rechtAktuell

Juli 2021

LOSCHELDER

Inhalt

Das Transparenzregister wird zum Vollregister – Handlungsbedarf für viele Unternehmen! S. 03

D&O-Versicherungsverträge erfassen Ersatzansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG S. 07

Stiftung vs. gemeinnützige GmbH – Die richtige Rechtsform für gemeinnützige Tätigkeit S. 11

Die KGaA als alternative Rechtsform für den deutschen Mittelstand S. 15

Hohe Bußgelder bei Datenschutzverstößen: Treffen diese das Unternehmen oder den Geschäftsführer? S. 19

Wenn der Lieferant plötzlich „nur“ Händler ist – Zur Haftung für Herstellungsfehler in Lieferketten S. 25

Vorsicht vor Untoten: Über die unheimliche Wiederkunft der Heimarbeit S. 29

Der Regierungsentwurf des Betriebsrätemodernisierungsgesetzes S. 33

Die „GmbH in Verantwortungseigentum“: Notwendige Innovation für die Zukunft? S. 39

Grundzüge der Versicherungsmaklerhaftung am aktuellen Beispiel der Betriebsschließungsversicherung S. 43

Das neue digitale Vertragsrecht S. 49

In eigener Sache S. 54

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.

Gesellschaftsrecht

Das Transparenzregister wird zum Vollregister – Handlungsbedarf für viele Unternehmen!

Das Transparenzregister zur Erfassung wirtschaftlicher Berechtigter existiert seit Ende 2017 (vgl. unseren Beitrag in der Recht aktuell-Ausgabe 12/2017). Viele Unternehmen mussten aber bislang noch keine Meldung zum Transparenzregister abgeben. Dies wird sich in Kürze ändern.

Zurzeit profitieren Unternehmen, bei denen sich die Angaben zu ihrem wirtschaftlich Berechtigten bereits aus anderen öffentlichen Registern ergeben, noch von der sogenannten „Mitteilungsfiktion". Insbesondere Unternehmen in der Rechtsform der GmbH müssen oftmals keine Meldung zum Transparenzregister abgeben, weil deren wirtschaftlich Berechtigte regelmäßig aus der elektronisch aus dem Handelsregister abrufbaren Gesellschafterliste ersichtlich sind.

Dies wird sich ändern, wenn zum 1. August dieses Jahres das „Transparenz-Finanzinformationsgesetz Geldwäsche" (kurz: TraFinG Gw) in Kraft treten wird: Das TraFinG Gw, das der Bundestag am 10. Juni 2021 beschlossen hat, sieht für das Transparenzregister den Wegfall der Mitteilungsfiktion vor – mit der Folge, dass sämtliche transparenzpflichtigen Unternehmen ihre wirtschaftlich Berechtigten dem Transparenzregister melden müssen und das Transparenzregister von einem Auffangregister zu einem Vollregister wird.

Mit der Entscheidung, das in der 4. EU-Geldwäscherichtlinie vorgesehene Transparenzregister als ein Auffangregister zu konzipieren, ist Deutschland einen Sonderweg gegangen. Die meisten EU-Mitgliedstaaten haben sich von Anfang an für ein Vollregister entschieden, also ein Register, in dem sämtliche Vereinigungen mit Sitz im jeweiligen Mitgliedstaat ihren wirtschaftlich Berechtigten melden müssen unabhängig davon, ob sich der wirtschaftlich Berechtigte bereits aus anderen Quellen ergibt.

In deutschen Ministerien wurde die Entscheidung für ein Auffangregister damals als unbürokratische Lösung gepriesen: Deutschland habe bereits ein sehr gut funktionierendes Registerwesen, das hohe Transparenz biete. Durch die

Mitteilungsfiktion bliebe der Verwaltungsaufwand für die Mehrzahl der Unternehmen gering. Eintragungen im Transparenzregister müssten verhältnismäßig wenige Vereinigungen vornehmen – etwa die im kontinentaleuropäischen Rechtsraum weitgehend unbekannten Trusts.

