

rechtAktuell

Juni 2019



LOSCHELDER

Inhalt

365 Tage DSGVO – Teil 1: Erfahrungen mit dem neuen Recht	S. 03	Erfassen D&O-Versicherungs- verträge Ersatzansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG? – Update zu rechtAktuell Ausgabe Dezember 2018	S. 45
365 Tage DSGVO – Teil 2: Was nun?	S. 11		
Datenschutzrechtliche Anforde- rungen an den Einsatz von Tracking-Cookies im Internet	S. 13	BGH: Die Gesellschafterliste ist auch bei der Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen maßgeblich	S. 49
Das Ende der Mindestsätze nach HOAI	S. 21	Das vertikale Kartell, das unbekannte Wesen	S. 53
Steuerpflicht gemeinnütziger Körperschaften	S. 25	Stromkosten senken: Reduktionsmöglichkeiten der EEG-Umlage und Förderoptionen bei Eigenerzeugung	S. 57
Urlaubskürzung wegen Eltern- zeit unionsrechtskonform	S. 29		
Geschäftsgeheimnisgesetz – welche arbeitsrechtlichen Maß- nahmen sind erforderlich?	S. 31	Nachvertragliche Provisions- verzichtsklauseln in Handelsver- treter-/Versicherungsvertreter- verträgen	S. 61
Unternehmerrisiko als Voraus- setzung für selbstständige Tätigkeit – Klarstellungen durch das BSG	S. 35	In eigener Sache	S. 64
Gesellschaftsrechtliche Zustim- mungserfordernisse – keine Anwendung von § 179a AktG auf die GmbH	S. 41		

rechtAktuell

aktuelle rechtliche Fragen und gesetzgeberische Entwicklungen

Über „rechtAktuell“

Die Publikation „rechtAktuell“ ist eine unregelmäßig erscheinende Veröffentlichung von Loschelder und beinhaltet keinen konkreten Rechtsrat zu einem speziellen Sachverhalt. Die veröffentlichten Artikel sind allgemeine Zusammenfassungen zu aktuellen rechtlichen Fragen, gesetzgeberischen Entwicklungen und Veränderungen aufgrund neuer Entscheidungen. Wir empfehlen deshalb dringend, bei konkreten Fragen einen Rechtsanwalt unserer Sozietät zu konsultieren. Dieser wird Ihre speziellen Fragen unter Berücksichtigung des Sachverhaltes und Ihrer Bedürfnisse gerne beantworten. Diese Veröffentlichung kann auf unserer Homepage unter www.loschelder.de abgerufen werden. Dort finden Sie auch weitere Veröffentlichungen unserer Sozietät.

Bezugswege

Normalerweise erhalten Sie „rechtAktuell“ im gewohnten Papierformat. Möchten Sie zukünftig „rechtAktuell“ gerne im PDF-Format beziehen? Dann schicken Sie uns bitte eine kurze Nachricht an: recht.aktuell@loschelder.de

Datenschutzhinweise

Unter www.loschelder.de/de/datenschutz; auf Anfrage per Post und E-Mail.



Datenschutzrecht

365 Tage DSGVO – Teil 1: Erfahrungen mit dem neuen Recht

Seit dem 25.05.2018 ist im Datenschutzrecht eine neue Zeitrechnung angebrochen: Unter der neuen EU-Datenschutzgrundverordnung und dem neuen Bundesdatenschutzgesetz sind die Betroffenenrechte erheblich erweitert worden, die Aufsichtsbehörden aktiver und die Bußgelder enorm gestiegen. Kurzum: Das Datenschutzrecht erfährt eine zuvor nicht gekannte Aufmerksamkeit. Mit anderen Worten, die gerade aufsichtsbehördliche Datenschützer derzeit gerne nutzen: #DSGVOwirkt. Woran sich dies in den vergangenen Monaten gezeigt hat und was dies für die Unternehmen bedeutet, haben wir für Sie im folgenden Artikel und Teil 1 unserer kleinen Artikelserie zum Jahrestag der DSGVO zusammengefasst.

Neuer Rechtsrahmen

Zum 25.05.2018 ist mit der EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) erstmals ein (im Wesentlichen) EU-weit einheitliches, neues Datenschutzrecht in Kraft getreten. Nationale Gesetze wie das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) konkretisieren und ergänzen die in allen Mitgliedstaaten unmittelbar geltende DSGVO.

Auch wenn sich die Grundstruktur der DSGVO an das alte Bundesdatenschutzgesetz anlehnt, so dass diese materiell keine grundlegenden Strukturänderungen mit sich brachte, hat sich doch viel getan. Dies beruht zum einen darauf, dass unter dem alten BDSG die Umsetzung der datenschutzrechtlichen Vorgaben in vielen Unternehmen nicht im Fokus stand. Zum

anderen haben die DSGVO und das neue BDSG im Detail doch erhebliche Änderungen mit sich gebracht, die etwa bei den umfassenden Rechenschaftspflichten der datenverarbeitenden Unternehmen mit der Erstellung eines umfassenden Verarbeitungsverzeichnisses sowie weitreichenden Dokumentationspflichten beginnen: Unternehmen müssen darlegen und nachweisen, dass sie personenbezogene Daten ausschließlich datenschutzrechtskonform verarbeiten. Hinzu kommen u.a. gestärkte Betroffenenrechte mit weitreichenden Informationspflichten zugunsten einer gesteigerten Transparenz, umfassende Meldepflichten im Fall von „Datenpannen“ sowie eine Stärkung der Aufsichtsbehörden, auch mit einem erheblich ausgeweiteten Bußgeldrahmen.

Im ersten Jahr nach der DSGVO hat sich dann auch gezeigt, dass nicht nur die Unternehmen die Einhaltung des Datenschutzrechts höher priorisieren, sondern auch die Betroffenen und Aufsichtsbehörden deutlich aktiver geworden sind.

Betroffene machen ihre Rechte geltend

Das Inkrafttreten der DSGVO hat zu einem bemerkenswerten Anstieg der bei den Aufsichtsbehörden eingegangenen Beschwerden geführt; es zeichnete sich bereits im 2. Halbjahr 2018 bei vielen Datenschutzaufsichtsbehörden in Deutschland eine Verdopplung der Beschwerdezahlen ab. Zumeist beziehen sich die Beschwerden Betroffener auf eine angeblich unzureichende Beantwortung von Auskunftersuchen oder nicht

bzw. nicht vollständig umgesetzte Löschersuchen. Aktuell führen derartige Beschwerden gerade bei Unternehmen, die ihr Geschäftsmodell nicht zuvörderst auf die Verarbeitung personenbezogener Daten stützen, zumeist zu aufsichtsbehördlichen Untersuchungen.

Auch bei Daten verarbeitenden Unternehmen, den sog. Verantwortlichen, mehren sich seit Inkrafttreten der DSGVO insbesondere die Anfragen auf Auskunft über die von den betroffenen Personen verarbeiteten Daten. Nach Art. 15 DSGVO sind Unternehmen zur Auskunft verpflichtet, einschließlich der Übermittlung einer Kopie der verarbeiteten personenbezogenen Daten. Wie umfassend zu beauskunften ist, um Art. 15 DSGVO zu genügen, ist noch hoch umstritten. Gerade bei einem umfassenden Verständnis des Auskunftsrechts kann die ordnungsgemäße Beantwortung bisweilen unternehmensintern einen erheblichen Aufwand mit sich bringen – man denke etwa an den Antrag eines ehemaligen Mitarbeiters, sämtliche E-Mails, in denen seine personenbezogene E-Mail-Adresse auftaucht, zu beauskunften und ihm eine Kopie aller E-Mails zu übermitteln. In derartigen Fällen ist dann sorgsam zu prüfen, ob es sich womöglich um eine exzessive Auskunftsanfrage handelt, die missbräuchlich und von vornherein nicht oder nur gegen Entgelt zu beantworten ist. Auch könnte der Schutz von Rechten Dritter es gebieten, eine solche Auskunftsanfrage nur bedingt zu beantworten – etwa teilweise geschwärzt, um nicht personenbezogene Daten anderer Kollegen sowie der Mitarbeiter von Geschäftspartnern ohne Erlaubnis offen zu legen.

Auch bezüglich weiterer Betroffenenrechte – etwa der Löschung von Daten oder der Übertragung von personenbezogenen Daten an einen anderen Verantwortlichen – ist nach wie vor viel im Fluss. Die vergangenen Monate zeigen jedenfalls deutlich: Die zunehmende Geltendmachung von Betroffenenrechten führt zu einem deutlichen Anstieg des Arbeitsaufwands bei den verantwortlichen Unternehmen und auch bei den Aufsichtsbehörden. Letztere begrüßen dies gleichwohl, da es zeige, dass sich die Bürgerinnen und Bürger vermehrt der Notwendigkeit des Schutzes ihrer personenbezogenen Daten bewusst werden.

Zunehmend Bußgelder

Auch Bußgelder werden zunehmend verhängt: Die DSGVO sieht in Art. 83 DSGVO für Datenschutzrechtsverstöße Bußgelder von bis zu 20 Mio. Euro oder bis zu 4% des weltweiten Vorjahresumsatzes der Unternehmensgruppe vor, je nachdem, welche Summe höher ist. Die deutschen Aufsichtsbehörden machten von ihrer Befugnis, Bußgelder zu verhängen, seit Inkrafttreten der DSGVO bereits mehrere Male Gebrauch – noch in moderater Höhe.

Das erste Bußgeld mit breiter Öffentlichkeitswirkung in Deutschland wurde von dem LfDI Baden-Württemberg verhängt: 20.000 Euro musste der Chatanbieter Knuddels.de nach einer Datenpanne wegen mangelhaften Schutzes der Nutzerpasswörter zahlen; Knuddels war es gelungen, die Höhe des Bußgeldes ganz erheblich durch eine umfangreiche Kooperation mit der Behörde

und erhebliche Investitionen in verbesserte Datensicherheitsmaßnahmen zu senken. Auch andere Datenschutzaufsichtsbehörden in Deutschland haben bereits vielfach Bußgelder verhängt, regelmäßig wurde der Bußgeldrahmen von bis zu 20 Mio. Euro aber nicht ansatzweise ausgeschöpft. Eines der höheren bekannt gewordenen Bußgelder betrug 80.000 Euro und wurde verhängt, da Gesundheitsdaten von Patienten öffentlich bekannt wurden. Die meisten Bußgelder wurden bislang in NRW verhängt, allerdings jeweils in niedriger Höhe.

Die bisher höchsten Bußgelder sind aus anderen EU-Mitgliedstaaten bekannt geworden: Die französische Aufsichtsbehörde CNIL verhängte gegen Google ein Bußgeld in Höhe von 50 Mio. Euro. Grund dafür war eine mangelhafte Erfüllung der Informationspflichten und des hiermit zusammenhängenden Datentransparenzgebotes (Art. 12, 13, 14 DSGVO).

Erstaunlich ist auch ein Fall aus Polen: Über 200.000 Euro musste ein Unternehmen zahlen, welches – ohne wie Google sein Geschäftsmodell auf der Datenverarbeitung aufzubauen – die Informationspflichten aus Art. 13, 14 DSGVO nicht hinreichend erfüllt hatte und keinen Anlass zu einer Kooperation mit der polnischen Aufsichtsbehörde oder einer Änderung seines Verhaltens sah.

Ein ebenfalls erhebliches Bußgeld, in Höhe von 400.000 Euro, wurde kurz nach Inkrafttreten der DSGVO in Portugal gegen ein Krankenhaus verhängt, weil in dessen IT-System Unbefugte

Zugang zu Gesundheitsdaten erhalten konnten (aufgrund der Art der Daten durften nur Ärzte diese einsehen; es gab allerdings deutlich mehr aktive Accounts mit Zugriffsrechten, als Ärzte im Krankenhaus beschäftigt waren).

Allgemeine Prüfungen der Aufsichtsbehörden

Die Aufsichtsbehörden gehen zudem zunehmend dazu über, zu bestimmten Themenbereichen allgemeine, anlasslose Prüfungen bei einer Vielzahl von Unternehmen durchzuführen, oft beginnend mit dem Versand von Fragebögen.

Ende Juni 2018 wurden etwa in Niedersachsen 50 Unternehmen verschiedener Größen aufgefordert, Fragen zur bisherigen Umsetzung der DSGVO zu beantworten. Die Unternehmen sollten etwa über den Stand des technischen Datenschutzes, die Sicherstellung einer Datenschutz-Folgenabschätzung, das Bestehen eines Verzeichnisses von Verarbeitungstätigkeiten oder über die Organisation und Einbindung eines Datenschutzbeauftragten informieren.

Auch in Bayern wurden „Prüffragen“ an diverse Unternehmen verschiedenster Branchen versandt. Diese waren branchenspezifisch ausgestaltet, sodass etwa Kinos und Gaststätten über die Verwendung von Videokameras, Kfz-Werkstätten über die Verarbeitung von Fahrzeugdaten und Websites, die das Content Management System (CMS) „WordPress“ einsetzten, über die Aktualität der eingespielten Patches befragt wurden. Auch der Umgang mit Bewerberdaten wurde unter die

Lupe genommen, mit einem besonderen Fokus auf der Speicherdauer und der Erfüllung der Informationspflichten. Den Kontrollen durch Fragebögen folgten zum Teil auch Kontrollen vor Ort.

Erreicht ein Fragebogen ein Unternehmen, muss darauf grundsätzlich geantwortet werden: Art. 31 DSGVO schreibt vor, dass der Verantwortliche auf Anfrage mit der Aufsichtsbehörde bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zusammenarbeitet; Art. 57, 58 DSGVO enthalten eine umfangreiche Befugnis der Datenschutzaufsichtsbehörden, Datenschutzprüfungen durchzuführen. Für all dies ist regelmäßig kein konkreter Anlass notwendig; eine Datenschutzaufsichtsbehörde kann auch präventive, anlasslose Untersuchungen durchführen. Gleichwohl sollte insbesondere dann, wenn durch die Beantwortung eines Fragebogens der Behörde unmittelbar Datenschutzrechtsverstöße mitgeteilt werden müssten – etwa, weil trotz entsprechender Pflicht kein Datenschutzbeauftragter benannt wurde oder weil noch kein vollständiges Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten existiert – sorgfältig geprüft werden, ob im Einzelfall Ausnahmen von einer Pflicht zur Beantwortung gegeben sein könnten. So gibt es sowohl an dieser Stelle, als auch an anderen Stellen der DSGVO etwa Konfliktpotenzial mit dem *nemo tenetur*-Grundsatz, nach dem sich niemand selbst belasten muss (dazu noch sogleich).

Datenpannen

Auch die Zahl der gemeldeten Datenpannen hat in den DSGVO-Monaten seit Mai 2018 öffent-

lichkeitswirksam zugenommen. Eine Datenpanne liegt immer dann vor, wenn der Schutz personenbezogener Daten verletzt wurde, wodurch es zu einer Vernichtung, zum Verlust oder zur Veränderung der Daten kommen kann oder diese unbeabsichtigt oder unrechtmäßig eingesehen werden können. Konkret: Jeder verlorene USB-Stick ohne Passwortschutz, der personenbezogene Daten enthält, jeder Hacking-Vorfall auf einer Website, durch den Datenbanken mit personenbezogenen Daten offenbart worden sein könnten, jeder ungerechtfertigte Zugriff auf einen Benutzer-Account stellen eine solche Datenpanne dar. Derartige Vorfälle sind binnen 72 Stunden der Aufsichtsbehörde zu melden, wenn ein Risiko für die betroffenen Personen nicht ausgeschlossen werden kann; u.U. ist überdies eine Information der Betroffenen notwendig. Bis zum Inkrafttreten der DSGVO waren derartige Datenpannen dagegen nur dann zu melden, wenn ein erhebliches Risiko drohte.

Folge der Ausweitung der Meldepflichten ist ein ganz erheblicher Anstieg eben dieser Meldungen. Viele Fälle sind dabei wenig risikoreich für die betroffenen Personen und ziehen daher allenfalls überschaubare Folgen nach sich. Einige der in den letzten Monaten gemeldeten Datenpannen haben dagegen zu Recht eine ganz erhebliche Aufmerksamkeit erfahren, so etwa die vielen Datenskandale rund um Facebook. Auch die FIFA blieb von einer Datenpanne nicht verschont: Unbekannte hatten Zugriff auf die persönlichen Daten von 2.800 freiwilligen Helfern erlangt. Der Vorfall wurde ordnungsgemäß bei der zuständigen Behörde durch den Unions-



vertreter des Verbandes gemeldet und der Vorfall während der WM in Russland von der Datenschutzbehörde Hamburg untersucht.

