nehmen. Dies gilt z. B. für Dokumentationserfordernisse, um den notwendigen Nachweis der Einhaltung der Datenverarbeitungsanforderungen erbringen zu können.

Darüber hinaus sind künftig schon bei der Produktentwicklung und -umsetzung die datenschutzrechtlichen Pflichten und Anforderungen zu beachten, um die Datenschutzgrundsätze effektiv umzusetzen („privacy by design and by default“, Datenschutzfolgeabwägungen). So ist etwa bereits bei dem Entwurf eines Kundenmanagementsystems zu überlegen, wie datenschutzrechtliche Anforderungen eingehalten werden können. Datenschutz soll zum Gerüst eines Prozesses zählen und nicht erst im Rahmen der konkreten Implementierung nachträglich hinzutreten.

Dabei sind die Verantwortlichen zur Wahrung eines – unter Berücksichtigung des Standes der Technik – angemessenen Schutzniveaus bei der Datenverarbeitung verpflichtet.

All dies gilt umso mehr, als eine Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten im Regelfall der Aufsichtsbehörde und unter bestimmten Voraussetzungen auch dem Betroffenen mitzuteilen ist – Meldepflichten für „Dataleaks“ werden durch die Datenschutz-Grundverordnung sogar verschärft (sie beziehen sich nunmehr auf alle Arten personenbezogener Daten).

Eine nachhaltige Dokumentation der Erfüllung der eigenen datenschutzrechtlichen Pflichten ist dabei zum Selbstschutz anzuraten. Denn bei einem Verstoß gegen die einschlägigen Anforderungen droht ein Schadenersatzanspruch, der sich sowohl auf materielle als auch immaterielle Schäden des Verletzten erstreckt. Das Verschulden des Verantwortlichen wird dabei vermutet. Um es zu widerlegen, benötigt man belastbare Argumente, welche die eigene Dokumentation liefern muss.

Nach alledem: Der Stichtag für das Wirksamwerden der Datenschutz-Grundverordnung naht. Eine gute Vorbereitung darauf vermeidet unerwünschte Überraschungen und ermöglicht eine nachhaltige datenschutzrechtliche Compliance. Die verbleibende Zeit sollte daher nicht ungenutzt gelassen werden.

Dr. Hans-Jörg Schulze

© Butch - Fotolia.com

Panama und Paradise Papers – (Kein) Ende der „Heimlichtuerei“?

Im April 2016, die öffentliche Empörung über die Enthüllungen der Panama Papers befand sich gerade auf dem Höhepunkt (Süddeutsche Zeitung: „Bahamas – Geldversteck der Millionäre“; The Guardian: „The hidden deals that helped David Cameron’s father avoid paying UK tax“), kündigte Bundesjustizminister Heiko Maas die Schaffung eines sog. „Transparenzregisters“ an und erklärte öffentlichkeitswirksam: „Die Heimlichtuerei muss ein Ende haben.“

Tatsächlich handelte es sich nicht um eine deutsche Initiative. Vielmehr musste das Transparenzregister zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie aus dem Jahre 2015 ohnehin planmäßig zum 26. Juli 2017 eingeführt werden. Durch diese Richtlinie sollten europaweit die geldwäscherechtlichen Standards auf Basis der Empfehlungen der Financial Action Task Force on Money Laundering (kurz: FATF) aus dem Jahre 2012 (sic!) vereinheitlicht werden.

Dennoch hatte die „Initiative“ des Bundesjustizministers zunächst insoweit Erfolg, als sie den aus der Entrüstung über die Panama Papers resultierenden öffentlichen Druck auf den Gesetzgeber reduzierte.

Der Name „Transparenzregister“ klingt wohltuend. Bei genauerer Betrachtung handelt es sich aber um einen gesetzgeberischen Missgriff. Für Deutschland mit seinen schon bisher bestehenden öffentlichen Registern gilt dieser Befund in besonderem Maße.