Ob die Mitteilungsfiktion den Verwaltungsaufwand allerdings spürbar verringert hat, durfte schon damals bezweifelt werden: Angesichts drohender Bußgelder bei der Unterlassung erforderlicher Transparenzregistermeldungen mussten viele Unternehmen nicht nur rechtlich prüfen (lassen), wer als ihr wirtschaftlich Berechtigter gilt, sondern darüber hinaus, ob sie von der Mitteilungsfiktion profitieren. Dass die Beantwortung dieser Frage durchaus Kopfzerbrechen bereiten kann, zeigt nicht zuletzt der Meinungswechsel des zuständigen Bundesverwaltungsamts bei den Kommanditgesellschaften: Während zunächst einmal die Kommanditgesellschaft ihren wirtschaftlich Berechtigten nicht dem Transparenzregister melden mussten, wenn sich dieser bereits aus dem Handelsregister ergab, sollte seit 2019 die Transparenzregistermeldung durch die Kommanditgesellschaft der Regelfall sein.

Spätestens mit Verabschiedung der 5. EU-Geldwäscherichtlinie vom 30. Mai 2018 hat sich die Mitteilungsfiktion als eine schlechte Idee des deutschen Gesetzgebers erwiesen: In der 5. EU-Geldwäscherichtlinie ist nämlich eine EU-weite Vernetzung der nationalen Transparenzregister vorgesehen. Im deutschen Transparenzregister sind aufgrund der Mitteilungsfiktion bei sehr vielen Unternehmen aber gar keine wirtschaftlich Berechtigten eingetragen. Schon aus technischen Gründen ist der Entfall der Mitteilungsfiktion und die Umstellung des Transparenzregisters von einem Auffang- zu einem Vollregister damit zwingend erforderlich, um die 5. EU-Geldwäscherichtlinie überhaupt umsetzen zu können.

Sofern Ihr Unternehmen bislang noch von der Mitteilungsfiktion profitiert und keine Meldung zum Transparenzregister abgegeben hat, gelten rechtsformspezifische Übergangsfristen (31. März / 30. Juni / 31. Dezember 2022), zu denen die Meldung zum Transparenzregister spätestens zu erfolgen hat. Für alle anderen Gesellschaften muss die Meldung bereits zum 1. August 2021 vorgenommen werden. Bei Verstößen drohen empfindliche Bußgelder.

Bei Fragen zum Transparenzregister und Unterstützung bei den erforderlichen Meldungen stehen Ihnen 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

Versicherungsrecht

D&O-Versicherungsverträge erfassen Ersatzansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG

Aufhebung der abweichenden Rechtsprechung einiger Oberlandesgerichte durch den Bundesgerichtshof

Wir hatten in den letzten Jahren in rechtAktuell berichtet, dass Ersatzansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG gegen Geschäftsführer einer GmbH wegen Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife bzw. vergleichbare Ansprüche bei anderen Gesellschaftsformen nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf und einiger anderer Oberlandesgerichte nicht vom Versicherungsschutz einer D&O-Versicherung erfasst sind, wenn die Versicherungsbedingungen keine ausdrückliche abweichende Regelung dazu enthalten. Diese Ansicht hatte der versicherungsrechtliche Senat des OLG Düsseldorf noch durch Urteil vom 26. Juni 2020 (Aktenzeichen 4 U 134/18) bestätigt. Hintergrund dieser Rechtsprechung war, dass der Ersatzanspruch gemäß § 64 Satz 1 GmbHG als Ersatzanspruch eigener Art und nicht als Schadensersatzanspruch eingeordnet wurde.

Urteil des BGH vom 18. November 2020

Der BGH hat nun durch Urteil vom 18. November 2020 (Az. IV ZR 217/19) entschieden, dass Ersatzansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG gesetzliche Haftpflichtansprüche auf Schadensersatz im Sinne der typischen D&O-Versicherungsbedingungen und damit vom Versicherungsschutz einer D&O-Versicherung erfasst sind. Der durchschnittliche Versicherte erwarte, dass die D&O-Versicherung ihn dahingehend schütze, keine Vermögens-

einbußen infolge von gegen ihn gerichteten Schadensersatzforderungen zu erleiden. Die komplexe Abgrenzung zwischen einem Schadensersatzanspruch und einem Ersatzanspruch eigener Art könne der durchschnittliche Versicherte nicht nachvollziehen. Dieser werde deshalb nicht annehmen, dass gerade das für ihn bedeutende und potenziell existenzvernichtende Haftungsrisiko aus § 64 Satz 1 GmbHG nicht vom Versicherungsschutz erfasst sei.

Ersatzansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG

Gemäß § 64 Satz 1 GmbHG waren 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. Entsprechende Ersatzansprüche bestanden auch gegenüber Vorständen von Aktiengesellschaften und anderen Geschäftsleitern.

Diese unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen – je nach Gesellschaftsform – wurden zum 1. Januar 2021 durch die einheitliche Anspruchsgrundlage in § 15b Abs. 4 InsO abgelöst. Auch danach sind Geschäftsführer und Vorstände verpflichtet, Zahlungen zu erstatten, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder Feststellung der Überschuldung getätigt werden. Dies gilt nicht für Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind. Stellt also ein Geschäftsführer oder ein Vorstand nicht rechtzeitig den Insolvenzantrag, muss er der Gesellschaft sämtliche Zahlungen erstatten, die er nach dem Eintritt der Insolvenzreife noch veranlasst hat.

Bedeutung des Urteils des BGH vom 18. November 2020

Bei neueren D&O-Versicherungsverträgen sind Ersatzansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG bzw. vergleichbare Ansprüche (und damit ab dem 1. Januar 2021 auch Ansprüche gemäß § 15b Abs. 4 InsO) zum Teil ausdrücklich mit in den Versicherungsschutz eingeschlossen. Bei älteren Versicherungsverträgen fehlen oft entsprechende Regelungen.

In der Insolvenz eines Unternehmens werden auf der Grundlage von § 64 Satz 1 GmbHG bzw. heute § 15b Abs. 4 InsO oft Forderungen in mehrfacher Millionenhöhe durch die Insolvenzverwalter geltend gemacht. Für betroffene Geschäftsführer/Vorstände ist das Urteil des BGH, wonach Ansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG Haftpflichtansprüche im Sinne der typischen D&O-Versicherungsbedingungen und damit vom Versicherungsschutz erfasst sind, daher von ganz entscheidender Bedeutung. Dies gilt auch noch nach Inkrafttreten der neuen Regelung in § 15b Abs. 4 InsO, da die Einordnung des Anspruchs gemäß § 15b Abs. 4 InsO noch nicht abschließend geklärt ist.

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

Dr. Elena Gubenko
0221 650 65-214
elena.gubenko@loschelder.de

206
218

Stiftungsrecht

Stiftung vs. gemeinnützige GmbH – Die richtige Rechtsform für gemeinnützige Tätigkeit

Einführung

Wer erwägt, gemeinnützig tätig zu werden, denkt häufig als erstes daran, eine Stiftung zu errichten. Diese ist nicht nur steuerlich privilegiert, sondern signalisiert, dass der Stifter nicht an der Erzielung von Gewinnen interessiert ist, wodurch die gemeinnützige Absicht noch einmal hervorgehoben wird. Je nach Fallgestaltung kann es sich aber auch anbieten, stattdessen eine gemeinnützige GmbH (auch gGmbH oder Stiftungs-GmbH genannt) zu gründen. Dabei handelt es sich im Grundsatz um eine normale Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die allerdings nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist, sondern ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Zwecke im Sinne der Abgabenordnung verfolgt. Die gGmbH ist deshalb – ebenso wie eine gemeinnützige Stiftung – steuerlich privilegiert.

Welche Rechtsform für ein gemeinnütziges Projekt jeweils die richtige ist, kann nicht pauschal beantwortet werden, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalls und den Vorstellungen der beteiligten Personen ab.

Wann ist die Stiftung das vorzugswürdige Vehikel gemeinnütziger Tätigkeit?