Besonders brisant ist bei der Meldung von Datenpannen, dass nach Ansicht einiger Datenschutzaufsichtsbehörden ein Bußgeld auch wegen eines Verstoßes gegen das Datenschutzrecht verhängt werden kann, wenn dieser Verstoß erst im Rahmen einer Datenpannen-Meldung bekannt wird. Im deutschen und EU-Recht gilt indes grundsätzlich das Prinzip „nemo tenetur se ipsum accusare“, wonach niemand eine Aussage treffen muss, die ihn selbst belastet. Die DSGVO sieht in Erwägungsgrund 87 dennoch ausdrücklich vor, dass die Meldung der Datenpanne zu einem Tätigwerden der Aufsichtsbehörde führen kann. Für Unternehmen ist dies misslich: Aus Art. 33 DSGVO ergibt sich die Pflicht zur Meldung einer solchen Datenpanne, während das Unternehmen gleichzeitig Gefahr läuft, sich aufgrund dieses Vorfalls einem Bußgeldverfahren ausgesetzt zu sehen. Wird die Datenpanne hingegen nicht gemeldet, drohen ebenfalls Bußgelder. Das „Verschweigen“ der Datenpanne wird sich im Zweifelsfalle zudem negativ auf die Höhe des festzusetzenden Bußgeldes auswirken. Ein zuvorkommender und transparenter Umgang mit einem solchen Vorgang kann zu einer Senkung des Bußgeldes führen. Aufzulösen ist dieser Konflikt nur im Einzelfall nach Abwägung aller Umstände. Und ob dann letztlich ein Zusammentreffen von Meldepflicht und Bebußung eines durch die Meldung bekannt gewordenen Datenschutzrechtsverstoßes auch vor höherrangigem

EU-Primärrecht Bestand haben kann, wird wohl erst ein künftiges Gerichtsverfahren klären können – diskussionswürdig ist dies allemal.

Was ist zu tun?

Auch heute haben noch nicht alle Unternehmen die Anforderungen des neuen Datenschutzrechts vollständig umgesetzt. Laut eines Berichts der Bitkom aus September 2018 hatten vier Monate nach Inkrafttreten der DSGVO lediglich 24% von 500 befragten deutschen Unternehmen die DSGVO vollständig umgesetzt. Rund 40% hatten eine Umsetzung „größtenteils“ angegeben, gut 30% „nur teilweise“ und 5% hatten mit der Anpassung zu diesem Zeitpunkt gerade erst begonnen. Angesichts zunehmender Beschwerdezahlen und aktiverer Aufsichtsbehörden sollten etwaige Lücken schnell geschlossen werden.

Wenn in einem Unternehmen insoweit noch Defizite bestehen, sollte die Umsetzung des neuen Datenschutzrechts priorisiert erfolgen, um die Aufgaben bewältigen zu können: Ein zentrales Augenmerk sollte auf die Erfüllung der Informationspflichten gelegt werden. Personen, deren Daten verarbeitet werden, müssen umfangreich über die Umstände einschließlich der Rechtsgrundlage, Speicherdauer u.s.w. informiert werden. Außenauftritte des Unternehmens, insbesondere im Internet, sollten sorgsam auf die Datenschutzrechtskonformität hin überprüft werden, da gerade diese Anknüpfungspunkt auch für Abmahnungen von Wettbewerbern sein können. Die zentrale Grundlage für die Datenschutz-Compliance insgesamt bildet schließlich

das Verarbeitungsverzeichnis, in dem alle Prozesse, in denen personenbezogene Daten in einem Unternehmen verarbeitet werden, erfasst werden müssen. Schließlich sollten Betroffenenrechte (etwa ein Auskunftsanspruch) bei Geltendmachung ernst genommen und zügig sowie sorgfältig bearbeitet werden.

Verteidigungsstrategie im aufsichtsbehördlichen Verfahren

Kommt es dennoch zu einem aufsichtsbehördlichen Verfahren, lohnt sich die taktisch-strategische Ausrichtung des weiteren Verhaltens. Während der Datenschutzbeauftragte gem. Art. 39 Abs. 1 lit. d) DSGVO zur Kooperation mit der Aufsichtsbehörde verpflichtet ist und ihr als erste Anlaufstelle für die Klärung von datenschutzrechtlichen Fragestellungen dient, ist die Geschäftsführung in ihrem Handeln freier, auch bei Inanspruchnahme eigener anwaltlicher Unterstützung (denn der Datenschutzbeauftragte darf auch als Rechtsanwalt regelmäßig schon standesrechtlich keine taktisch-strategische Beratung übernehmen). Aufsichtsbehördliche Anfragen oder Anordnungen und Einschätzungen sind angesichts dessen zu hinterfragen und zu überprüfen. Auch die gerichtliche Überprüfung einer aufsichtsbehördlichen Position ist im System angelegt und kann angezeigt sein.

Die bisherige Erfahrung zeigt allerdings auch, dass je nach Fallgestaltung ein kooperatives Vorgehen gewinnbringend sein kann: Etwa für die Bemessung des Bußgeldes sind nicht nur die Schwere des Verstoßes (großer Betroffen-

kreis/große Datenmenge) oder die Art und Weise der Datenverletzung (grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz; Mehrfachverstöße) relevant, sondern gerade auch der Umstand einer guten/schlechten Zusammenarbeit mit der Aufsichtsbehörde. Transparente Kooperation, frühzeitige Informationen und proaktive Verbesserungen des Datenschutzes, auch durch entsprechende Investitionen, können sich positiv auf die Bußgeldhöhe auswirken.

Bei neuen Geschäftsmodellen oder Datenverarbeitungsprozessen – etwa umfangreichen Videoüberwachungen – kann auch erwogen werden, diese vorab mit der zuständigen Aufsichtsbehörde abzustimmen: Den Aufsichtsbehörden kommt nach Art. 57 DSGVO eine Beratungsaufgabe zu, wonach sie sowohl Aufklärungsarbeiten wahrzunehmen als auch legislative und administrative Maßnahmen aufzuzeigen haben. Gerade, wenn in einen neuen Prozess erhebliche Investitionen getätigt werden sollen, macht es Sinn, datenschutzrechtlich vorab Sicherheit zu erlangen.

Über aktuelle Entwicklungen und neue Anforderungen berichten wir auch monatlich in unserem Newsletter Datenschutz, für den Sie sich gerne auf unserer Website oder durch eine E-Mail an datenschutz@loschelder.de registrieren können.

nd organ
st für die Einhaltung
echenschaftspflicht").

igkeit der Verarbeitung

st nur rechtmäßig, wenn minde

erson hat ihre Einwilligung zu c

ir einen oder mehrere bestimmt

ist für die Erfüllung eines Vertr

ührung vorvertraglicher Maßna

g ist zur Erfüllung einer rechtli

ng ist erforderlich, um lebensv

lichen Person zu schützen;

ung ist für die Wahrnehmung ei

usübung öffentlicher Gewalt
Wahrung der berech
essen ode

365 Tage DSGVO – Teil 2: Was nun?

Die DSGVO feiert Geburtstag. Nicht für alle ein Grund zum Feiern, denn auch nach einem Jahr sind viele Rechtsfragen ungeklärt und die Arbeit in vielen Unternehmen noch nicht erledigt. Wir nehmen den Jahrestag zum Anlass, uns in zwei Artikeln mit dem immer noch neuen Datenschutzrecht zu befassen. Im folgenden Artikel und Teil 2 erfahren Sie, was konkret mit Blick auf den Jahrestag empfehlenswert ist.

Aktualisierung des Verarbeitungsverzeichnisses

Das Verarbeitungsverzeichnis ist immer nur so gut wie sein Aktualisierungsstand. Gerade in Unternehmen mit einer Vielzahl definierter Prozesse (nicht selten bis zu 200) gleichen die Aktualisierung des und die Arbeiten mit dem Verarbeitungsverzeichnis einer Sisyphusaufgabe. Dabei geht es sowohl darum, die bereits definierten Prozesse zu aktualisieren, neu hinzugekommene Prozesse zu definieren und in das Verarbeitungsverzeichnis aufzunehmen, als auch darum, weggefallene Prozesse zu streichen. Angesichts dieser Vielzahl von Aufgaben ist es klar, dass eine Aktualisierung des Verarbeitungsverzeichnisses in einem festen Turnus vorgenommen werden muss, um die Mehrarbeit möglichst

gering zu halten. Nichts wäre schlimmer, als ein solches Verarbeitungsverzeichnis 10 Jahre ruhen zu lassen und dann erneut überarbeiten zu müssen. Eine Neuherstellung wäre in diesem Fall vermutlich einfacher. Es ist empfehlenswert, den anstehenden Geburtstag der DSGVO zu nutzen, um einen Blick in das Verarbeitungsverzeichnis zu werfen und die oben genannten Prozesse zusammen mit den Fachkollegen anzustoßen.

Dokumentation und Nachweise

Die DSGVO gilt bei Unternehmen als bürokratisches Monster, was nicht zuletzt an den umfassenden Dokumentationspflichten liegt. Verantwortliche Unternehmen müssen die Einhaltung der DSGVO nachweislich dokumentieren und diese Dokumentation der Behörde im Fall einer Überprüfung vorlegen können. Dies gilt insbesondere dann, wenn Ihr Unternehmen als Auftragsverarbeiter gem. Art. 28 DSGVO tätig ist. Nahezu alle gängigen Vertragsmuster zur Auftragsverarbeitung sehen vor, dass der Auftragnehmer verpflichtet ist, die eigenen technisch-organisatorischen Maßnahmen jährlich dokumentiert auditieren zu lassen und dem Auftraggeber einen dahingehenden Bericht zur Verfügung zu stellen. Auftragsverarbeiter haben sich also darauf einzustellen, dass solche Berichte

tatsächlich eingefordert werden. Unternehmen, die eine eher lose Zusammenarbeit mit ihrem Datenschutzbeauftragten pflegen, sollten prüfen, ob und wann dieser verpflichtet ist, Prüfungen vorzunehmen oder ggf. auch einen Jahresbericht zu verfassen.

Auswertung von Eingaben/Beschwerden/Ansprüchen

Das Inkrafttreten der DSGVO war für viele betroffene Mitarbeiter, Kunden oder Geschäftspartner Anlass, sich über die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten vertiefte Gedanken zu machen. Die DSGVO gibt ihnen dazu die passenden Instrumente an die Hand. Sie können Auskunft verlangen unter bestimmten Voraussetzungen der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten widersprechen. Im Rahmen einer Risikobetrachtung tun Unternehmen gut daran, die einzelnen Eingaben, Beschwerden oder die Geltendmachung von Ansprüchen inhaltlich auszuwerten. Dies ist wichtig, um herauszufinden, welche Unternehmensbereiche tatsächlich datenschutzrechtlich im Fokus stehen, weil die Kunden oder Mitarbeiter hier ein besonderes Augenmerk auf die Datenverarbeitung haben. Denn in diesen Bereichen besteht empirisch das Risiko, dass Streit entsteht, die Behörden benachrichtigt

werden oder Rechtsansprüche geltend gemacht werden. Für Hersteller von Hard- und Software ist ebenfalls wichtig, sorgsam alle Mängelanzeigen und produktbezogenen Anfragen zu dokumentieren, um die mittelbaren Auswirkungen der DSGVO auf ihre Produkte risikoangemessen beurteilen zu können. Bemängeln Kunden also beispielsweise das angebliche Nichtvorhandensein von Löschmöglichkeiten und damit einen Umstand, der ein datenschutzkonformes Arbeiten hindert, haben Hersteller neben den zivilvertraglichen Wertungen auch datenschutzrechtliche Aspekte zu bewerten.

Fortlaufendes Monitoring

Nicht zuletzt aufgrund der fortlaufend bestehenden Rechtsunsicherheit tun Unternehmen weiterhin gut daran, die aktuelle datenschutzrechtliche Diskussion aufmerksam zu verfolgen. Darüber berichten wir auch monatlich in unserem Newsletter Datenschutz, für den Sie sich gerne auf unserer Website oder durch eine E-Mail an [datenschutz\(a\)loschelder.de](mailto:datenschutz(a)loschelder.de) registrieren können.

Datenschutzrechtliche Anforderungen an den Einsatz von Tracking-Cookies im Internet

Mit Inkrafttreten der EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) am 25. Mai 2018 haben sich die datenschutzrechtlichen Anforderungen für Websitebetreiber auch beim Einsatz von Cookies verschärft. Werden durch Cookies personenbezogene Daten verarbeitet, ist dies nach der DSGVO nur rechtmäßig, wenn einer der Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 DSGVO eingreift (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt). Als Erlaubnistatbestände kommen vor allem die Einwilligung des Websitenutzers in die Cookie-Verwendung oder ein überwiegendes berechtigtes Interesse des Websitebetreibers in Betracht. In diesem Beitrag informieren wir Sie darüber, welche datenschutzrechtlichen Vorgaben konkret gelten und welche Auswirkungen die Ende März veröffentlichten Schlussanträge des Generalanwalts beim EuGH in der Rechtssache Planet 49 (C-673/17) auf all dies haben.

Die datenschutzrechtliche Beurteilung hängt entscheidend davon ab, welche Art von Cookies verwendet wird und zu welchem Zweck diese personenbezogene Nutzerdaten erheben. Es gibt Cookies, die nur temporär auf dem Endgerät des Websitebesuchers gespeichert werden und mit Schließen des Browser-Fensters gelöscht werden, sog. Session-Cookies. Sie speichern beispielsweise das verwandte Passwort oder können für die

Navigation auf der Website wertvoll sein. Und es gibt Cookies, die dauerhaft auf dem Endgerät gespeichert werden. Sie verfolgen das individuelle Nutzerverhalten längerfristig, ggf. über Wochen, Monate oder sogar Jahre, sog. Tracking-Cookies. Durch Tracking-Cookies können Besuchersintervalle, Präferenzen und ähnliches besser analysiert werden, womit sie bei der gezielten Online-Werbeansprache oder auch bei der Optimierung der eigenen Website helfen. Beispielsweise Google Analytics verwendet solche Cookies. Insbesondere diese Tracking-Cookies sind datenschutzrechtlich bedenklich. Denn mit ihrer Hilfe können differenzierte Nutzer- und Persönlichkeitsprofile erstellt und einer Person zugeordnet werden.

Umbruch mit Inkrafttreten des neuen Datenschutzrechts

Vor Inkrafttreten der DSGVO richtete sich die Rechtmäßigkeit des Setzens von Cookies vor allem nach § 15 Abs. 3 TMG. Danach musste ein Websitebetreiber nicht in jedem Fall eine ausdrückliche Einwilligung des Websitebesuchers einholen, um rechtmäßig Tracking-Cookies setzen und mit ihnen Daten erheben zu dürfen. Websitebetreiber durften zum Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfs-

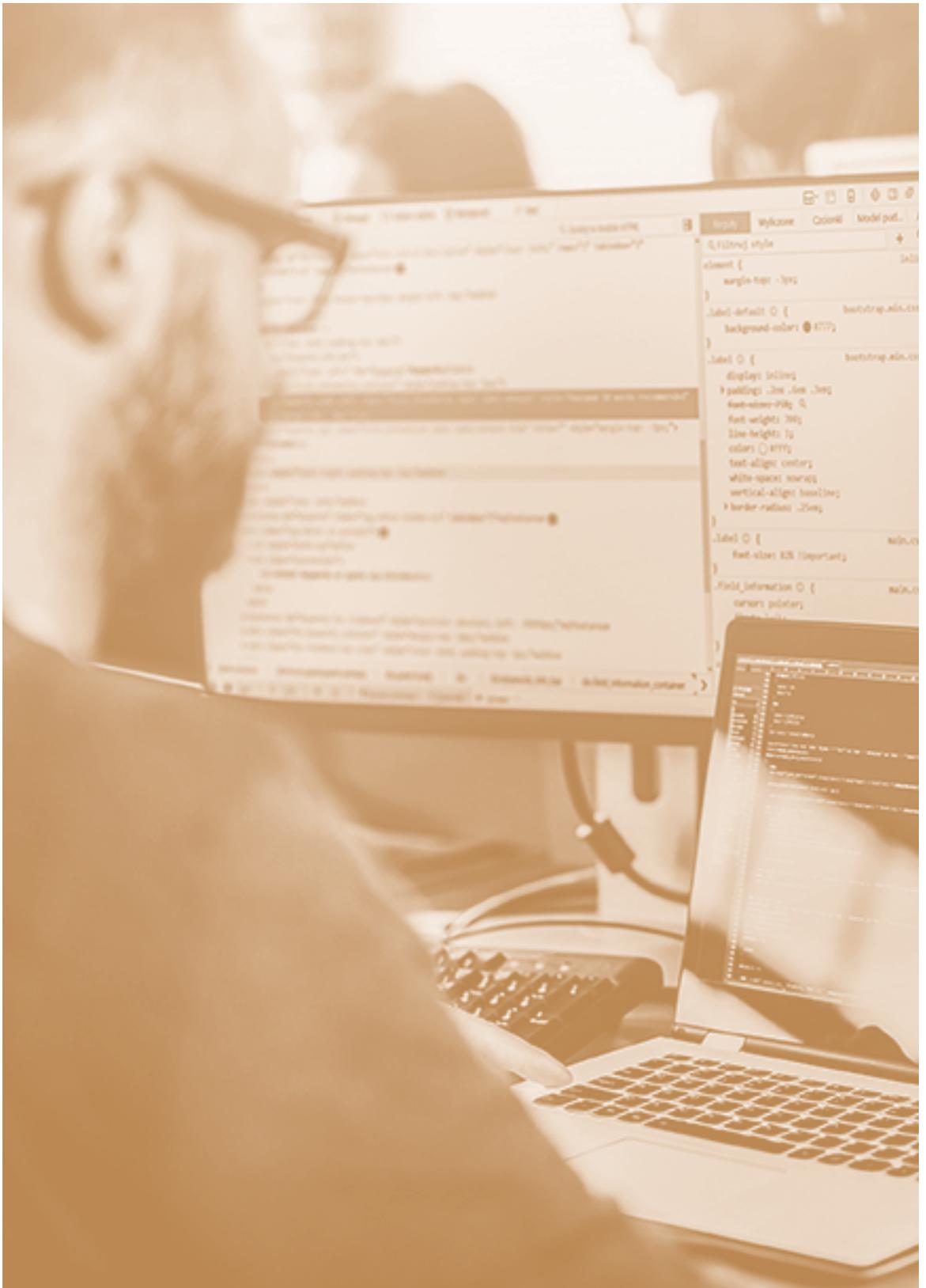
gerechten Gestaltung der Website pseudonymisierte Nutzungsprofile erstellen; für Websitebesucher musste lediglich eine Möglichkeit geschaffen werden, dieser Datenverarbeitung zu widersprechen. Pseudonymisierung bedeutet in diesem Zusammenhang, Angaben, mit denen ein Nutzer direkt identifiziert werden kann (z. B. seinen Namen), durch andere zu ersetzen, so dass die dahinterstehende natürliche Person nicht mehr direkt identifiziert werden kann. Die Regel, nach der die Angaben verändert wurden, darf nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand zu rekonstruieren sein.