Statt Licht in das Dunkel zu bringen, wo bisher offenbar nur die journalistische Auswertung „geklauter“ Datensätze weiterhelfen konnte, bringt das Transparenzregister vor allem einen erhöhten administrativen Aufwand für Vorstände und Geschäftsführer mit sich. So ist jeder Vorstand und Geschäftsführer verpflichtet, Informationen zu den wirtschaftlich Berechtigten seiner Gesellschaft einzuholen, aufzubewahren, auf dem aktuellen Stand zu halten und gegenüber dem Transparenzregister in elektronischer Form zu melden (vgl. §§ 19, 20 GWG). Diese Meldungen waren erstmalig zum Ablauf des 1. Oktober 2017 vorzunehmen.

Insbesondere zum Teil misslungene Definitionen des wirtschaftlich Berechtigten sorgen noch immer für Verwirrung. Zwar hat der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der europäischen Vorgaben versucht, Bürokratie und Mehraufwand für die Betroffenen zu vermeiden, indem er eine Meldepflicht gegenüber dem Transparenzregister entfallen ließ, wenn sich die an das Transparenzregister zu meldenden Daten (Vor- und Nachname, Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses, Geburtsjahr und Wohnort) bereits aus existierenden Registern (Handels-, Vereins- und Partnerschaftsregister etc.) ermitteln lassen. Gerade diese Regelungen sind jedoch nicht eindeutig formuliert. Die – wenig überraschende – Folge war eine nicht zu übersehende Vielfalt im juristischen Schrifttum – insbesondere in praxisorientierten Newslettern etc. –, die auf der Grundlage der Maxime des „sichersten Weges“ im Zweifel für eine Meldepflicht gegenüber dem Transparenzregister plädierten und hierdurch Beratungsaufwand generierten.

Nach unserer Überzeugung bestehen dagegen Meldepflichten für deutsche Gesellschaften nur in Ausnahmefällen (z. B. Treuhandgestaltungen, Stimmrechtsabreden, Auslandsbezug etc.). Diese Beratungspraxis wird zunehmend in neueren Stellungnahmen bestätigt, vor allem durch Veröffentlichungen des Bundesverwaltungsamtes, das die Rechts- und Fachaufsicht für Transparenzregister innehat.

Für die große Mehrheit unserer Mandanten beschränken sich die Auswirkungen des Transparenzregisters somit – nach zutreffender Auffassung – auf die Pflicht, Informationen zu den wirtschaftlich Berechtigten der Gesellschaft einzuholen, aufzubewahren und auf dem aktuellen Stand zu halten, weil die maßgeblichen Informationen seit jeher im Handelsregister verfügbar sind. Von „Heimlichtuerei“ kann angesichts dessen keine Rede sein.

Einen durch das Transparenzregister geschaffenen wesentlichen Mehrwert können wir folglich nicht erkennen. Es kommt hinzu, dass der Gesetzgeber die Chance verpasst hat, durch die im Transparenzregister veröffentlichten Daten wenigstens die nach den geldwäscherechtlichen Vorschriften zur Ermittlung der wirtschaftlich Berechtigten Verpflichteten (z. B. Banken, Wirtschaftsprüfer, Notare aber u. U. auch sog. Güterhändler) und ihre jeweiligen Geschäftspartner zu entlasten. Anders als etwa beim Handelsregister darf sich niemand auf die im Transparenzregister für ihn einsehbaren Informationen verlassen. Eine Kontrolle der im Register veröffentlichten Daten erfolgt – wiederum anders als beim Handelsregister – nicht. Somit muss jeder geldwäscherechtlich Verpflichtete unverändert den wirtschaftlich Berechtigten seines Geschäftspartners selbst identifizieren und die Angaben des Geschäftspartners prüfen und dokumentieren (§ 11 Abs. 5 Satz 3 GWG). Am Ende schlägt für alle also nur der administrative Mehraufwand zu Buche.

Einzig den „interessierten Kreisen“, die bisher nicht jedes Treuhandverhältnis o. ä. durch einen Blick ins Handelsregister aufdecken konnten, hilft vielleicht ein Blick ins Transparenzregister. Eine Einsichtnahme ist ab dem 27. Dezember 2017 grundsätzlich nicht nur Behörden, Banken und anderen geldwäscherechtlich Verpflichteten möglich, sondern jedem, der ein „berechtigtes Interesse“ an der Einsichtnahme hat. Dies ruft einem die eingangs erwähnten Journalisten in Erinnerung, z. B. das die Panama Papers auswertende International Consortium of Investigative Journalists. Nach dem Willen der Mehrheit der Bundesländer und der EU-Kommission soll darüber hinaus demnächst nicht einmal mehr ein berechtigtes Interesse notwendig sein, um Einsicht in das Transparenzregister zu nehmen. Vielmehr soll die Einsichtnahme jedermann möglich sein.