Die Stiftung wird vom Stifter errichtet und durch die staatliche Stiftungsaufsicht anerkannt. Sie ist eine juristische Person, die Eigentümerin des auf sie übertragenen Vermögens ist und unterliegt während ihres gesamten Bestehens der Stiftungsaufsicht. Die Besonderheit der Stiftung liegt darin, dass sie – im Gegensatz zu anderen Rechtsformen – weder Gesellschafter noch Mitglieder hat. Die Stiftung ist somit eine verselbständigte Vermögensmasse, die sich „selbst gehört". Sie ist grundsätzlich auf einen Bestand für die Ewigkeit ausgerichtet. Daher erfolgt die Anerkennung durch die Stiftungsaufsicht nur dann, wenn aufgrund einer ausreichenden Vermögensausstattung gesichert erscheint, dass die Stiftung ihren Zweck dauerhaft aus ihren Erträgen erfüllen kann, ohne das Stiftungsvermögen antasten zu müssen.

Da der in der Stiftungssatzung zum Ausdruck kommende Stifterwillen bei allen künftigen Aktivitäten der Stiftung maßgeblich ist und auch den jeweiligen Vorstand der Stiftung bindet, kann sich der Stifter mit der Stiftung „ein Denkmal setzen". Die Einhaltung des Stifterwillens wird durch die Stiftungsaufsicht überwacht. Zweck und Organisation der Stiftung können auf diese Weise dauerhaft abgesichert werden. Der Wille des Stifters wird bereits bei Errichtung der Stiftung festgeschrieben und kann danach auch durch den Stifter selbst nur in sehr eingeschränktem Umfang geändert werden.

Die Stiftung ist besonders dann geeignet, wenn der Stifter nicht nur die gemeinnützige Tätigkeit als solche, sondern daneben auch den Zusam-

menthalt des Vermögens bezweckt, das in die Stiftung eingebracht werden soll. Eine Zersplitterung durch den Übergang auf mehrere Erben ist dann ausgeschlossen. Auch eine Verminderung des Vermögens durch erbschaftsteuerliche Belastungen erfolgt nicht. Wird das Vermögen frühzeitig auf die Stiftung übertragen, können daneben Pflichtteilsansprüche minimiert werden. Besonders interessant ist die Stiftung daher in Fällen, in denen der Fortbestand eines Unternehmens gesichert werden soll, denn sog. unternehmensverbundene Stiftungen sorgen dafür, dass der Gesellschafter des Unternehmens – die Stiftung – nicht sterben kann und somit kein Unternehmensnachfolger gefunden werden muss.

Überträgt der Stifter einen wesentlichen Anteil seines Vermögens auf eine gemeinnützige Stiftung, gibt er dieses endgültig aus der Hand. Möchte er sich und seine Familie dennoch versorgt wissen, ist es – anders als bei der gGmbH – gemeinnützigkeitsrechtlich zulässig, zu diesem Zwecke bis zu 30% der Erträge des Stiftungsvermögens zu verwenden.

Wann ist die gGmbH das vorzugswürdige Vehikel gemeinnütziger Tätigkeit?

Die gemeinnützige GmbH unterscheidet sich von der herkömmlichen GmbH im Wesentlichen nur dadurch, dass sie eine gemeinnützige Tätigkeit verfolgt und deswegen in den Grenzen des Gemeinnützigkeitsrechts steuerlichen Erleichterungen unterliegt.

Die gGmbH ist der Stiftung vorzuziehen, wenn sich der Gründer hinsichtlich der gemeinnützigen Tätigkeit eine gewisse Flexibilität erhalten möchte. Da er Gesellschafter der gGmbH ist, kann er den Gesellschaftsvertrag jederzeit ändern oder die Gesellschaft sogar auflösen. So ist er, anders als der Stifter, weder an die in der Satzung getroffenen Entscheidungen gebunden, noch ist zu einer Satzungsänderung die Genehmigung der Stiftungsaufsicht erforderlich. Insbesondere kann auch der Zweck jederzeit geändert werden. Solange der Zweck weiterhin die Kriterien der Gemeinnützigkeit erfüllt, bleibt die steuerliche Privilegierung erhalten. Es ist aber auch möglich, die Gemeinnützigkeit unter Inkaufnahme der damit verbundenen steuerlichen Nachteile wieder aufzugeben. Aufgrund dieser hohen Flexibilität ist die gGmbH auch für zeitlich begrenzte Projekte gut geeignet.