Unter der DSGVO genügt es dagegen nicht mehr, die Daten zu pseudonymisieren und dem Websitenutzer lediglich eine Widerspruchsmöglichkeit einzuräumen. Wenn die Tracking-Cookies und die Daten, die Sie erfassen und speichern, personenbezogen sind, bedarf es einer datenschutzrechtlichen Verarbeitungserlaubnis. Infrage kommt hier neben einer Einwilligung vor allem das überwiegende berechnete Interesse. Teilweise wird bezweifelt, dass es sich bei den erhobenen Daten um personenbezogene Daten handelt, wenn sie pseudonymisiert sind. Dagegen hatten sich die deutschen Aufsichtsbehörden aber bereits in einem Positionspapier einen Monat vor dem Inkrafttreten der DSGVO ausgesprochen. Diese Frage ist datenschutzrechtlich relevant, weil nur dann, wenn man die Daten als personenbezogen qualifiziert, etwa eine Verarbeitungserlaubnis nach der DSGVO erfor-

derlich ist und umfassende Informationspflichten greifen. Nunmehr bestätigte auch der Generalanwalt in seinen Ende März dieses Jahres veröffentlichten Schlussanträgen in der Rechtssache Planet 49 (C-673/17) inzident, dass es sich bei den Cookies und daraus generierten Informationen um personenbezogene Daten handelt. Die Anwendbarkeit des neuen Datenschutzrechts ist damit auch für derartige Cookies eröffnet.

Tracking-Cookies mit und ohne Einwilligung

Aufschlussreich waren die Schlussanträge, denen der EuGH regelmäßig folgt, jedoch nicht nur in dieser Frage. Der Generalanwalt äußerte sich außerdem zu den datenschutzrechtlichen Anforderungen an die Verwendung von Tracking-Cookies. Anlass für die Schlussanträge war eine Vorlage des BGH an den EuGH. Der BGH hat in einem Verfahren die Wirksamkeit von Einwilligungen in die Verwendung von Tracking-Cookies durch den Online-Gewinnspielveranstalter Planet 49 zu beurteilen. Planet 49 hatte die Einwilligung in Ankreuzkästchen voreingestellt, sodass Nutzer, wenn sie nicht aktiv widersprachen (durch „Wegklicken“ des voreingestellten Hakens), mit Bestätigung der Teilnahme auch der Verwendung von Tracking-Cookies zustimmten. Dies ist letztlich eine Widerspruchslösung (Opt-Out) und keine wirksame aktive Einwilligung im Sinne der DSGVO. Der Generalanwalt plädiert dagegen für eine



klare Opt-In-Lösung beim Einsatz von Tracking-Cookies für nutzerdatenbasierte Werbung: Werden Tracking-Cookies dazu eingesetzt, Nutzern zielgerichtete Werbung zu präsentieren, ist dies nach den Schlussanträgen des Generalanwalts wohl nur noch mit datenschutzrechtskonformer Einwilligung des jeweiligen Nutzers zulässig. Der oben erwähnte § 15 Abs. 3 TMG ist mit Inkrafttreten der DSGVO nicht mehr anwendbar – so nun auch der Generalanwalt. Damit gilt die DSGVO. Etwas anderes könnte erst dann wieder gelten, wenn der nach wie vor hoch umstrittene ePrivacy-Verordnungsentwurf verabschiedet würde – dies dürfte aber auch mit Blick auf die anstehenden Europawahlen noch einige Zeit in Anspruch nehmen.

In dieselbe Richtung wie der Generalanwalt positionierten sich im März 2019 auch die deutschen Aufsichtsbehörden im Rahmen der Datenschutzkonferenz (DSK) in ihrer Orientierungshilfe für Anbieter von Telemedien. Die DSK äußert sich darin differenziert zu den datenschutzrechtlichen Anforderungen an die Verwendung von Cookies und zu der Notwendigkeit einer Einwilligung; das Positionspapier aus April 2018 erweckte noch den Eindruck, eine Einwilligung sei unabhängig davon erforderlich, welchem Zweck die Tracking-Cookies dienen – dies wird nun differenzierter dargestellt. Nicht in jedem Fall setzt die Verwendung von Tracking-Cookies die Einholung einer Einwilligung voraus. Keiner Einwilligung bedarf es nach der DSK,

wenn die Webanalysen durch Tracking-Cookies der Reichweitenmessung dienen. Nach dem Berliner BDI kann zudem der Cookie-Einsatz zur Website-Optimierung und Erhöhung der Website-Sicherheit ein überwiegendes berechtigtes Interesse begründen, also ohne Einwilligung zulässig sein, wenn nicht das Surfverhalten der Nutzer detailliert dokumentiert und verfolgt wird (siehe Jahresbericht 2018 des Berliner BDI, S. 150). In diesen Fällen kann der gesetzliche Erlaubnistatbestand des überwiegenden berechtigten Interesses des Websitebetreibers gem. Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO greifen. Notwendig ist eine Einwilligung dagegen auch aus Sicht der DSK regelmäßig, wenn Tracking-Cookies für die gezielte Werbeansprache eingesetzt werden.

Im Markt werden trotzdem bislang meist auch Werbe-Tracking-Cookies noch ohne Einwilligung eingesetzt. Eingeführt wurden lediglich weitgehend flächendeckend sog. Cookie-Banner, über die beim Besuch einer Website auf die Verwendung von Cookies hingewiesen wird – dies ist auch wesentlich, schon um die Informationspflichten aus der DSGVO zu erfüllen. Formuliert sind diese i.d.R. entweder als „Widerspruchslösung“ mit dem Hinweis, dass die Verwendung von Cookies etwa über die Browser-Einstellungen verhindert werden kann. Teils wird allerdings auch postuliert, dass sich der Nutzer mit dem Besuch der Website damit einverstanden erklärt, dass Cookies gesetzt werden. Diese Cookie-Banner sind so formuliert, dass sie auf eine Ein-

willigung hindeuten – allerdings kann der Website-Besucher weder entscheiden, für welche Cookies dies genau gilt, noch die Website ohne Cookies nutzen. Dies genügt den Anforderungen an eine wirksame Einwilligung nicht (dazu noch sogleich). Hinweise für die rechtmäßige Gestaltung von Cookie-Bannern geben die deutschen Aufsichtsbehörden in ihrer Orientierungshilfe für Anbieter von Telemedien. Sie weisen unter anderem darauf hin, dass die Einwilligung nicht voreingestellt sein und der Zugriff auf Impressum und Datenschutzerklärung durch die Cookie-Banner nicht verhindert werden darf. Außerdem muss den Websitenutzern eine einfache Widerrufsmöglichkeit in Einwilligungsfällen und eine Widerspruchsmöglichkeit bei Rückgriff auf die berechtigten Interessen eröffnet werden.

Gesonderte Einwilligung durch aktives Tun

Wirksam kann eine Einwilligung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. a) DSGVO nur sein, wenn sie freiwillig und in Kenntnis der Sachlage erfolgt (Art. 4 Nr. 11, Art. 7 DSGVO). Wenn es nach den Schlussanträgen des Generalanwalts geht, sind derartige „Einwilligungen“, die allgemein durch den Websitebesuch abgegeben werden oder etwa in Ankreuzkästchen voreingestellt sind, unwirksam. Um Freiwilligkeit anzunehmen, ist laut der Schlussanträge erforderlich, dass die Einwilligung eine aktive Willensbekundung dar-

stellt und gesondert erfolgt (Art. 4 Nr. 11, Erwägungsgrund 32 DSGVO). Der Nutzer müsse gesondert (durch einen „eigenen“ Klick) einwilligen; die Einwilligung dürfe nicht mit anderen Bestätigungen, z.B. der Teilnahme am Gewinnspiel, zusammen erfolgen. Dahingehend äußerte sich auch die Berliner BDI in ihrem Jahresbericht 2018 (S. 150) und die DSK in ihrer Orientierungshilfe für Anbieter von Telemedien (S. 5). Letztlich überrascht dies nicht: Eine wirksame Einwilligung erfordert regelmäßig ein aktives Tun. Einwilligungen dürfen nur im Ausnahmefall an eine andere Leistung – etwa das Website-Angebot oder eine Gewinnspielteilnahme – gekoppelt sein.

Wirksame Einwilligung nur bei ausreichender Information

Des Weiteren sollten die Informationen über die Verarbeitung personenbezogener Daten vollumfänglich die Vorgaben der DSGVO einhalten; so sieht es auch die DSK in ihrer Orientierungshilfe (S. 5). Diskutiert wird dies, da das Zusammenspiel zwischen DSGVO, e-Privacy Richtlinie und TMG höchst komplex ist (die e-Privacy-Verordnung hätte mit Inkrafttreten der DSGVO die e-Privacy Richtlinie und damit auch das TMG ablösen sollen, es konnte diesbezüglich aber noch keine Einigung erzielt werden); für eine Erleichterung der Informationspflichten ist aber kaum etwas ersichtlich, in der Praxis sollte eine umfassende Information erfolgen (weiter zu dem

Zusammenspiel zwischen e-Privacy Richtlinie und DSGVO die Orientierungshilfe der DSK und die Opinion 5/2019 des Europäischen Datenschutzausschusses). In den von uns entworfenen Datenschutzerklärungen haben wir auch bisher schon entsprechend empfohlen, jeweils „cookiespezifisch“ die Speicherdauer und Zugriffsmöglichkeiten anzugeben.

Nach der DSK müssen insbesondere, wenn bei der betroffenen Person erhobene Daten von dem jeweiligen Diensteanbieter (inkl. eingebundener Dienste) website-übergreifend zusammengeführt und ausgewertet werden, die betroffenen Personen vorab über jegliche Form der durchgeführten Datenverarbeitung sowie sämtliche Empfänger ausführlich informiert werden. Zudem müssen sie die Möglichkeit erhalten, in die einzelnen Formen der Datenverarbeitung spezifisch einzuwilligen. Gemeinsam Verantwortliche müssen genannt und die Verarbeitungstätigkeiten der einzelnen Organisationen hinreichend beschrieben werden.

Klare und umfassende Informationen beinhalten nach Ansicht des Generalanwalts neben Informationen über den Zweck und die Funktionsweise auch Informationen dazu, wie lange die Cookies die Daten (nicht nur personenbezogene) sammeln und ob Dritte Zugriff auf die Daten erhalten. Wird Dritten Zugriff gewährt, muss deren Identität offengelegt werden. Nur wenn auch über vorhandene oder fehlende

Zugriffsmöglichkeiten Dritter informiert würde, könne der Nutzer die Konsequenzen seiner Einwilligung erkennen. Es bleibt abzuwarten, ob sich der EuGH den Schlussanträgen seines Generalanwalts anschließt.

Weitere Hinweise zu den Anforderungen an die Betroffeneninformation bei Verwendung von Tracking-Cookies geben die Orientierungshilfe der DSK und der Berliner BDI:

- Orientierungshilfe der DSK für Anbieter von Telemedien:
https://www.datenschutz.rlp.de/fileadmin/lfdi/Dokumente/Orientierungshilfen/OH_TMGM.pdf
- Schlussanträge in der Rechtssache Planet 49:
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=212023&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5469448>
- Jahresbericht 2018 des Berliner BDI:
<https://www.datenschutz-berlin.de/infothek-und-service/veroeffentlichungen/jahresberichte/>
- Positionspapier der DSK zur Anwendbarkeit des TMG für nicht-öffentliche Stellen:
https://www.ldi.nrw.de/mainmenu_Datenschutz/submenu_Technik/Inhalt/TechnikundOrganisation/Inhalt/Zur-Anwendbar-

keit-des-TMG-fuer-nicht-oeffentliche-Stellen-ab-dem-25_-Mai-2018/
Positionsbestimmung-TMG.pdf

- Stellungnahme des Europäischen Datenschutzausschusses zum Zusammenspiel der DSGVO und der e-Privacy-Richtlinie:
https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/opinion-board-art-64/opinion-52019-interplay-between-eprivacy-directive_de

Zu allen datenschutzrechtlichen Fragestellungen stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Kristina Schreiber
0221 650 65-337
kristina.schreiber@loschelder.de

Dr. Simon Kohm
0221 650 65-200
simon.kohm@loschelder.de

Dr. Lucyne Ghazarian
0221 650 65-222
lucyne.ghazarian@loschelder.de





Bau- und Architektenrecht

Das Ende der Mindestsätze nach HOAI

In diesem Jahr wird die Entscheidung des EuGH erwartet, dass der verbindliche Preisrahmen der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) nicht mit EU-Recht zu vereinbaren ist. Das Ende der HOAI als solche ist damit aber noch nicht besiegelt. Wir stellen die wichtigsten Auswirkungen für die Vertragspraxis und laufende Prozesse dar.

Aktueller Stand des Verfahrens gegen die Mindestsätze vor dem EuGH

Die HOAI bestimmt eine zwingende Mindestvergütung für Architekten und Ingenieure bei Bauvorhaben mit Baukosten von bis zu 25,5 Mio. Euro. Bei größeren Bauprojekten konnte die Vergütung schon bislang frei vereinbart werden. Die EU-Kommission hat die zwingende Mindestsatzregelung vor vier Jahren in einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland vor dem EuGH angegriffen, weil diese gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoßen soll. Im Februar wurden nun die Schlussanträge des Gene-

ralanwalts beim EuGH, die eine Entscheidung des Gerichtshofs vorbereiten, veröffentlicht.

Der Generalanwalt spricht sich gegen die Wirksamkeit des verbindlichen Preisrahmens aus. Eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch Preisvorgaben ist zwar möglich. Deutschland habe aber nicht nachgewiesen, dass die Mindestsätze notwendig sind, um den Verbraucherschutz sicherzustellen und einen Preiskampf zu Lasten der Qualität zu vermeiden. Es sei nicht nachvollziehbar, warum qualifizierte Dienstleister sich alleine aufgrund eines verstärkten Preiswettbewerbs vom „Paulus zum Saulus“ wandeln sollen (so ausdrücklich die Schlussanträge). Verbraucherschutz und Qualitätssicherung könnten durch andere Maßnahmen erreicht werden.

Der EuGH folgt meistens, aber nicht immer, den Schlussanträgen. Seine Entscheidung wird noch im 2. oder 3. Quartal dieses Jahres erwartet.



Mindestsätze und HOAI nach dem Urteil

Weder die Mindestsätze noch die übrige HOAI fallen mit dem erwarteten Urteil. Deutschland müsste dieses zunächst noch umsetzen. In welcher Form das Urteil umgesetzt wird, ist offen. Die Mindestsätze müssten in jedem Fall abgeschafft werden. Es ist aber gut möglich, dass nur der verbindliche Preisrahmen abgeschafft wird und die HOAI im Übrigen bestehen bleibt. So dient die HOAI regelmäßig der Ausgestaltung der Architektenleistungen. Eine Vergütung nach HOAI könnte als Preisempfehlung dienen.