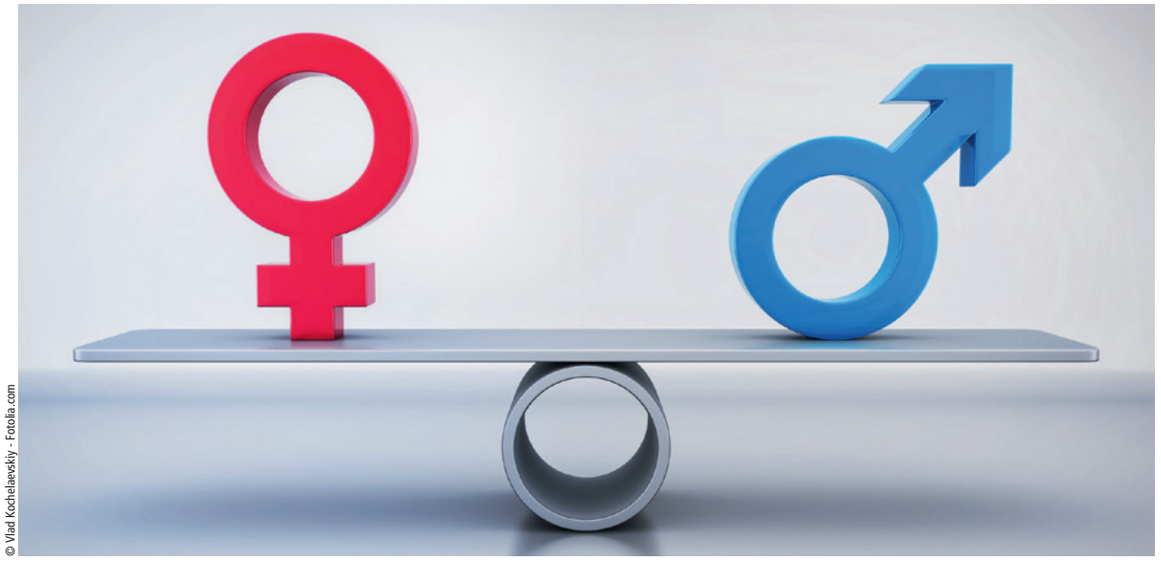
Es bleibt die nüchterne Erkenntnis, dass die Vorstände, Geschäftsführer und Chief Compliance Officer von deutschen Gesellschaften nicht umhin kommen werden die durch die Einführung des Transparenzregisters geschaffenen Pflichten zu erfüllen. Denn ein vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verstoß gegen die Meldepflichten kann als Ordnungswidrigkeit in schwerwiegenden Fällen ein Bußgeld in Höhe von einer Million Euro oder des Zweifachen des aus dem Verstoß gezogenen wirtschaftlichen Vorteils nach sich ziehen und für alle übrigen Fälle immer noch mit einem Bußgeld von bis zu 100.000 Euro geahndet werden. Zudem werden entsprechende Entscheidungen auf der Website der Verfolgungsbehörde veröffentlicht und das betroffene Unternehmen damit an den Pranger gestellt.

Die an einer völligen Intransparenz interessierten, tatsächlich kriminellen Kreise, die Geschäfte im Bereich der Geldwäsche oder der Terrorismus- und Proliferationsfinanzierung tätigen, dürfte dies aber kaum dazu bringen, ihre Strukturen und Geldströme zukünftig „transparent“ zu machen.

Selbstverständlich stehen wir unseren Mandanten für sämtliche Fragen zum Transparenzregister zur Verfügung.