Anders als die Errichtung einer Stiftung ist die Entstehung der gGmbH nicht davon abhängig, dass eine Aufsichtsbehörde eine positive Prognoseentscheidung hinsichtlich der Zweckerfüllung aus den Erträgen des Vermögens trifft. Die gGmbH ist damit auch dann das Mittel der Wahl, wenn zunächst nur eine vergleichsweise geringe Summe aufgebracht werden kann, die im späteren Verlauf weiter aufgestockt werden soll. So kann die gGmbH zum Beispiel auch durch jährliche Spenden des Gesellschafters alimentiert werden, so dass es nicht notwendig ist, bereits zu Beginn besonders wertvolle oder besonders ertragsreiche Vermögensgegenstände einzubringen.

Fazit

Wesentliche Unterschiede zwischen der Stiftung und der gGmbH sind die (Un-)Flexibilität späterer Anpassungen, der erforderliche Vermögenseinsatz zu Beginn sowie die (Un-)Möglichkeit der Rückholung des eingesetzten Vermögens. Inwieweit das jeweilige Merkmal aus Sicht des Stifters bzw. Gründers ein Vor- oder Nachteil ist, ist im Einzelfall zu bewerten. So kann z. B. die

mangelnde Flexibilität der Stiftung gerade den Vorteil haben, dass der Wille des Stifters unveränderlich festgeschrieben wird. Die Wahl der Rechtsform für ein gemeinnütziges Projekt ist deshalb ganz wesentlich von seiner konkreten Ausgestaltung und den Vorstellungen der dahinterstehenden Personen abhängig. Es lohnt sich daher, über den Tellerrand der Stiftung hinauszuschauen und die rechtliche Ausgestaltung genau auf die konkreten Anforderungen abzustimmen.

In bestimmten Fällen kann die Entscheidung zwischen der Stiftung und der gGmbH sogar entbehrlich sein: Möchte man zu Lebzeiten flexibel bleiben, nach dem Tod aber Sicherheit haben, dass der eigene Wille langfristig Beachtung findet, kann auch eine gGmbH gegründet werden, deren Anteile nach dem Tod des Gründers in eine gemeinnützige Stiftung eingebracht werden.

Bei sämtlichen Fragen zum Stiftungsrecht stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

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

Dr. Luise Hauschild
0221 650 65-180
luise.hauschild@loschelder.de

Gesellschaftsrecht

Die KGaA als alternative Rechtsform für den deutschen Mittelstand

Die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) gewinnt im deutschen Mittelstand zunehmend an Bedeutung. Sie vereint für börsennotierte Gesellschaften, aber auch für (mittel-)große inhabergeführte Unternehmen zahlreiche Vorteile anderer Rechtsformen, die im nachfolgenden Beitrag überblicksartig beleuchtet werden.

Einleitung

Die KGaA bietet für inhabergeführte Unternehmen ein wesentliches Alleinstellungsmerkmal: Unternehmenskontrolle und Kapitalbeteiligung lassen sich bei der KGaA strukturell voneinander trennen. Dieser Umstand ermöglicht es Unternehmen, sich einerseits einen Zugang zum Kapitalmarkt und alternativen (Eigenkapital-) Finanzierungsquellen zu verschaffen, gleichzeitig aber keine wesentlichen Mitspracherechte Dritter bei der Unternehmensführung in Kauf nehmen zu müssen.

Der deutsche Mittelstand erkennt die KGaA mittlerweile als Alternative zu anderen Rechtsformen an, was sich auch statistisch niederschlägt. Bewegte sich die Zahl der in Deutschland registrierten KGaAs in den 1990er-Jahren noch im niedrigen zweistelligen Bereich, sind heute mehr als 300 Unternehmen in dieser Rechtsform organisiert.