Auswirkungen auf laufende Honorarprozesse

Die Entwicklungen sorgen für Unruhe in allen Honorarprozessen, spielen in vielen Fällen aber keine entscheidende Rolle. Das klingt zunächst überraschend. Häufig geht es aber um Honorarfragen unabhängig von den Mindestsätzen, etwa um die richtigen Abrechnungsparameter. Auch wenn überhaupt kein bestimmtes Honorar vereinbart wurde oder eine Honorarvereinbarung (wie häufig) unwirksam ist, kommt es nicht auf das zu erwartende EuGH-Urteil an. Architekten und Ingenieure können dann weiter auf Basis

der HOAI abrechnen, wenn der Vertrag auf sie Bezug nimmt. Ebenso wenig geht es um zwingende Mindestsätze, wenn Architekten und Ingenieure für zusätzliche oder wiederholte Planungsleistungen – für Bauherrn häufig unerwartet – Vergütung verlangen.

Die Entwicklungen sind einschneidend, wenn Architekten und Ingenieure sich nicht an ein vereinbartes Pauschalhonorar unterhalb der Mindestsätze halten wollen, etwa weil es im Bauvorhaben zu Streit mit dem Bauherrn kommt. Bislang konnten sie trotz anderslautenden Vertrages fast immer die Mindestsätze verlangen und waren nicht an die Pauschalvereinbarung gebunden. Nach zukünftigem Recht wären Architekten und Ingenieure an das vereinbarte Pauschalhonorar gebunden.

Dann stellt sich aber die Frage, wie deutsche Gerichte mit der Einschätzung des Generalanwalts und ab Ende des Jahres mit der EuGH-Entscheidung umgehen, wenn sie wie erwartet ergeht. Der Generalanwalt weist darauf hin, dass die Dienstleistungsrichtlinie unmittelbare Wirkung auch für Private entfaltet und die Gerichte daher verpflichtet sind, die Europarechtswidrigkeit der HOAI selbst zu prüfen. Teilen sie die

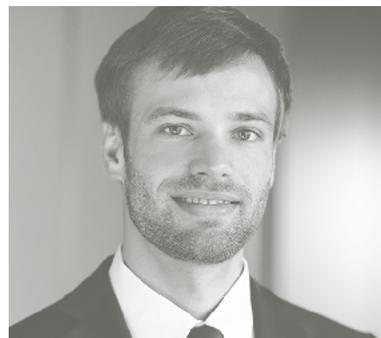
Auffassung des Generalanwalts, dürften sie die HOAI nicht mehr anwenden oder müssten eine Vorabentscheidung beim EuGH einholen. Einige deutsche Gerichte fühlen sich aber nicht dertyp verpflichtet und wollen den Prozess unter Anwendung der HOAI samt Mindestsätzen fortsetzen und verweisen auf die noch ausstehende Umsetzung durch den Gesetzgeber. Es herrscht also eine gewisse Unsicherheit, die in den von uns betreuten Honorarprozessen dazu führt, dass das Verfahren jedenfalls nicht vorangetrieben wird. In vielen Fällen hilft es, herauszuarbeiten, dass es auf die Mindestsatzregelung nicht alleine ankommt und die HOAI weiterhin wirksam ist.

Auswirkungen auf Architekten- und Ingenieurverträge

Verträge auf Basis der HOAI sind wirksam und können auch weiterhin abgeschlossen werden. Es besteht ein Restrisiko, dass der Wegfall des verbindlichen Preisrahmens als Vertragsgrundlage eingestuft wird, die zu einer Vertragsanpassung führt. In zukünftige Verträge sollte die Regelung aufgenommen werden, dass die Honorarvereinbarung auch dann gilt, wenn die Mindestsätze und sogar die HOAI wesentlich geändert oder abgeschafft werden.

Für sämtliche Fragen zum Bau- und Architektenrecht steht Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Robert Kessler
0221 650 65-482
robert.kessler@loschelder.de



105	8.91	9.09	37.79
100	35.79	36.80	60.70
43	59.50	59.69	57.55
34	53.51	54.38	17.19
81	16.76	16.96	41.21
28	40.28	39.60	33.97
4	33.00	32.55	12.18
4	11.54	11.89	8.87
5	8.36	8.40	8.66
1	8.28	8.37	16.18
60	15.74	15.82	39.10
2	36.89	36.95	23.00
3	23.00	23.11	0.04

Steuerrecht

Steuerpflicht gemeinnütziger Körperschaften

Gemeinnützige Körperschaften, insbesondere Stiftungen, legen das Stiftungsvermögen häufig in Aktien an. Die Dividendenerträge sind Einnahmen, die der Stiftung grundsätzlich steuerfrei zufließen. Bei der Auszahlung der Dividenden wurde in der Vergangenheit keine Kapitalertragssteuer (KESt) eingehalten.

Hieran hat sich seit dem 01.01.2016 durch die Einführung eines neuen § 36a EStG etwas geändert. Seit dem 01.01.2019 genügt es nicht mehr, der Bank eine Bescheinigung gemäß § 44a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 EStG, eine sog. NV-Bescheinigung vorzulegen. Weitere Voraussetzung ist, dass die Kapitalerträge einen Betrag von 20.000 Euro nicht übersteigen bzw. dass eine Haltedauer der Aktien von mindestens einem Jahr vorliegt.

Der neue § 44a Abs. 10 Satz 1 Nr. 3 EStG mit Wirkung zum 01.01.2019 lautet:

„(10) Werden Kapitalerträge im Sinne des § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a gezahlt, hat die auszahlende Stelle keinen Steuerabzug vorzunehmen, wenn

(...)

3. der auszahlenden Stelle eine Bescheinigung nach Abs. 7 Satz 2 für den Gläubiger vorgelegt wird; soweit die Kapitalerträge einen Betrag von 20 000 Euro übersteigen, ist bei Gläubigern nach Abs. 7 Satz 1 Nummer 1 abweichend vom ersten Halbsatz ein Steuerabzug in Höhe von drei Fünftel vorzunehmen, wenn der Gläubiger bei Zufluss der Kapitalerträge nicht seit mindestens einem Jahr ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien oder Genussscheine ist.“

§ 36a EStG wurde eingeführt, um eine Umgehung der Dividendenbesteuerung zu verhindern, sog. CUM/CUM-Geschäfte. Diese Regel gilt auch ausdrücklich für gemeinnützige Organisationen und damit ausdrücklich auch für Stiftungen. Es gibt daher mit Einführung dieser Bestimmung Dividendeneinkünfte, die trotz Gemeinnützigkeit versteuert werden müssen. Um dies zu verhindern, muss entweder die Dividendeneinnahme unter 20.000 Euro gehalten werden, was schon bei mittelgroßen Stiftungen kaum möglich sein dürfte. Oder es müssen bei Kauf und Verkauf von Wertpapieren die Besonderheiten des § 36a EStG berücksichtigt werden.

§ 36a Abs. 1 EStG lautet (in Auszügen):

„(1) Bei Kapitalerträgen im Sinne des § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1a setzt die volle Anrechnung der durch Steuerabzug erhobenen Einkommensteuer ferner voraus, dass der Steuerpflichtige hinsichtlich der diesen Kapitalerträgen zugrunde liegenden Anteile oder Genussscheine

1. während der Mindesthaltedauer nach Absatz 2 ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer ist
2. während der Mindesthaltedauer nach Absatz 2 ununterbrochen das Mindestwertänderungsrisiko nach Absatz 3 trägt und
3. nicht verpflichtet ist, die Kapitalerträge ganz oder überwiegend, unmittelbar oder mittelbar anderen Personen zu vergüten.

Fehlen die Voraussetzungen des Satzes 1, so sind drei Fünftel der Kapitalertragsteuern nicht anzurechnen. Die nach den Sätzen 1 und 2 nicht angerechnete Kapitalertragssteuer ist auf Antrag bei der Ermittlung der Einkünfte abzuziehen. Die Sätze 1 bis 3 gelten entsprechend für Anteile oder Genussscheine, die zu inländischen Kapitalerträgen im Sinne des § 43 Absatz 3 Satz 1 führen und einer Wertpapiersammelbank im Ausland zur Verwahrung anvertraut sind.

(2) Die Mindesthaltedauer umfasst 45 Tage und muss innerhalb eines Zeitraums von 45 Tagen vor und 45 Tagen nach der Fälligkeit der Kapitalerträge erreicht werden. Bei Anschaffungen und Veräußerungen ist zu unterstellen, dass die zuerst angeschafften Anteile oder Genussscheine zuerst veräußert wurden.

(3) Der Steuerpflichtige muss unter Berücksichtigung von gegenläufigen Ansprüchen und Ansprüchen nahe stehender Personen das Risiko aus einem sinkenden Wert der Anteile oder Genussscheine im Umfang von mindestens 70 Prozent tragen (Mindestwertänderungsrisiko). Kein hinreichendes Mindestwertänderungsrisiko liegt insbesondere dann vor, wenn der Steuerpflichtige oder eine ihm nahe stehende Person Kurssicherungsgeschäfte abgeschlossen hat, die das Wertänderungsrisiko der Anteile oder Genussscheine unmittelbar oder mittelbar um mehr als 30 Prozent mindern.

(4) Einkommen- oder körperschaftsteuerpflichtige Personen, bei denen insbesondere aufgrund einer Steuerbefreiung kein Steuerabzug vorgenommen oder denen ein Steuerabzug erstattet wurde und die die Voraussetzungen für eine Anrechenbarkeit der Kapitalertragssteuer nach den Absätzen 1 bis 3 nicht erfüllen, haben dies gegenüber ihrem zuständigen Finanzamt anzuzeigen und

eine Zahlung in Höhe des unterbliebenen Steuerabzugs auf Kapitalerträge im Sinne des § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1a und des Absatz 1 Satz 4 zu leisten.“

Es folgt in § 36a Abs. 5 die Ausnahmeregelung, dass dies nur ab einem Betrag von 20.000 Euro gilt und nicht bei einer Mindesthaltedauer von einem Jahr.

Voraussetzung des § 36a EStG sind also:

- Mindesthaltedauer 45 Tage vor und 45 Tage nach Fälligkeit der Dividende
- Tragung des Mindestwertänderungsrisikos
- Keine Verpflichtung, Dividende zu vergüten

Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Ist eine von ihnen nicht gegeben, geht die Steuerfreiheit für die Dividende verloren. Das gilt nicht, wenn die zitierte Ausnahme des Abs. 5 gilt.

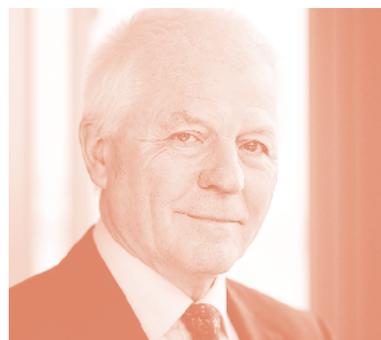
Jeder, der eine gemeinnützige Körperschaft vertritt, z. B. Vorstand einer Stiftung ist oder diese berät, muss diese neue Vorschrift berücksichtigen und sollte hierauf seine Bank, sofern eine Bank die Vermögensverwaltung übernommen hat, hinweisen. Die Steuerpflicht kann durch entsprechende Anlage der Wertpapiere verhindert werden.

Für sämtliche Fragen zur Steuerpflicht gemeinnütziger Körperschaften steht Ihnen gerne zur Verfügung:

Prof. Dr. Michael Loschelder

0221 650 65-124

michael.loschelder@loschelder.de





Arbeitsrecht

Urlaubskürzung wegen Elternzeit unionsrechtskonform

Elternzeit ist keine Arbeitszeit. Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG kann der Arbeitgeber den Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel kürzen. Diese Regelung wurde vom BAG nun als unionsrechtskonform bestätigt (Urteil vom 19.03.2019, Az. 9 AZR 362/18; zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses nur als Pressemitteilung veröffentlicht). Arbeitgeber sollten daran denken, dieses Kürzungsrecht rechtzeitig durch Erklärung gegenüber dem Arbeitnehmer auszuüben.

Der EuGH hatte bereits im vergangenen Jahr entschieden, dass die Dauer eines Elternurlaubs bei der Berechnung des Jahresurlaubs keine Berücksichtigung finden muss (Urteil vom 04.10.2018, Az. C-12/17). Die Entscheidung des BAG war vor diesem Hintergrund konsequent:

Die Klägerin befand sich unter anderem vom 01.01.2013 bis zum 15.12.2015 durchgehend in Elternzeit. Anschließend erklärte sie mit Schreiben vom 23.03.2016 die Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 30.06.2016. Gleichzeitig beantragte sie, ihr unter Einbeziehung der während der Elternzeit entstandenen Urlaubsansprüche bis zum Ablauf der Kündigungsfrist Urlaub zu

gewähren. Die beklagte Arbeitgeberin erteilte der Klägerin lediglich Urlaub vom 04.04. bis zum 02.05.2016 und lehnte zugleich die Gewährung des auf die Elternzeit entfallenen Urlaubs ab. Die Klägerin machte daraufhin zuletzt noch die Abgeltung von 89,5 Arbeitstagen Urlaub geltend. Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab; die Revision hatte keinen Erfolg.

Nach Ansicht des BAG hat die Arbeitgeberin die Urlaubsansprüche der Klägerin mit Schreiben vom 04.04.2016 wirksam gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um 1/12 gekürzt. Erforderlich für eine entsprechende Kürzungserklärung sei eine darauf gerichtete empfangsbedürftige rechtsgeschäftliche Erklärung. Ausreichend sei insofern, dass für den Arbeitnehmer erkennbar sei, dass der Arbeitgeber von seiner Kürzungsmöglichkeit Gebrauch machen will. Eine entsprechende Kürzungserklärung erfasse in der Regel auch den vertraglichen Mehrurlaub.

Die Kürzungsmöglichkeit nach deutschem Recht verstoße weder gegen Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG (Arbeitszeitrichtlinie) noch gegen § 5 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub im Anhang der Richtlinie

2010/18/EU. Insofern verlange das Unionsrecht nach der Rechtsprechung des EuGH nicht, dass Arbeitnehmer, die während der Elternzeit nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet waren, mit Arbeitnehmern gleichzustellen sind, die im entsprechenden Zeitraum gearbeitet haben.

Die Entscheidungen des EuGH und des BAG sorgen für Rechtssicherheit hinsichtlich der bisher angezweifelteuroparechtsrechtskonformität des § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG. Arbeitgeber können somit weiterhin von ihrem Recht auf Kürzung des Erholungsurlaubs für die Elternzeit Gebrauch machen.

Zu beachten ist dabei Folgendes:

- Eine Kürzung kommt nur für jeden vollen Monat der Elternzeit in Betracht; bereits der Beginn der Elternzeit zum 2. eines Monats führt dazu, dass für den gesamten Kalendermonat die Kürzungsmöglichkeit entfällt.
- Die Ausübung des Kürzungsrechts kann nur im Rahmen billigen Ermessens erfolgen. Insofern bedarf es der Beachtung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Weiterhin darf eine entsprechende Entscheidung nicht willkürlich erfolgen.
- Die Kürzungserklärung ist formfrei, also auch mündlich oder konkludent möglich.

- Als frühestmöglicher Zeitpunkt einer Kürzungserklärung wird weit überwiegend der Tag angenommen, an dem der Arbeitnehmer sein Elternzeitverlangen mitteilt und sich damit rechtlich bindet. Die vereinzelt anzutreffenden Kürzungsklauseln in Arbeitsverträgen sind daher mit einer gewissen Rechtsunsicherheit belastet.
- Eine Kürzungserklärung ist ohne vorherige Ankündigung auch während oder nach Beendigung der Elternzeit noch möglich, solange dem Arbeitnehmer noch nicht der ungekürzte Jahresurlaub gewährt wurde. Als verspätet anzusehen dürfte die Kürzungserklärung jedoch sein, wenn das Arbeitsverhältnis bereits beendet ist und der Arbeitnehmer lediglich noch Anspruch auf Urlaubsabgeltung hat.

Wir empfehlen, die Kürzungserklärung als Textbaustein in die regelmäßig abzugebende Bestätigung der Elternzeit aufzunehmen, die dann in Kopie in die Personalakte gelangt. Eine entsprechende Kürzungserklärung könnte z.B. folgendermaßen lauten:

„Hiermit kürzen wir gem. § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG den Erholungsurlaub, der Ihnen für jedes Urlaubsjahr zusteht, für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um jeweils 1/12.“

Geschäftsgeheimnisgesetz – welche arbeitsrechtlichen Maßnahmen sind erforderlich?

Bislang war der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in Deutschland gesetzlich nur rudimentär geregelt. Mit den wenig effektiven gesetzlichen Schutzmechanismen korrespondierte allerdings ein sehr weiter Begriff des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses. Vielfach machten sich Arbeitgeber darüber, ob bestimmte Informationen Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse sind, keine Gedanken und ergriffen auch keine Maßnahmen zu einem effektiven Schutz. Bislang ließ sich der Schutz als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis auch nachträglich über ein Geheimhaltungsinteresse begründen. Durch das Geschäftsgeheimnisgesetz wird sich die Situation eher in ihr Gegenteil verkehren: Geschäftsgeheimnisse werden effektiv geschützt, der Schutz verlangt jedoch, dass das Unternehmen auch seinerseits seine Hausaufgaben zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse gemacht hat. Ohne eine angemessene Prävention wird es künftig möglicherweise gar keinen Schutz von Geschäftsgeheimnissen mehr geben.