Dr. Jochen Lehmann

Dr. Alexander Remplik



© Vlad Kochelaevskiy - Fotolia.com

Über Geld spricht man (bald) doch! Das neue Entgelttransparenzgesetz

Kurz vor Ende der vergangenen Legislaturperiode hatte der Gesetzgeber noch ein ganz besonderes „Bonbon“ für Arbeitgeber parat, das bei den Betroffenen allerdings nicht nur einen faden Beigeschmack hervorrufen dürfte, sondern auch eine ganze Reihe von Fragezeichen hinterlässt: das „Gesetz zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen“, kurz Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG).

Das EntgTranspG soll der Durchsetzung des Entgeltgleichheitsgebots für Frauen und Männer bei gleicher oder gleichwertiger Tätigkeit dienen. So formuliert es § 1 EntgTranspG. Zur Umsetzung dieses Ziels enthält das Gesetz neben Regelungen zu einem betrieblichen Prüfverfahren und zur Erstellung eines Entgeltberichts einen individuellen Auskunftsanspruch für Beschäftigte. Dieser Auskunftsanspruch stellt eine wesentliche und bedeutungsvolle Neuerung dar. Er kann von Beschäftigten erstmals ab dem 06. Januar 2018 geltend gemacht werden.

AUSKUNFTSANSPRUCH

Der individuelle Auskunftsanspruch gilt in Betrieben mit mehr als 200 Beschäftigten. Er kann – vorbehaltlich einer Übergangsbestimmung – grundsätzlich alle zwei Jahre geltend gemacht werden. Zum einen können Beschäftigte zukünftig Auskunft über die Kriterien und Verfahren der Entgeltfindung für eine Vergleichstätigkeit verlangen. Zum anderen muss ihnen das sog. Vergleichsentgelt mitgeteilt werden. Zusätzlich kann der Auskunftsanspruch auf bis zu zwei Entgeltbestandteile (z. B. Zuschüsse, Dienstwagen etc.) erstreckt werden.

Auf welche Art und Weise ein Arbeitgeber die Kriterien und Verfahren der Entgeltfindung darzustellen hat, ergibt sich aus dem Gesetz nicht unmittelbar. Sicher ist nur, dass tarifgebundene und tarifanwendende Unternehmen insoweit privilegiert sind, als dass sie sich bei der Benennung der Kriterien der Entgeltfindung auf einen Verweis auf die tarifvertraglichen Entgeltregelungen und einen Hinweis, wo diese einzusehen sind, beschränken können. Liegen der Entgeltfindung allerdings keine tarifvertraglichen Regelungen zugrunde, erfolgt die Zahlung eines Entgeltbestandteils also beispielsweise auf der Grundlage ausschließlich von mit den Beschäftigten geschlossenen Arbeitsverträgen oder einer mit einem ggf. gebildeten Betriebsrat abgeschlossenen Betriebsvereinbarung, muss eine umfassende Darstellung gegenüber dem die Auskunft verlangenden Beschäftigten erfolgen.

Von wesentlichem Interesse wird für die Beschäftigten das sog. Vergleichsentgelt sein. Damit ist das Entgelt für die Vergleichstätigkeit des jeweils anderen Geschlechts gemeint. Es ist jedoch nicht etwa der Durchschnitt des Bruttomonatsentgelts der Vergleichstätigkeit anzugeben, sondern der Median. Der Median ist der mittlere Wert der nach Größe sortierten unterschiedlichen Werte.

Der Veranschaulichung soll folgendes Beispiel dienen: Mitarbeiter A ist Bürokaufmann. Er verlangt Auskunft über das Vergleichsentgelt seiner Kolleginnen. Es gibt insgesamt sieben Bürokauffrauen im Betrieb, die die Vergleichstätigkeit ausüben. Deren durchschnittliches monatliches Bruttoentgelt liegt bei 1.400,00 €, 1.500,00 €, 1.600,00 €, 1.700,00 €, 1.900,00 €, 2.300,00 € und 2.900,00 €. Der Median – also der mittlere Wert zwischen Minimum und Maximum, auf den es ankommt – liegt in diesem Fall bei 1.700,00 €. Der Durchschnitt, den Mitarbeiter A aber nicht erfährt, liegt bei 1.900,00 €.