Der Bundestag hat am 21.03.2019 den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Richtlinie 2016/943 – deren Umsetzungsfrist bereits im Juni 2018 abgelaufen war – beschlossen. Das Geschäftsgeheimnisgesetz (GeschGehG) wird nunmehr kurzfristig in Kraft treten.

Das Gesetz regelt umfassend und neu den Schutz von Geschäftsgeheimnissen, die bislang nur

aufgrund der Strafvorschrift in § 17 UWG gesetzlich geschützt waren. Die Möglichkeiten der Unternehmer, den Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse wirksam durchzusetzen und gegen Verletzungen vorzugehen, werden durch das Gesetz erheblich gesteigert. Insoweit ist das Gesetz als eine wichtige Maßnahme zur effektiven Durchsetzung eines Know-how-Schutzes sehr zu begrüßen.

Allerdings ist der Schutz als Geschäftsgeheimnis nicht mehr wie bislang ohne weiteres zu erreichen. Bislang wurden als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis alle auf ein Unternehmen bezogene Tatsachen, Umstände und Vorgänge geschützt, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat. Relevant war im Wesentlichen das Geheimhaltungsinteresse des Arbeitgebers; darauf, dass dieser das Geschäftsgeheimnis auch effektiv geschützt hatte, kam es nicht an.

Die Neudefinition im Geschäftsgeheimnisgesetz verlangt demgegenüber, dass eine Information

- geheim ist,
- von wirtschaftlichem Wert ist,
- mit angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen geschützt wird und
- ein berechtigtes Interesse an ihrer Geheimhaltung besteht.

Neu gegenüber der alten Rechtslage ist damit insbesondere, dass ein effektiver Schutz der Geschäftsgeheimnisse nur besteht, wenn die Information mit angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen geschützt wird. Der Kreis der durch das Gesetz geschützten Informationen wird daher deutlich enger; eine Information wird nicht, wie in der Vergangenheit, alleine aufgrund des Geheimhaltungsinteresses des Unternehmens geschützt.

Für die Unternehmen ergibt sich damit das Erfordernis, angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen für ihre Geschäftsgeheimnisse zu ergreifen. Falls Unternehmen insoweit untätig bleiben, löst dies zwar keine Bußgeldpflichten wie bei der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) aus. Das Unternehmen muss aber damit rechnen, dass die Geschäftsgeheimnisse und damit das betriebliche Know-how nicht mehr rechtlich geschützt sind. Gegen einen Datendiebstahl des Arbeitnehmers kann das Unternehmen nicht auf Grundlage des Geschäftsgeheimnisgesetzes vorgehen. Es droht insoweit sogar, dass auch kein vertraglicher und nachvertraglicher Schutz der Geschäftsgeheimnisse – durch arbeitsvertragliche Verschwiegenheitsklauseln oder die Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers als vertraglicher Nebenpflicht – mehr besteht: Bislang erfassten aus Sicht des Bundesarbeitsgerichts solche Klauseln nur Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Wenn diese Rechtsprechung konsequent auf die neue Rechtslage übertragen wird,

wofür aus unserer Sicht einiges spricht, umfassen auch vertragliche Verschwiegenheitspflichten nurmehr Geschäftsgeheimnisse im Sinne des Geschäftsgeheimnisgesetzes.

Grundsätze, welche Geheimhaltungsmaßnahmen angemessen sind, haben sich noch nicht gebildet. Auf jeden Fall wird es jedoch erforderlich sein, dass das Unternehmen überhaupt festlegt, welche Informationen Geschäftsgeheimnisse sind. Zweckmäßigerweise werden entsprechende Papiere oder Dateien mit Vertraulichkeitshinweisen versehen. Sinnvoll ist es auch, eine Klassifikation der Geschäftsgeheimnisse nach Geheimhaltungsbedürftigkeit vorzunehmen und entsprechende Schutzstufen zu definieren. Die im Anschluss an diese Klassifikation erforderlichen tatsächlichen und rechtlichen Geheimhaltungsmaßnahmen sind auf den Einzelfall abzustellen: Diese können sowohl Einschränkungen bei der Nutzung der betrieblichen EDV durch Mitarbeiter umfassen (etwa Beschränkungen beim Kopieren oder Versenden von Dateien) als auch Zugangsberechtigungskonzepte zu den Geschäftsgeheimnissen oder entsprechende Verhaltensanforderungen an Arbeitnehmer. Teil des Konzepts können auch, jedenfalls für Know-how-Träger, nachvertragliche Wettbewerbsverbote sein. Hinzu kommen auch technische Maßnahmen der EDV-Sicherheit. Eine Reihe der hier sinnvollen und möglichen Maßnahmen werden in Unternehmen bereits aus der Umsetzung der DSGVO bekannt sein; die

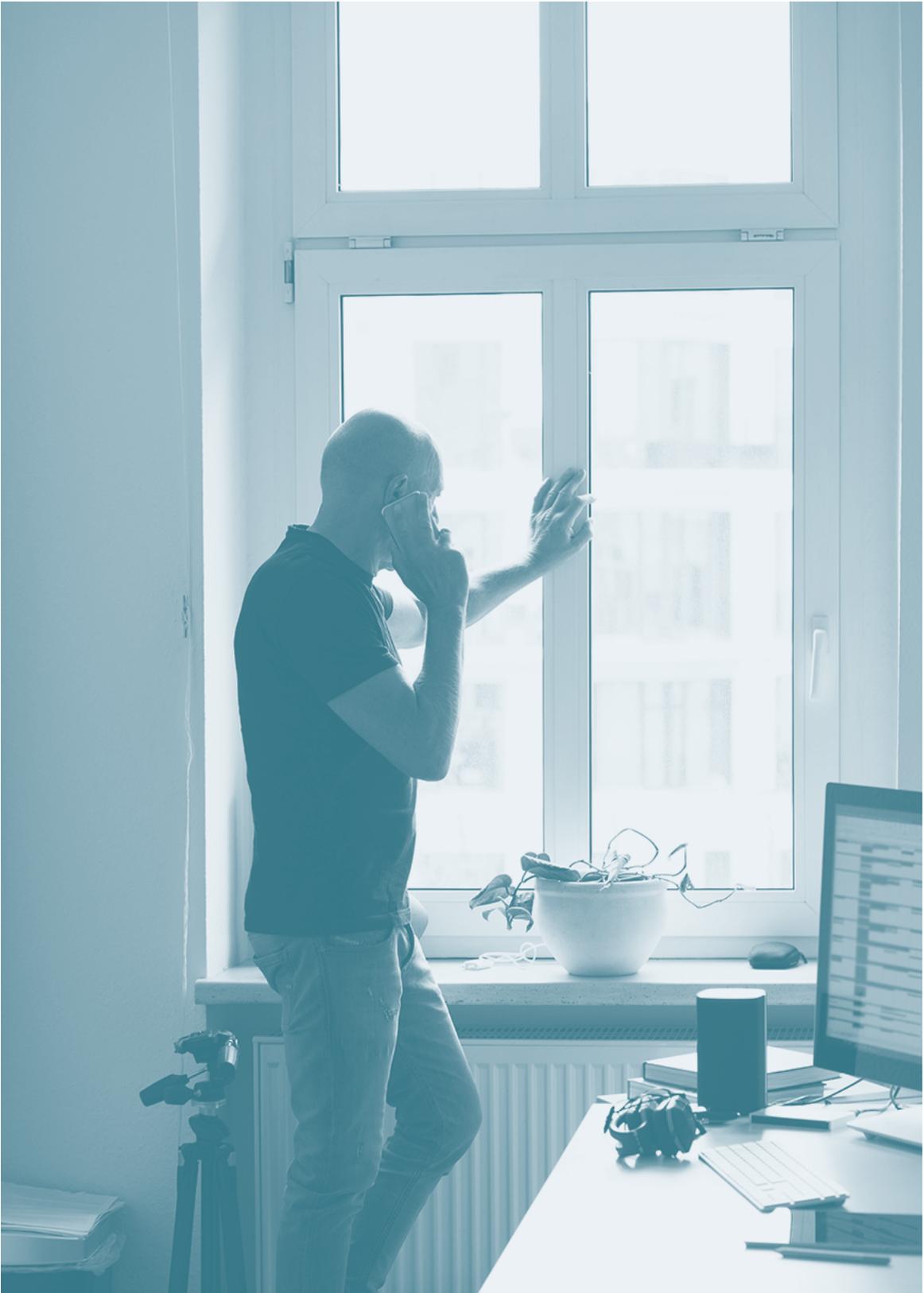
in diesem Rahmen gewonnenen Erfahrungen lassen sich auch bei der Umsetzung des Schutzes der Geschäftsgeheimnisse nutzen.

Aus arbeitsrechtlicher Sicht kann es, jedenfalls bei kooperationsbereiten Betriebsräten, sinnvoll sein, eine umfassende Betriebsvereinbarung zum Thema zu schließen. Eine Reihe der erforderlichen Geheimhaltungsmaßnahmen werden, etwa bei einem EDV-Bezug, ohnehin der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen. Auch die Regelung von konkreten Verhaltenspflichten der Arbeitnehmer kann vom Betriebsrat mitbestimmt sein. Über in einer Betriebsvereinbarung geregelte Verschwiegenheitspflichten lässt sich insbesondere verhindern, dass mit zahlreichen Mitarbeitern vertragliche Vereinbarungen über Verschwiegenheitspflichten vereinbart werden müssen.

Erheblichen Einfluss wird das Gesetz auch auf den Umgang mit „Whistleblowern“ haben; der Beschluss des Gesetzes verzögerte sich insbesondere aufgrund von Meinungsverschiedenheiten zu diesem Thema. Nunmehr ist die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses zulässig, wenn dies der Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens dient und wenn die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Im Hinblick auf diese gesetzliche Regelung steht die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeits-

gerichts zum Whistleblowing, die den Mitarbeiter verpflichtete, zunächst innerbetriebliche Abhilfemaßnahmen auszuschöpfen, auf dem Prüfstand. Richtigerweise sollte auch die Nutzung des „Rechts auf Whistleblowing“, wie bisher, dem Übermaßverbot unterliegen, sodass der Arbeitnehmer betriebliche Abhilfemöglichkeiten nutzen muss. Hier ist es für den Arbeitgeber daher wichtig, auch darlegen zu können, dass es solche effektiven innerbetrieblichen Abhilfemaßnahmen gab. Die Einrichtung einer Whistleblower-Hotline ist daher als weiteres Element eines effektiven betrieblichen Geheimnisschutzes sinnvoll; sie kann in eine Betriebsvereinbarung zum Thema „Schutz der Geschäftsgeheimnisse“ integriert werden.

Gerne unterstützen wir Sie bei der Umsetzung der für die Implementierung des innerbetrieblichen Geheimnisschutzes erforderlichen Schritte.



Unternehmerrisiko als Voraussetzung für selbstständige Tätigkeit – Klarstellungen durch das BSG

Die Tätigkeit von freien Mitarbeitern schien für Arbeitgeber zuletzt zu einem fast unkalkulierbaren Risiko geworden zu sein. Die Sozialversicherungsträger, häufig unterstützt durch die Sozialgerichte, erweiterten die gesetzlich gem. § 7 SGB IV vorgegebenen Kriterien – Tätigkeit nach Weisungen und Eingliederung der Arbeitsorganisation des Weisungsgebers – durch eine Vielzahl von Hilfskriterien. Vor allem das sog. Unternehmerrisiko nahm in der Entscheidungspraxis eine immer prominentere Rolle ein; es ließ sich zuletzt sogar die Tendenz erkennen, von einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung schon deshalb auszugehen, weil kein Unternehmerrisiko vorlag. Dass diese Rechtsprechung in ihren Ergebnissen häufig kaum prognostizierbar war, war für die Praxis schon im Hinblick auf die weitreichenden finanziellen und sogar strafrechtlichen Konsequenzen von Scheinselbstständigkeit mehr als misslich. Durch zwei neue Entscheidungen des Bundessozialgerichts (BSG) wurde nun klargestellt, dass bei Dienstleistungstätigkeiten, die die Mehrheit der in freier Mitarbeit ausgeübten Tätigkeiten darstellen werden, das Fehlen eines Unternehmerrisikos kein relevantes Indiz für eine abhängige Beschäftigung ist.

Kriterien des Bundesarbeitsgerichts für Arbeitsverhältnis

Als Kriterium für eine selbstständige Beschäftigung nennen weder § 7 Abs. 1 SGB IV noch § 611a BGB das Unternehmerrisiko. Daher spielte das Unternehmerrisiko als Kriterium für eine Arbeitnehmerstellung in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte keine relevante Rolle. Nach der Rechtsprechung des BAG unterscheidet sich ein Arbeitsverhältnis von dem Rechtsverhältnis

eines freien Dienstnehmers durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit: Arbeitnehmer ist derjenige, der aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (z.B. BAG, Urteil vom 17.10.2017, Az. 9 AZR 792/16). Das Unternehmerrisiko wird nur in einzelnen Entscheidungen erörtert und auch dann lediglich als Indiz für eine selbstständige Tätigkeit: Das Fehlen eines Unternehmerrisikos führt als solches nicht zu einer Arbeitnehmerstellung (BAG, Urteil vom 09.05.1996, Az. 2 AZR 438/95).

Das Unternehmerrisiko in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung

Demgegenüber spielte das Unternehmerrisiko in der Rechtsprechung der Sozialgerichte eine deutlich größere Rolle. Den Stand der Rechtsprechung des BSG fasst dessen Urteil vom 18.11.2015 (Az. B 12 KR 16/13 R) zusammen:

„Maßgebendes Kriterium für ein unternehmerisches Risiko ist nach den vom BSG entwickelten Grundsätzen [...], ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Allerdings ist ein unternehmerisches Risiko nur dann Hinweis auf eine selbstständige Tätigkeit, wenn diesem Risiko auch größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft [...] oder größere Verdienstmöglichkeiten gegenüberstehen [...]. Aus dem (allgemeinen) Risiko, außerhalb der Erledi-

gung einzelner Aufträge zeitweise die eigene Arbeitskraft ggf. nicht verwerten zu können, folgt kein Unternehmerrisiko bzgl. der einzelnen Einsätze.“

Diese Ausführungen lassen jedoch zwei entscheidende Fragen offen: Die eine Frage, die in der Rechtsprechung des BSG bislang nicht trennscharf beantwortet wurde, ist, ob ein vorhandenes Unternehmerrisiko lediglich ein positives Indiz für eine Selbstständigkeit ist oder ob ein fehlendes Unternehmerrisiko auch ein negatives Indiz für eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung sein kann.

Hier hat das BSG noch im Urteil vom 15.03.1979 (Az. 2 RU 80/78) aus dem Fehlen eines Unternehmerrisikos auf ein Beschäftigungsverhältnis geschlossen, dies später aber abschwächend dahingehend verstanden, dass das „Unternehmerrisiko nicht schlechthin entscheidend, sondern nur im Rahmen der Würdigung des Gesamtbildes zu beachten ist“ (BSG, Urteil vom 18.11.2015, Az. B 12 KR 16/13 R).

Dennoch ist die Entscheidungspraxis der Sozialversicherungsträger ganz überwiegend dadurch geprägt, dass das Fehlen eines Unternehmerrisikos als Indiz für eine abhängige Beschäftigung gewertet wird. Auch viele Sozialgerichte berücksichtigen das Unternehmerrisiko bei der Gesamtabwägung sowohl als positives Kriterium für eine Selbstständigkeit als auch als negatives

Kriterium für eine Beschäftigung (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 20.08.2015, Az. L 4 R 1001/15).

Seine Sprengkraft bekam die negative Indizwirkung des Unternehmerrisikos aus den strengen Anforderungen der Gerichte an ein tatsächlich gegebenes Unternehmerrisiko. Diese sollte bereits fehlen, wenn ein Anspruch auf Vergütung der geleisteten Arbeit gegeben war. Auch Anschaffungen des Selbstständigen im Hinblick auf seine Tätigkeit wurden bereits dann nicht für relevant gehalten, wenn es sich um Gegenstände handelte, die „heute auch in den meisten Haushalten Beschäftigter oder nicht erwerbstätiger Personen ohnehin regelmäßig zur privaten Nutzung vorhanden sind“, wie etwa Autos oder Computer.

Klarstellung des BSG

Es ist sehr zu begrüßen, dass das BSG in zwei Entscheidungen die Bedeutung des Unternehmerrisikos für Dienstleistungstätigkeiten klargestellt hat. In einer ersten Entscheidung, zu einem Familienhelfer, stellte es klar, dass materielle Investitionen (als Teil eines Unternehmerrisikos) keine Voraussetzung für eine selbständige Tätigkeit sind:

„Bei reinen Dienstleistungen, die – wie vorliegend – im Wesentlichen nur Know-how sowie Arbeitszeit und Arbeitsaufwand voraus-

setzen, ist unternehmerisches Tätigwerden nicht mit größeren Investitionen in Werkzeuge, Arbeitsgeräte oder Arbeitsmaterialien verbunden. Das Fehlen solcher Investitionen ist damit bei reinen Dienstleistungen kein ins Gewicht fallendes Indiz für eine (abhängige) Beschäftigung und gegen unternehmerisches Tätigwerden.“ (Urteil vom 31.03.2017, Az. B 12 R 7/15 R)

Das wurde in einer nachfolgenden Entscheidung noch einmal bekräftigt:

„Allerdings ist unternehmerisches Tätigwerden bei reinen Dienstleistungen gerade nicht mit größeren Investitionen in Werkzeuge, Arbeitsgeräte oder Arbeitsmaterialien verbunden [...]. Das auch bei einer Tätigkeit als Opernchorsänger typische Fehlen solcher Investitionen ist damit kein ins Gewicht fallendes Indiz für eine (abhängige) Beschäftigung und gegen unternehmerisches Tätigwerden. [...]“ (Urteil vom 14.03.2018, Az. B 12 KR 3/17 R)

In der gleichen Entscheidung wurde zudem klargestellt, dass auch die Vereinbarung eines festen Honorars kein Indiz für eine abhängige Beschäftigung ist:

„Auch die Vereinbarung eines festen Honorars spricht nicht als Ausdruck eines fehlenden Unternehmerrisikos zwingend für

abhängige Beschäftigung. Nach der Rechtsprechung des Senats ist bei reinen Dienstleistungen, anders als bei der Erstellung eines materiellen Produkts, ein erfolgsabhängiges Entgelt aufgrund der Eigenheiten der zu erbringenden Leistung regelmäßig nicht zu erwarten [...].“

Folgen für die Praxis

Die neuen Entscheidungen des BSG sind als wichtige Klarstellungen zu begrüßen. Zudem werden die Entscheidungskriterien, die zuletzt zwischen Arbeitsgerichten und Sozialgerichten deutlich auseinander gedriftet waren, wieder vereinheitlicht. Ein fehlendes Unternehmerrisiko bei Dienstleistungen kann auch im Sozialrecht nicht mehr als Indiz für eine abhängige Beschäftigung gewertet werden.

Die neue Rechtsprechung des BSG entzieht insbesondere der gängigen Praxis der Sozialversicherungsträger, die ihre Bescheide häufig ganz grundlegend ausschließlich auf den Aspekt des angeblich fehlenden Unternehmerrisikos stützen, die Basis. In der Praxis ist allerdings festzustellen, dass Versicherungsträger die neuen Urteile häufig ignorieren. Hier sollten diese auf die neue Rechtsprechung ausdrücklich hingewiesen und (auch) auf das Unternehmerrisiko gestützte Bescheide im Widerspruchsverfahren und gegebenenfalls Klageverfahren überprüft werden.



Als relevantes Kriterium aufgegeben wurde das Unternehmerrisiko allerdings nicht. Dieses kann weiterhin ein positives Indiz für eine tatsächlich bestehende Selbstständigkeit sein.

Für die künftige Vertragsgestaltung gibt das Urteil Spielräume. Diese sollten allerdings nur zurückhaltend genutzt werden. Arbeitnehmertypische Regelungen, wie Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder Urlaub, sind weiterhin schädlich.

Die Vereinbarung eines festen Honorars kann nicht mehr wegen „fehlenden Unternehmerrisikos“ als Indiz für eine abhängige Beschäftigung gewertet werden. Aber auch hier ist es weiterhin sinnvoll, das Unternehmerrisiko des Selbstständigen so stark wie möglich in der Vertragsgestaltung zu betonen. Reine Zeithonorare sollten nur dann vereinbart werden, wenn die Vereinbarung eines Erfolgshonorars nicht möglich ist. Wenn schon eine Vergütung nach Zeit vereinbart werden muss, sollte zumindest versucht werden, anhand von „Fallpauschalen“ zu verhindern, dass dem Selbstständigen jede Arbeitsleistung vergütet wird. Denn ein richtig verstandenes Unternehmerrisiko kann auch darin liegen, dass für den Selbstständigen ungewiss ist, welchen zeitlichen Aufwand er für das Honorar erbringen muss: Reisezeiten oder Vorbereitungszeiten sollten bewusst nicht gesondert abgerechnet werden, sondern mit dem Grundhonorar abgegolten sein.

Für sämtliche Fragen zum Arbeitsrecht stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Detlef Grimm
0221 650 65-129
detlef.grimm@loschelder.de

Dr. Martin Brock
0221 650 65-233
martin.brock@loschelder.de



Arbeitsrecht

Dr. Sebastian Pelzer
0221 650 65-263
sebastian.pelzer@loschelder.de

Dr. Stefan Freh
0221 650 65-129
stefan.freh@loschelder.de

Arne Gehrke, LL.M.
0221 650 65-263
arne.gehrke@loschelder.de

Dr. Jonas Kühne
0221 650 65-129
jonas.kuehne@loschelder.de

Farzan Daneshian
0221 650 65-263
farzan.daneshian@loschelder.de





Gesellschaftsrecht

Gesellschaftsrechtliche Zustimmungserfordernisse – keine Anwendung von § 179a AktG auf die GmbH

Ausgangslage

In der Praxis kommt es häufig vor, dass eine GmbH, deren einziger Zweck das Halten einer Unternehmensbeteiligung oder einer Betriebsimmobilie ist, diese Unternehmensbeteiligung oder Betriebsimmobilie veräußert. Da die GmbH in einer solchen Konstellation ihr wesentliches Vermögen veräußert, stellt sich die Frage, ob die Entscheidung von der Geschäftsführung allein getroffen werden kann oder ob die Gesellschafter der Veräußerung zustimmen müssen.

Für die Veräußerung des (praktisch) ganzen Vermögens einer Aktiengesellschaft verlangt § 179a AktG die notariell zu beurkundende Zustimmung der Gesellschafter. Fehlt ein solcher Zustimmungsbeschluss, handelt der Vorstand nach ganz herrschender Meinung ohne Vertretungsmacht im Außenverhältnis. Die Veräußerung ist dann grundsätzlich unwirksam.

Für die GmbH hingegen existiert keine entsprechende Vorschrift. Gleichwohl wurde die aktienrechtliche Vorschrift des § 179a AktG bislang als „verallgemeinerungsfähiges Prinzip des Verbandsrechts“ analog auf die GmbH angewandt.

Demzufolge wurde auch bei der GmbH die Veräußerung ihres (praktisch) gesamten Vermögens ohne zustimmenden Gesellschafterbeschluss mangels Vertretungsbefugnis der Geschäftsführung für unwirksam gehalten. Zudem wurde überwiegend die notarielle Beurkundung des Zustimmungsbeschlusses verlangt, was im Regelfall erhebliche Kosten verursacht hat.

Aktuelles BGH-Urteil

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat demgegenüber mit Urteil vom 8. Januar 2019 (AZ: II ZR 362/18) entschieden, dass § 179a AktG nicht entsprechend auf die GmbH anwendbar sei. Kern der Begründung des BGH ist eine Abwägung zwischen (i) dem Interesse der Gesellschafter, für die GmbH bedeutende Entscheidungen selbst zu treffen, und (ii) dem Interesse des redlichen Rechtsverkehrs, auf die grundsätzlich unbeschränkte Vertretungsmacht eines GmbH-Geschäftsführers vertrauen zu dürfen. Da der GmbH-Gesellschafter über deutlich weiterreichende Mitwirkungs-, Kontroll- und Informationsrechte verfüge als ein Aktionär, bedürfe er keines zusätzlichen Schutzes durch § 179a AktG. Daraus folgt, dass die GmbH-Geschäftsführung auch dann zur Veräußerung

des (praktisch) ganzen GmbH-Vermögens vertretungsbefugt ist, wenn sie zuvor keinen zustimmenden Gesellschafterbeschluss eingeholt hat. Die Veräußerung ist dann trotz fehlender Zustimmung der Gesellschafter grundsätzlich wirksam.

Der BGH stellt den GmbH-Gesellschafter dadurch jedoch nicht schutzlos. Der Geschäftsführer ist – auch ohne Rückgriff auf das Aktienrecht – ohnehin dazu verpflichtet, bei besonders bedeutsamen Geschäften – wie z.B. der Veräußerung des wesentlichen Vermögens der GmbH – die Zustimmung der Gesellschafterversammlung einzuholen. Dies gilt auch dann, wenn der Gesellschaftsvertrag keinen ausdrücklichen Zustimmungsvorbehalt enthält. Der zustimmende Gesellschafterbeschluss ist – im Gegensatz zum Beschluss nach § 179a AktG – nicht zu beurkunden und hat lediglich Auswirkungen auf das Innenverhältnis der GmbH. Erfolgt die Veräußerung ohne die Zustimmung der Gesellschafter, handelt die Geschäftsführung daher (lediglich) pflichtwidrig und haftet für daraus resultierende Schäden der GmbH (§ 43 Abs. 2 GmbHG).

Allerdings kann das Fehlen des Gesellschafterbeschlusses auf das Außenverhältnis durchschlagen, wenn der Käufer weiß oder es sich ihm aufdrängen muss, dass der Geschäftsführer der (Verkäufer-)GmbH ohne die erforderliche Zustimmung der Gesellschafter handelt (sog. Missbrauch der Vertretungsmacht). Dies soll nach Ansicht des BGH regelmäßig dann anzunehmen sein, wenn die Veräußerung den wesentlichen

Vermögensgegenstand, wie z.B. die einzige Unternehmensbeteiligung oder Betriebsimmobilie, betrifft und der Käufer nicht davon ausgehen kann, dass der Geschäftsführer allein über die Veräußerung entscheiden darf. Hinsichtlich der fehlenden Zustimmung der Gesellschafter kann der Käufer sich dann nicht auf Unkenntnis berufen. Ihn trifft unter Umständen sogar eine aktive Erkundigungsobliegenheit.

Was heißt das für die Praxis?

Veräußert eine GmbH ihr wesentliches Vermögen (bzw. bleibt dies für den Käufer unklar), sollte weiterhin ein Zustimmungsbeschluss der Gesellschafter der (Verkäufer-)GmbH eingeholt werden. Dies liegt zur Vermeidung einer späteren Rückabwicklung im Interesse beider Parteien. Abweichend von der bisherigen Praxis ist der Zustimmungsbeschluss allerdings nicht notariell zu beurkunden. Da der Gesellschafterbeschluss mangels Beurkundung keine (nennenswerten) Kosten verursacht, sollte die Einholung eines solchen Gesellschafterbeschlusses im Normalfall auch wenig problematisch sein.

Auswirkungen auf die Kommanditgesellschaft (KG)

Im Gegensatz zur GmbH gehen die ältere BGH-Rechtsprechung und auch die neuere obergerichtliche Rechtsprechung bislang davon aus, dass der Rechtsgedanke des § 179a AktG auf die KG anwendbar sei. Inwieweit der BGH diese Rechtsprechung nach seiner neuesten Entschei-

derung zur GmbH aufrechterhalten wird, bleibt abzuwarten. Da der BGH die Anwendung des § 179a AktG auf die GmbH hauptsächlich wegen der geringen Schutzwürdigkeit der GmbH-Gesellschafter ablehnt, dürfte es bei der KG im Ergebnis auf die Ausgestaltung der Einwirkungsmöglichkeiten der Kommanditisten auf den geschäftsführenden Gesellschafter im jeweiligen Einzelfall ankommen. So liegt die Anwendung des § 179a AktG auf eine Publikums-KG mit einer Vielzahl von (schwachen) Kommanditisten näher als bei einer KG mit kleinem Gesellschafterkreis und einem oder wenigen (starken) Kommanditisten. Solange diese Frage jedoch nicht höchstrichterlich geklärt ist, sollte bei der KG für die Veräußerung ihres wesentlichen Vermögens (weiterhin) vorsorglich ein Gesellschafterbeschluss eingeholt werden. Dieser ist nach ganz herrschender Auffassung nicht zu beurkunden.

Bei Rückfragen zu gesellschaftsrechtlichen Zustimmungserfordernissen stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Felix Ebbinghaus, LL.M.
0221 650 65-224
felix.ebbinghaus@loschelder.de

Svenja Fröhlich
0221 650 65-224
svenja.froehlich@loschelder.de





Versicherungsrecht

Erfassen D&O-Versicherungsverträge Ersatzansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG? – Update zu rechtAktuell Ausgabe Dezember 2018

Wir hatten in der letzten Ausgabe von rechtAktuell (Ausgabe Dezember 2018) über ein wichtiges Urteil des OLG Düsseldorf zur D&O-Versicherung berichtet. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat am 20. Juli 2018 entschieden, dass D&O-Versicherungsverträge Ersatzansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG nicht erfassen.

Ersatzansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG

Gemäß § 64 Satz 1 GmbHG sind die Geschäftsführer einer GmbH der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Dies gilt nicht für Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind. Ein entsprechender Ersatzanspruch besteht gemäß §§ 93 Abs. 3 Nr. 6, 92 Abs. 2 Satz 1 AktG auch gegenüber Vorständen von Aktiengesellschaften. Stellt also ein Geschäftsführer einer GmbH bzw. ein Vorstand einer Aktiengesellschaft nicht rechtzeitig den Insolvenzantrag, muss er der Gesellschaft sämtliche Zahlungen erstatten, die er nach dem Eintritt der Insolvenzreife noch veranlasst hat. Auf der Grundlage von § 64 Satz 1 GmbHG oder der entsprechenden aktienrechtlichen Normen werden in der Insolvenz oft Forderungen in mehrfacher Millionenhöhe durch die Insolvenzverwalter geltend gemacht. Für betroffene Geschäfts-

führer / Vorstände ist daher ganz entscheidend, ob der D&O-Versicherungsvertrag der Gesellschaft auch solche Ersatzansprüche erfasst.

Neueste Entwicklung

Das Urteil des OLG Düsseldorf vom 20.07.2018 ist zwischenzeitlich rechtskräftig geworden. Die dagegen eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde wurde zurückgenommen, nachdem sich die Parteien vergleichsweise geeinigt hatten. Eine Entscheidung des BGH zur Frage, ob Ersatzansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG vom Versicherungsschutz bei D&O-Versicherungsverträgen erfasst sind, wird es daher zunächst nicht geben.

Bedeutung für bestehende Versicherungsverträge

Wie bereits in der letzten Ausgabe von rechtAktuell geraten, sollten Geschäftsführer und Vorstände – und dies gilt jetzt, nachdem das Urteil des OLG Düsseldorf rechtskräftig geworden ist, noch dringender – anhand der für sie geltenden Versicherungsbedingungen genau prüfen bzw. prüfen lassen, ob Ersatzansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG bzw. der entsprechende aktienrechtliche Ersatzanspruch vom Versicherungsschutz erfasst sind. Bei neueren Versicherungsverträgen sind diese Ersatzansprüche zum Teil ausdrücklich mit eingeschlossen. Soweit hierzu

eine Regelung in den Versicherungsbedingungen fehlt, sollte – vor Eintritt eines Schadenfalls – mit der Versicherung geklärt werden, ob diese Ersatzansprüche nach der Auslegung des jeweiligen Versicherers erfasst sind. Bei Abschluss neuer Versicherungsverträge sollten Geschäftsführer und Vorstände darauf achten, dass Ersatzansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG bzw. der entsprechende aktienrechtliche Ersatzanspruch in den Versicherungsumfang eingeschlossen sind, damit im Fall der Insolvenz keine (möglicherweise existenzvernichtende) Lücke im Versicherungsschutz besteht.

Steuerlicher Haftungsanspruch gemäß § 69 AO

Nachdem das Urteil des OLG Düsseldorf vom 20.07.2018 rechtskräftig geworden ist, wird in der aktuellen Literatur zur D&O-Versicherung auch diskutiert, ob das Urteil Auswirkungen auf die Auslegung von D&O-Versicherungsbedingungen zu öffentlich-rechtlichen Schadenersatzansprüchen hat. Je nach Wortlaut der Versicherungsbedingungen könnte im Einzelfall fraglich sein, ob solche Ansprüche unter den Versicherungsschutz fallen.

Ein typischer öffentlich-rechtlicher Schadenersatzanspruch ist insbesondere § 69 AO. Gemäß § 69 AO haften die gesetzlichen Vertreter von natürlichen und juristischen Personen (also insbesondere auch Geschäftsführer und Vorstände)

persönlich für die Steuern des von ihnen vertretenen Steuerschuldners, soweit Ansprüche auf Steuern infolge vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung der ihnen auferlegten Pflichten nicht erfüllt werden. Bedeutung erlangt diese Anspruchsgrundlage insbesondere in der Insolvenz einer Gesellschaft bzw. in der Phase vor Insolvenzantragstellung. Hat z.B. ein Geschäftsführer einer GmbH vor Stellung des Insolvenzantrags fällige Steuern für die Gesellschaft nicht abgeführt, wird dies von den Finanzbehörden in aller Regel als grob fahrlässige Pflichtverletzung angesehen, weshalb der Geschäftsführer dann für diese Steuern persönlich gemäß § 69 AO per Haftungsbescheid in Anspruch genommen wird.