Aus Datenschutzgründen darf das Vergleichsentgelt jedoch nicht angegeben werden, wenn die Vergleichstätigkeit von weniger als sechs Beschäftigten des jeweils anderen Geschlechts ausgeübt wird. Üben im obigen Beispielsfall also nur fünf weibliche Beschäftigte die Vergleichstätigkeit aus, erhält der Mitarbeiter keine Auskunft über das Vergleichsentgelt.

ZUR VERFAHRENSWEISE

Das Verfahren der Auskunftserteilung hängt maßgeblich davon ab, ob ein Betriebsrat besteht oder nicht.

Nach der Konzeption des EntgTranspG soll die Entgegennahme des Auskunftsverlangens und dessen Beantwortung im Regelfall über den Betriebsrat erfolgen. Beschäftigte wenden sich mit ihrem Verlangen also zunächst an den Betriebsrat. Dieser trägt das Auskunftsbegehren an den Arbeitgeber weiter. Der Arbeitgeber stellt dem Betriebsrat sodann die benötigten Informationen (Verfahren und Kriterien der Entgeltfindung; Höhe des Vergleichsentgelts) zur Verfügung, sodass der Betriebsrat dem Beschäftigten die begehrte Auskunft erteilen kann.

Existiert kein Betriebsrat, wenden sich die Beschäftigten direkt an den Arbeitgeber und erhalten die Auskunft unmittelbar von diesem.

Der Arbeitgeber hat jedoch generell oder auch in Einzelfällen das Recht, die Auskunftsverpflichtung selbst zu übernehmen. Macht er von diesem Recht Gebrauch, muss er dies dem Betriebsrat gegenüber erläutern.

WELCHE RECHTSFOLGEN DROHEN

Bei nicht tarifgebundenen und nicht tarifanwendenden Arbeitgebern führt eine unterlassene Auskunft gemäß § 15 Abs. 5 EntgTranspG im Streitfalle zu einer Beweislastumkehr. Der Arbeitgeber muss dann beweisen, dass kein Verstoß gegen das Entgeltgleichheitsgebot vorliegt.

Bei tarifgebundenen und tarifanwendenden Arbeitgebern ist eine solche Beweislastumkehr gesetzlich zwar nicht vorgesehen. Dennoch ist ein schlichtes Untätigbleiben als Reaktion auf einen geltend gemachten Auskunftsanspruch nicht zu empfehlen. Denn negative Folgen, etwa in Form von Schadensersatzforderungen der Beschäftigten oder allgemeinen Reputationsrisiken, sind auch in diesem Fall nicht ausgeschlossen.

Ungeklärt ist darüber hinaus die Frage, was Beschäftigte mit den erhaltenen Informationen anfangen können. Ob z. B. der Median ein Indiz für eine Benachteiligung wegen des Geschlechts darstellen kann mit der Folge, dass Beschäftigte die vermeintlich vorenthaltene Leistung unter erleichterten Umständen gerichtlich durchsetzen können, wird wohl durch die Arbeitsgerichte zu entscheiden sein. Wir sehen eine solche Indizwirkung nicht, gleichwohl werden Arbeitgeber bis zu einer endgültigen gerichtlichen Klarstellung mit dieser ungewissen Rechtslage leben müssen.

FAZIT

Betroffene Unternehmen sollten sich darauf einstellen, in naher Zukunft mit Auskunftsbegehren der Beschäftigten nach dem EntgTranspG konfrontiert zu werden. Wir empfehlen daher, die Verantwortlichkeiten unternehmensintern vorab zu klären und zu entscheiden, wie mit solchen Auskunftsverlangen umgegangen wird.

Wie so oft gilt bei neuen Gesetzen, dass leider einige Fragen offen bleiben und durch die Arbeitsgerichte zu klären sein werden.

In jedem Fall können – sofern es gravierende Differenzen zwischen den Gehältern einzelner und dem „Median“ gibt – innerbetriebliche „Neiddebatten“ nicht ausgeschlossen werden.

Wir bei SOH werden die Entwicklungen zum EntgTranspG weiter mit höchster Aufmerksamkeit verfolgen und stehen Ihnen als Ansprechpartner gern zur Verfügung.

Dr. Fabian Boensch

SCHMIDT, VON DER OSTEN & HUBER
Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaft mbB

www.soh.de