In einigen D&O-Versicherungsbedingungen sind Ansprüche gemäß § 69 AO ausdrücklich in den Versicherungsschutz eingeschlossen. In anderen Versicherungsbedingungen wird nur auf „gesetzliche Haftpflichtbestimmungen“ abgestellt. Nach herrschender Ansicht in der Literatur erfasst diese Formulierung auch öffentlich-rechtliche Schadenersatzansprüche wie z.B. § 69 AO. Ein höchstrichterliches Urteil gibt es zu dieser Frage allerdings noch nicht. Im Anbetracht der Tatsache, dass der Umfang des Versicherungsschutzes von D&O-Versicherungsverträgen nach dem Urteil des OLG Düsseldorf vom 20.07.2018 auch in Bezug auf die öffentlich-rechtlichen Schadenersatzansprüche teilweise wieder diskutiert wird, und auch vor dem Hin-

Versicherungsrecht

tergrund, dass manche D&O-Versicherungsbedingungen völlig abweichende Formulierungen enthalten, sollten Geschäftsführer und Vorstände auch diesen Punkt bei bestehenden D&O-Versicherungsverträgen und vor Neuabschluss von D&O-Versicherungsverträgen genau prüfen bzw. prüfen lassen.

Bei Fragen zur D&O-Versicherung und anderen Fragen des Versicherungsrechts stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Wilfried Rüffer
0221 650 65-214
wilfried.rueffer@loschelder.de

Dr. Sandra Orlikowski-Wolf
0221 650 65-206
sandra.orlikowski-wolf@
loschelder.de



1940	10.33	32	0.000378238	33	10	16.27	
1941	26.5	1	0.000797365	2	124	14.34	
1942		1	6.17	0.191614907	328.5	33	
1943		1	10	0.340136054	10.5	65	0.03
1944		1	16	0.381043106	160.67	17	19.32
1945		1	21.75	0.645479428	74.5	3	3.5
1946		1	2.07	0.049943487	205.67	13	12.36
1947		1	4.42	0.045160415	83.5	34	2.19
1948		1				7	29.38
1949		1				2	41.75
1950		1					0
1951		1					0
1952		1					0
1953		1					0
1954		1					0
1955		1					0
1956		1					0
1957		1					0
1958		1					0
1959		1					0
1960		1					0



No.	med	Day	Dem med	Refer med	Dr.
1	21	7.98	5.7	1.11	9.0
2	67	22.04	9.79	1.59	11
3	86	31.54	6.94	2.61	41
4	94	34%	5.7	3	41
5	84	30.4	6.94	2.46	50
6	63	27.42	4.69	1.02	18
7	37	13.3	1.14	1.12	21
8	56	20%	7.81	1.6	45
9	96	34.58	6.94	1.45	11
10	91	31.44	6.94	1.45	11



Gesellschaftsrecht

BGH: Die Gesellschafterliste ist auch bei der Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen maßgeblich

Aus der im Handelsregister aufgenommenen und für jedermann elektronisch einsehbaren Gesellschafterliste ergibt sich, wer an der GmbH beteiligt ist und wie groß die Anteile der Gesellschafter sind. Bei jeder Veränderung im Gesellschafterkreis ist durch den Geschäftsführer oder – sofern ein solcher an der Veränderung mitgewirkt hat – durch den Notar unverzüglich eine aktualisierte Gesellschafterliste zum Handelsregister zu reichen. Die Gesellschafterliste und die aus ihr folgende Transparenz der Beteiligungsverhältnisse sollen der Missbrauchs- und Geldwäschebekämpfung dienen.

Praktisch bedeutsam ist aber vor allem die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste: Im Verhältnis zur GmbH gilt im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung nur derjenige als Gesellschafter, der in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Konkret bedeutet das: Solange jemand als Gesellschafter in der Gesellschafterliste steht, stehen ihm sämtliche Gesellschafterrechte (einschließlich des Stimmrechts) zu. Ungeklärt war

bisher aber, ob die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste auch bei der Einziehung von Geschäftsanteilen maßgeblich ist. Fassen die Gesellschafter einen Einziehungsbeschluss, wird die Einziehung nämlich bereits mit der Mitteilung des Einziehungsbeschlusses gegenüber dem betroffenen Gesellschafter materiell-rechtlich wirksam.

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat in einer aktuellen Entscheidung (Urteil vom 20.11.2018 – II ZR 12/17) für Klarheit gesorgt: Ursprünglich waren an der beklagten GmbH drei Gesellschafter beteiligt. Der spätere Kläger hielt gemeinsam mit seinem Vater die Mehrheit von 51 % und der dritte Gesellschafter G die übrigen 49 % an der GmbH. Die Gesellschafter lieferten sich einen Machtkampf mit Haken und Ösen, in dem der Gesellschafter G unter anderem die Geschäftsanteile des Vaters des Klägers einziehen ließ. Durch die Einziehung wurde G (materiell-rechtlich) Mehrheitsgesellschafter der GmbH. In einer späteren Gesellschafterversammlung der GmbH wurden mit den Stimmen des G und gegen die Stimmen des Klägers zahlreiche

Beschlüsse gefasst. Zu diesem Zeitpunkt war allerdings im Handelsregister noch keine aktualisierte Gesellschafterliste, sondern eine ältere Gesellschafterliste aufgenommen, nach der G nicht die Mehrheit der Anteile, sondern lediglich 49 % hielt. Mehrheitsgesellschafter mit einem Anteil von 51 % war laut der im Handelsregister hinterlegten Gesellschafterliste vielmehr der Kläger (der Vater des Klägers hatte noch vor der Einziehung seiner Anteile dem Kläger diese übertragen). Der Kläger berief sich auf seine formelle Rechtsstellung als Mehrheitsgesellschafter und hielt die Beschlüsse deshalb für nichtig. Seine Klage hatte beim BGH letztlich Erfolg.

Der BGH stellt in seiner Entscheidung klar, dass die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste auch im Fall der Einziehung von Geschäftsanteilen gilt: Es kommt auch bei der Einziehung nicht auf die materiell-rechtliche, sondern auf die formelle Rechtsstellung des Gesellschafters

an. Solange der von der Einziehung betroffene Gesellschafter in der beim Handelsregister hinterlegten Gesellschafterliste noch als Gesellschafter genannt ist, dürfen von ihm abgegebene Stimmen bei der Fassung von Gesellschafterbeschlüssen nicht unberücksichtigt bleiben. Nach Auffassung des BGH verstößt es ohne Weiteres auch nicht gegen Treu und Glauben, sich auf die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste zu berufen.

Die Entscheidung des BGH verdeutlicht nicht nur, wie stark die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste ist. Das Urteil sollte vielmehr zum Anlass genommen werden zu überprüfen, ob die für die eigene GmbH im Handelsregister hinterlegte Gesellschafterliste die Gesellschafter und ihre Beteiligungsverhältnisse korrekt abbildet. Sollte dies nicht der Fall sein, ist umgehend eine aktualisierte Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen.

Gesellschaftsrecht

*Für sämtliche Fragen zum Gesellschaftsrecht
stehen Ihnen gerne zur Verfügung:*

Dr. Martin Empt, LL.M.
0221 650 65-339
martin.empt@loschelder.de

Dr. Marcel Kleemann
0221 650 65-266
marcel.kleemann@loschelder.de





L M

Kartellrecht

Das vertikale Kartell, das unbekannte Wesen

Viele Unternehmen wissen nicht, dass Kartellverstöße nicht nur zwischen Wettbewerbern begangen werden können. Ein ganz erhebliches kartellrechtliches Risiko liegt in alltäglichen Rahmen-, Liefer- oder Exklusivvereinbarungen, welche mit Lieferanten oder Abnehmern vereinbart werden. Das Aufdeckungsrisiko solcher vertikaler Kartellverstöße ist dabei vergleichsweise hoch, da die Kartellbehörden hierauf verstärkt achten und betroffene Unternehmen öfter als früher dazu neigen, solche Verstöße in zivilrechtlichen Auseinandersetzungen zu thematisieren.

Vertikal statt horizontal

Im Gegensatz zum bekannten und üblichen Kartell basiert das sog. Vertikalverhältnis nicht auf einer Wettbewerbssituation der Beteiligten. Vielmehr stehen sich Unternehmen auf verschiedenen Stufen der Wertschöpfungskette gegenüber, im weit verbreitetsten Fall ein Hersteller von Produkten und dessen eigenverantwortlich handelnder Vertragshändler. Was auf den ersten Blick verwundert, erschließt sich bei näherer Betrachtung: Verbote des Herstellers zu Lasten des Händlers beschränken dessen unternehmerische Handlungsfreiheit und damit den Wettbewerb. Geht ein Hersteller systematisch vor und verbietet beispielsweise allen Händlern, seine Pro-

dukte unter einem gewissen Mindestpreis an Endkunden zu verkaufen, hat das für den Wettbewerb und damit den Endkunden den negativen Effekt, dass die Produkte eines Herstellers überall im Markt gleich teuer sind. Es findet für diese Produkte kein Preiswettbewerb statt.

Abgrenzung

Abzugrenzen sind die kartellrechtsrelevanten Vertikalfälle von den unproblematischen Fällen im Vertikalbereich. Dazu zählt beispielsweise der Einsatz echter Handelsvertreter. Diese sind qua Tätigkeit nur als verlängerter Arm des Geschäftsherrn/Herstellers zu verstehen und haben daher keine unternehmerische Selbstständigkeit, die beschränkt werden könnte. Besonderer Berücksichtigung bedarf auch der sog. selektive Vertrieb, für dessen Errichtung besondere Voraussetzungen erfüllt sein müssen.

Vielfältige Beschränkungen

Die Spielarten vertikaler Beschränkungen sind vielfältig. Dabei ist zu beachten, dass es der Gesetzgeber grundsätzlich für unschädlich hält, wenn Hersteller einen strukturierten Vertrieb ihrer Produkte oder Dienstleistungen schaffen. Das Kartellrecht vermutet, dass solche Vertriebsformen den Wettbewerb grundsätzlich nicht

negativ beeinträchtigen. Eine Vielzahl vertikaler Beschränkungen unterliegt daher der Gruppenfreistellung durch die Vertikal-GVO, einer kartellrechtlichen Pauschalausnahme, die dann eingreift, wenn Hersteller und Händler auf den für sie relevanten Märkten jeweils unter 30% Marktanteil haben. Von dieser pauschalen Ausnahme gibt es allerdings zahlreiche Ausnahmen. Die häufigsten Beschränkungen im Vertikalverhältnis sind:

- Preisbindung der zweiten Hand: Der Hersteller darf den Händlern keine Wiederverkaufspreise diktieren.
- Alleinbezugspflicht für den Händler: Eine Alleinbezugspflicht für den Händler, also das Verbot bestimmte Produkte einer Kategorie nur bei einem Hersteller zu beziehen, ist regelmäßig für die Dauer von 5 Jahren zulässig.
- Kunden- und Gebietsaufteilung: Die Zuweisung bestimmter Kunden und Gebiete durch den Hersteller kann im Einzelfall zulässig sind. Grundvoraussetzung ist aber, dass der Hersteller mit einem Vertriebsverbot belegte Gebiete sich oder einem anderen Händler zugewiesen hat.
- Beschränkung des Onlinevertriebs: Hersteller neigen immer noch dazu, den Onlinevertrieb ihrer Händler zu beschränken, sei es komplett oder nur die Nutzung besonderer Vergleichsportale. Hier ist die Rechtsprechung im Fluss, wobei ein Gesamtverbot kaum zu rechtfertigen sein wird.

Die jeweiligen Spielarten sind so vielfältig und kreativ wie gefährlich, sodass sich in jedem Fall eine Einzelfallprüfung der kritischen Klauseln empfiehlt.

Rechtsfolgen und Konsequenzen

Kein Unterschied zum üblichen horizontalen Kartell besteht bei den Rechtsfolgen und Konsequenzen. Vertragsklauseln, die gegen das Kartellrecht verstoßen, sind nichtig und damit zivilrechtlich unwirksam. Ob davon der ganze Vertrag betroffen ist, hängt vom Einzelfall und hier in erster Linie vom Parteiwillen ab. Der Kartellverstoß ist ebenso wie im Horizontalverhältnis zwischen Wettbewerbern eine Ordnungswidrigkeit, die zu einem Bußgeld für Unternehmen und persönlich handelnde Vertriebsleiter, Geschäftsführer und Vorstände führen kann.

Das Aufdeckungsrisiko ist vergleichsweise hoch, da sich die Behörden für vertikale Kartellverstöße interessieren, vor allem im Onlinebereich. Ein weiterer Grund liegt in der Struktur vertikaler Kartelle: Im Gegensatz zu horizontalen Kartellen, bei denen eine verschworene Gemeinschaft Preise und Konditionen aushandelt, stehen im Vertikalverhältnis oftmals einzelne Händler Herstellern ohnmächtig gegenüber und beugen sich zunächst entsprechenden Vertragsbestimmungen. Das führt aber nicht zu einer Entlastung der Händler. Diese sind zwar ebenfalls Kartelltäter, scheuen aber oftmals nicht davor, die mutmaßlichen Kartellverstöße zu thematisieren und als Druckmittel zu nutzen. Ein weiterer wichtiger Unterschied zu horizontalen Kartellverstößen: Vertikale Kartellverstöße

Kartellrecht

können beim Bundeskartellamt nicht im Rahmen des Kronzeugenprogramms (Bonusprogramm) angezeigt werden. Unternehmen tun daher gut daran, Verträge und Kooperationen im Vertikalbereich sorgsam und in jedem Einzelfall auf deren Vereinbarkeit mit Kartellrecht zu prüfen.

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

Dr. F. Thilo Klingbeil
0221 650 65-200
thilo.klingbeil@loschelder.de

Dr. Simon Kohm
0221 650 65-200
simon.kohm@loschelder.de





Energierecht

Stromkosten senken: Reduktionsmöglichkeiten der EEG-Umlage und Förderoptionen bei Eigenerzeugung

Der Strompreis umfasst zu über 50% gesetzlich vorgegebene Steuern, Umlagen und Abgaben. Alleine die EEG-Umlage machte zuletzt bei einem durchschnittlichen Haushaltskunden nach Auswertungen der BNetzA über 20% aus; sie liegt aktuell bei 6,405 ct/kWh. Vorgegeben ist die EEG-Umlage durch das Erneuerbare-Energien-Gesetz – kurz „EEG“. Dieses enthält allerdings auch verschiedene Optionen, diese EEG-Umlage zu reduzieren oder gar ganz von der Zahlungspflicht befreit zu werden. Ein aktuelles EuGH-Urteil vom 28.03.2019 zu grundlegenden Fragen dieser EEG-Umlage ist Anlass genug, sich die rechtlichen Möglichkeiten einer Reduktion oder Befreiung nochmals genauer anzusehen: Einsparpotentiale gibt es auch für Ihr Unternehmen etwa dann, wenn Sie einen erheblichen Stromverbrauch aufweisen und damit ein sogenanntes stromkostenintensives Unternehmen sind und darüber hinaus in bestimmten Konstellationen der Eigenversorgung – etwa mit einer eigenen Solarstromanlage (die auch gemietet werden kann). Diese oder andere Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien können auch weitere Optionen zur Strompreissenkung mit sich bringen – das EEG enthält auch insoweit ein ausdifferenziertes Fördersystem, das zur Wahl der individuell besten Möglichkeit stets ausgeleuchtet werden sollte.

EEG-Umlage keine Beihilfe i.S.d. EU-Rechts

Der EuGH hat am 28.03.2019 – zur Überraschung vieler – entschieden, dass die EEG-Umlage und der mit ihr verbundene Finanzierungsmechanismus mit einer Förderung insb. der Erzeuger erneuerbarer Energien keine Beihilfe i.S.d. Art. 107 AEUV darstellt. Er ist damit der Argumentation der Bundesrepublik gefolgt und hat die Position der EU-Kommission abgelehnt.

Abgelehnt hat der EuGH dabei schon das Vorliegen staatlicher Mittel, primär, da es in der Kette des Umwälzungsmechanismus letztlich keine Pflicht gibt, die für den EE-Strom zusätzlich zu entrichtenden Fördergeldern von den Versorgern einzufordern und die hierfür verwendeten Gelder zu keinem Zeitpunkt unter voller staatlicher Kontrolle stehen, mithin keine Belastung des Staatshaushalts droht (zu alledem EuGH, Urt. v. 28.03.2019, Rs. C-405/16 P – EEG-Umlage 2012).

Die Entscheidung ist eine „kleine Revolution“, da sie von Branchenkennern, Beihilfe- und Regulierungsspezialisten so nicht erwartet wurde. Vielmehr war damit gerechnet worden, dass der EuGH das Vorliegen einer Beihilfe – wie zuvor EU-Kommission und EuG – bejaht. Für Unternehmen beinhaltet die Entscheidung Chancen und Risiken: Deutschland hat jetzt mehr Handlungsspielraum bei der Ausgestaltung der Förderung und muss sich nicht an die strengen EU-beihilfenrechtlichen Vorgaben halten. Insbesondere müssen neue Förderregelungen nicht mehr bei der EU-Kommission notifiziert, also von dieser genehmigt werden.

Es bleibt daher abzuwarten, wie sich die gesetzlichen Vorgaben rund um die Erneuerbaren Energien weiterentwickeln. Schon heute gibt es indes diverse Möglichkeiten für Unternehmen, von den Vorgaben rund um die Regulierung des Einsatzes erneuerbarer Energien zu profitieren:

Reduzierung der EEG-Umlage für stromkostenintensive Unternehmen

Für stromkostenintensive Unternehmen sieht das Erneuerbare-Energien-Gesetz („EEG“) die Möglichkeit vor, die EEG-Umlage zu reduzieren. Ob ein Unternehmen die Anforderungen an eine Reduzierung der EEG-Umlage erfüllt, sollte



zeitnah geprüft werden: Jeweils für das kommende Jahr muss der Antrag bis zum 30.06 gestellt werden. Dies ist eine Ausschlussfrist, so dass keine Fristverlängerung möglich ist. Nur, wenn der Antrag in der Folge vom BAFA positiv beschieden wird, reduziert sich der Strompreis im Folgejahr.

Wesentliche Voraussetzungen für eine Reduktion der EEG-Umlage sind dabei, dass an einem Standort (an einer Abnahmestelle) ein Stromverbrauch von mindestens 1 GWh pro Jahr gegeben ist, das Unternehmen einem bestimmten produzierenden Gewerbe zuzuordnen ist (Anlage 4 zum EEG) und der Anteil der Stromkosten an der Bruttowertschöpfung einen erheblichen Anteil ausmacht – erreicht werden muss eine sogenannte Stromkostenintensität von mindestens 20%. Werden diese Anforderungen heute nicht mehr erfüllt, war ein Unternehmen aber früher schon als stromkostenintensives Unternehmen begünstigt, kommt eine weitere Begünstigung über Härtefall- und Übergangsregelungen in Betracht.

Sorgsam auszugestalten sind gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen etwa nach dem Umwandlungsgesetz, wenn eine EEG-Umlagenbegrenzung im Raum steht: Hier ist derzeit viel umstritten und noch nicht geklärt, ob die allgemeinen gesellschafts- und verwaltungsrechtlichen Grundsätze zur Rechtsnachfolge auch für die EEG-Umlagenbegrenzung gelten.

EEG-Umlage und Förderung bei eigener Stromerzeugung

Weiter sieht das EEG im Fall der Erzeugung erneuerbarer Energien – etwa mit einer Solarstromanlage auf dem Dach – und in Fällen des Eigenverbrauchs diverse Sonderregelungen vor, die zu Vergünstigungen führen können.

EEG-Umlage

So ist zunächst die EEG-Umlage grundsätzlich auch für solchen Strom zu entrichten, der selbst produziert und verbraucht wurde. Von dieser Grundregel gibt es indes diverse Ausnahmen: Keine EEG-Umlage ist etwa zu entrichten, wenn die eigene Stromerzeugungsanlage an kein Netz angeschlossen ist („Insellösung“) oder sich der Eigenversorger selbst vollständig mit Strom aus erneuerbaren Energien versorgt (und keine Einspeisevergütung für überschüssigen, ins Netz eingespeisten Strom in Anspruch nimmt). Auch die Versorgung aus Kleinanlagen (bis zu 10 kW) kann zu einem Entfallen der EEG-Umlage führen. Verringerungen der EEG-Umlage können sich etwa bei Eigenversorgung aus Anlagen ergeben, die ausschließlich erneuerbare Energie oder Grubengas einsetzen, sowie bei Einsatz von hoch effizienten KWK-Anlagen. Auch sind Verringerungen der EEG-Umlage bei Bestandsanlagen vorgesehen, die schon vor dem 1.8.2014 in Betrieb oder vor dem 23.1.2014 genehmigt waren.

Wichtig ist, bei einem Entfallen oder einer Verringerung der EEG-Umlage die Mitteilungspflichten ggü. den Netzbetreibern und ggf. auch ggü. der Bundesnetzagentur exakt einzuhalten: Bei Fehlern, etwa einer verspäteten oder unvollständigen Meldung, erhöht sich die EEG-Umlage wieder; die Privilegierungen entfallen.

Einspeisevergütung

Für aus erneuerbaren Energie erzeugten Strom, der in das Netz eingespeist wird, kann neben der üblichen Vergütung für den eingespeisten Strom ein Aufschlag angesetzt werden, da es sich um „EE-Strom“ handelt. Diese Zusatzvergütung ist indes erneut an diverse Voraussetzungen geknüpft und variiert insbesondere je nach Anlagengröße. Dem Grunde nach sieht das EEG drei

Energierecht

Optionen vor, die gerade vor Aufbau und Konzeption einer neuen EE-Anlage im Einzelnen mit ihren jeweiligen Vor- und Nachteilen durchdacht werden sollten – zumal etwa über einen zeitversetzten Aufbau erreicht werden kann, dass diese jeweils als eigene Anlage gelten:

- Für große Anlagen, bei Solarstromanlagen i.d.R. ab 750 kW (wobei mehrere Anlagen derselben EE-Art, die in räumlicher Nähe zueinander binnen 12 Monaten in Betrieb gehen, i.d.R. zusammenzurechnen sind), kann über die Teilnahme an Ausschreibungen und eine vollständige Direktvermarktung ohne Eigenverbrauch eine Marktprämie erlangt werden.
- Für mittelgroße Anlagen, bei Solarstromanlagen i.d.R. 100-750 kW, ist eine Marktprämie ohne Ausschreibung unter bestimmten Voraussetzungen erhältlich; etwa in der Startphase kommt zudem eine sog. Ausfallvergütung in Betracht.
- Für kleine Anlagen, bei Solarstromanlagen unter 100 kW, können feste Vergütungssätze etwa bei Versorgung der eigenen Mieter (dazu auch noch sogleich) oder vollständigem zur Verfügung stellen des produzierten Stroms an den Netzbetreiber erlangt werden.

Die Voraussetzungen für den Erhalt der Einspeisevergütung sind im Einzelnen komplex und überaus detailliert; regelmäßig unabdingbar ist die fristgerechte Registrierung der Anlage bei der Bundesnetzagentur und die rechtzeitige Vorname regelmäßiger Meldungen über alle für die Endabrechnung notwendigen Daten an den Netzbetreiber. Vor Inbetriebnahme der Anlage sind überdies regulatorische Hindernisse zu meistern, so etwa Netzanschluss und Installation der benötigten Messvorrichtungen. Gerade für den Netzanschluss bietet sich regelmäßig eine enge

Abstimmung mit dem Netzbetreiber an, der zum Anschluss verpflichtet ist, wenn insbesondere die technischen Anschlussbedingungen eingehalten werden.

Mieterstrom

Im Fall vermieteter Räume besteht alternativ die Möglichkeit einer Vergütung in Form eines sog. Mieterstromzuschlags bei kleinen Solarstromanlagen mit bis zu 100kW, in diesen Fällen ist zudem die Verpflichtung der Mieter zur Abnahme des Stroms bei Einhaltung bestimmter Vorgaben aus § 42a EnWG zur Vertragsgestaltung denkbar. Verstöße gegen die Gestaltungsvorgaben des § 42a EnWG sind riskant – der Mieter muss den verbrauchten Strom dann mit allenfalls 75% der üblichen Stromkosten vergüten. Die Vertragsgestaltung sollte daher exakt die regulatorischen Anforderungen einhalten.

Bei allen Fragen rund um die EEG-Umlage, die Einspeisevergütung für EE-Strom und die Netzanbindung steht Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Kristina Schreiber

0221 650 65-337

kristina.schreiber@loschelder.de





Versicherungsrecht

Nachvertragliche Provisionsverzichtsklauseln in Handelsvertreter-/Versicherungsvertreterverträgen

Handelsvertreter- bzw. Versicherungsvertreterverträge beinhalten teilweise nachvertragliche Provisionsverzichtsklauseln, wonach bei Beendigung des Vertretervertrags Ansprüche auf Provisionen erlöschen. Insbesondere in Versicherungsvertreterverträgen sind regelmäßig solche Klauseln enthalten. Typischerweise werden in Versicherungsvertreterverträgen nicht nur Erstprovisionen bei Abschluss des Vertrags (sogenannte Abschlussprovisionen), sondern auch Folgeprovisionen (wie z.B. regelmäßige Bestandsprovisionen oder Provisionen bei Dynamikerhöhungen) als Ausgleich für die Bestandspflege durch den Versicherungsvertreter vereinbart.

Abgrenzung zwischen Individualverträgen und AGB

Individualvertraglich sind Provisionsverzichtsklauseln zulässig, soweit sie nicht gegen zwingende Regelungen des Handelsvertreterrechts verstoßen. Dies hat der BGH gerade erst Ende 2018 noch einmal bestätigt. Handelt es sich bei dem Vertretervertrag bzw. den jeweiligen Regelungen zu den Provisionen allerdings um allgemeine Geschäftsbedingungen (was oft der Fall ist), hat die Rechtsprechung noch nicht abschließend entschieden, ob Provisionsverzichtsklauseln überhaupt wirksam vereinbart werden können.



Bei der Überprüfung von allgemeinen Geschäftsbedingungen sind nicht nur die zwingenden Regelungen des Handelsvertreterrechts als Grenze zu beachten, sondern auch § 307 BGB, wonach allgemeine Geschäftsbedingungen, die den Vertragspartner unangemessen benachteiligen, unwirksam sind. Darüber hinaus gilt bei allgemeinen Geschäftsbedingungen, anders als bei Individualverträgen, das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion. Danach können Klauseln nicht im Wege der Auslegung auf das gesetzlich noch zulässige Maß reduziert werden. Eine Klausel, die gegen § 307 BGB verstößt, ist damit insgesamt unwirksam.

Entwicklung der Rechtsprechung

Nach der älteren obergerichtlichen Rechtsprechung waren Provisionsverzichtsklauseln auch in allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam. Argumentiert wurde regelmäßig damit, dass dem Vertreter nach Beendigung der Handelsvertreterausgleichsanspruch gemäß § 89b HGB zusteht. Zu berücksichtigen ist aber, dass dieser Anspruch in der Regel ausgeschlossen ist, wenn der Vertreter den Vermittlungsvertrag selbst durch Kündigung beendet.

Der BGH hat allerdings bereits 2009 zu einer Provisionsverzichtsklausel in einem Vertretervertrag zur Vermittlung von Telefondienstleistungen entschieden, dass eine nachvertragliche Provisionsverzichtsklausel unwirksam ist, wenn sie entgegen der zwingenden Regelung des § 87a

Abs. 3 HGB auch Provisionen erfasst, die dadurch erst nachvertraglich fällig werden (sog. Überhangprovisionen), dass der Unternehmer das vermittelte Geschäft nicht oder verspätet ausführt.

Auf dieser Grundlage hat das OLG Hamm in einer Entscheidung vom 14.05.2018 eine umfassende nachvertragliche Provisionsverzichtsklausel in einem Versicherungsvertretervertrag als unwirksam angesehen. Ähnlich wie schon der BGH in 2009 argumentierte das OLG Hamm, dass die zu beurteilende Klausel auch alle Provisionen erfasse, die erst dadurch nachvertraglich fällig würden, dass der Versicherer den vermittelten Versicherungsvertrag nicht oder verspätet ausfertigt. Weiter entschied das OLG Hamm, dass die Klausel insgesamt unwirksam sei. Eine teilweise Aufrechterhaltung der Provisionsverzichtsklausel im Wege der Auslegung käme nicht in Betracht.

Das Urteil des OLG Hamm ist bisher nicht rechtskräftig. Es liegt derzeit dem BGH vor. Die zu erwartende Entscheidung des BGH könnte entscheidende Bedeutung bei der künftigen Prüfung und Gestaltung von Versicherungsvertreter- und allgemein Handelsvertreterverträgen haben.

Versicherungsrecht

Bei Fragen zu Versicherungsvertreter- und Handelsvertreterverträgen stehen Ihnen gerne zur Verfügung

Dr. Wilfried Ruffer
0221 650 65-214
wilfried.rueffer@loschelder.de

Dr. Sandra Orlikowski-Wolf
0221 650 65-206
sandra.orlikowski-wolf@
loschelder.de

Dr. Hans-Georg Schreier, LL.M.
0221 650 65-180
hans-georg.schreier@loschelder.de



In eigener Sache

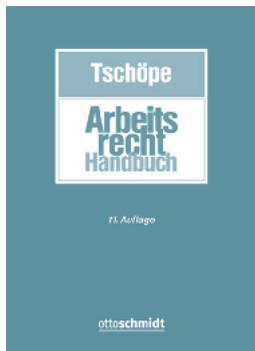
Neue Veröffentlichung mit Loschelder-Beteiligung: Tschöpe Arbeitsrecht Handbuch in 11. Auflage

Loschelder-Partner Dr. Detlef Grimm hat in der im Mai 2019 erschienenen 11. Auflage des Tschöpe Arbeitsrecht Handbuch (Verlag Dr. Otto Schmidt) das von hoher technischer und rechtspolitischer Dynamik geprägte Beschäftigtendatenschutzrecht nach der DSGVO und dem BDSG in der ab dem 25.05.2018 geltenden Fassung ganz neu konzipiert. Hervorzuheben ist die Darstellung der neuen Begrifflichkeiten und formellen Anforderungen an die Beschäftigtendatenverarbeitung, einschließlich der ver-



stärkten Individualrechte der Beschäftigten sowie eine „A-Z-Übersicht“ zum Beschäftigtendatenschutz. Daneben werden alle Fragen rund um Social Media, einschließlich der Nutzung neuer Messenger-Dienste und Arbeitsformen, mit Hinweisen und Checklisten für die Arbeitsrechtspraxis aufbereitet.

Dr. Detlef Grimm hat daneben das Kapitel zum Koalitions-, Arbeitskampf- und Tarifrecht neu konzipiert. Er stellt die Entwicklungen im Arbeitskampf- und Tarifvertragsrecht, einschließlich der Neuregelungen des § 4a TVG, aktuell und praxisnah dar und kommentiert die wieder dynamisch gewordene Rechtsentwicklung.



Weitere Veröffentlichungen

Dr. Felix Ebbinghaus, LL.M. /
Dr. Marcel Kleemann
Prospektfreiheit von Bezugsrechtsemissionen?
NZG 2019, S. 441

Dr. Detlef Grimm / Dr. Jonas Kühne
Datenschutz und Datenschutzerklärung für
Bewerber
ArbRB 2018, S. 245 ff.

Dr. Kristina Schreiber
Das Energiewirtschaftsrecht im Jahr 2018
N&R 2019, S. 66 ff.

Dr. Wilfried Rüffer / Dr. Antonia Reitter
Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschl. v.
12.10.2018 – I-4 U 67/18: Neubemessung der
Invalidität in der Unfallversicherung
NJW 2019, S. 1005

Dr. Stefan Maaßen
„Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen“
für Geschäftsgeheimnisse
GRUR 2019, S. 352 ff.

Dr. Cedric Meyer
Anlagenbezogener Gewässerschutz: Handbuch
für Industrie-Anlagen zum Umgang mit wasser-
gefährdenden Stoffen (AwsV)
Erich Schmidt Verlag, 2019

Dr. Raimund Schütz
Regulierung von Bahntrassenentgelten – Erfolg
oder vertane Chance?
NVwZ 2019, S. 200 ff. (zusammen mit Maximilian
Mevißen)

Dr. Kristina Schreiber
Anmerkung zu LG Stuttgart: Kartellgeschädigter
trägt sekundäre Darlegungslast hinsichtlich
Schadensweiterwälzung
GRUR-Prax 2019, S. 74

Dr. Kristina Schreiber
Gemeinsame Verantwortlichkeit gegenüber
Betroffenen und Aufsichtsbehörden
ZD 2/2019, S. 55 ff.

Dr. Raimund Schütz / Dr. Kristina Schreiber
5G-Wettbewerb in der Fläche
MMR 2019, S. 19 ff.

Impressum

Herausgeber:
LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11
50668 Köln
Tel. 0221 65065-0
Fax 0221 65065-110
info@loschelder.de
www.loschelder.de

Konzept, Gestaltung:
wiehl, Co.

Fotografie:
iStock/gettyimages, Asbach

A close-up photograph of several metal parts, likely pistons or valves, with a green tint. The parts are arranged in a row, with the central one in sharp focus. The top surface of the central part is engraved with the number '50' and a small logo. The background is blurred, showing other similar parts.

Loschelder

Konrad-Adenauer-Ufer 11
50668 Köln

0221 650 65-0
www.loschelder.de