Grundstruktur der KGaA

Die KGaA vereint im Wesentlichen Elemente einer AG und einer Kommanditgesellschaft. Sie verfügt ähnlich einer AG über ein in Aktien zerlegtes Grundkapital. Die Aktien werden von den sogenannten Kommanditaktionären gehalten. An Stelle eines Vorstands hat die KGaA jedoch – wie bei einer Kommanditgesellschaft – mindestens einen persönlich haftenden Gesellschafter (Komplementär). Der Komplementär kann dabei eine natürliche Person (z. B. der Unternehmer selbst) sein. Wegen der unbeschränkten persönlichen Haftung des Komplementärs wird in der Praxis jedoch häufig eine AG, SE (Societas Europaea) oder GmbH verwendet, deren einziger Gesellschafter der Unternehmer ist.

Neben der Hauptversammlung der Kommanditaktionäre verfügt die KGaA mit dem Aufsichtsrat über ein weiteres zwingendes Organ, das im Wesentlichen der Überwachung des Komplementärs dient, aber kaum Möglichkeiten hat, auf den Komplementär und dessen Handeln einzuwirken.

Trennung von Kontrolle und Kapitalbeteiligung

1. Problemstellung bei GmbH und AG

   Bei der GmbH und der AG erfordert eine Kontrolle über das Unternehmen üblicherweise eine Kapitalbeteiligung in Höhe von mehr als 50 % oder zumindest eine faktische Mehrheit in der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung. Für den kontrollierenden Gesellschafter/Aktionär kann dies mitunter nachteilig sein, da Kapital in erheblichem Umfang im Unternehmen gebunden wird, das weder für anderweitige Investionen noch für Risikodiversifizierung zur Verfügung steht.

   Diese Kopplung von Kontrolle und Kapitalbeteiligung schränkt in erheblichem Maße die Möglichkeiten des Unternehmens zur (Eigen-)Kapitalbeschaffung ein. Kapitalerhöhungen bergen für den Unternehmer stets das Risiko, dass seine Beteiligung an

dem Unternehmen verwässert wird, sofern er sich an der Erhöhung nicht quotal beteiligen will oder kann. Da ein Unternehmer jedoch gerade daran interessiert ist, die Kontrolle über sein Unternehmen zu behalten, wird er keine (Kapital-)Maßnahmen zulassen, durch die er die Kontrolle über sein Unternehmen verliert. Dies wiederum kann sich nachteilig auf die Wachstums- und ggf. Überlebenschancen des Unternehmens auswirken.

2. Strukturelle Unterschiede bei der KGaA

   Strukturell bedingt bestehen die vorgenannten Probleme bei der KGaA nicht. Die Kommanditaktionäre – also die am Grundkapital der KGaA beteiligten Aktionäre – können in aller Regel keinen Einfluss (weder unmittelbar noch mittelbar) auf die Geschäftsleitung der KGaA nehmen. Die Geschäftsleitung erfolgt bei der KGaA ausschließlich durch den Komplementär. Sofern der Unternehmer den Komplementär kontrolliert, kann er die unbeschränkte Kapitalaufnahme der KGaA zulassen. Selbst wenn die Kapitalbeteiligung des Unternehmers an der KGaA dadurch deutlich verwässert wird und er nur noch eine Minderheitsbeteiligung an der KGaA hält, behält er über seine unveränderte Beteiligung am Komplementär die volle Kontrolle über die Geschäftsführung der KGaA.

3. Freies Ermessen bei der Auswahl der Geschäftsleitung des Komplementärs

   Die Auswahl der Mitglieder der Geschäftsleitung des Komplementärs erfolgt nach den jeweils für den Komplementär geltenden gesellschaftsrechtlichen Vorschriften. Ist der Komplementär als GmbH organisiert, wird die Geschäftsführung von der Gesellschafterversammlung der GmbH bestellt. Bei der AG bestellt deren Aufsichtsrat die Mitglieder des Vorstands, wobei die Mitglieder des Aufsichtsrats wiederum durch die Hauptversammlung des Komplementärs gewählt werden. Weder die Kommanditaktionäre noch der Aufsichtsrat der KGaA haben Einfluss auf die Geschäftsführer bzw. Vorstandsmitglieder des Komplementärs.

   Die Kommanditaktionäre sind dabei (abgesehen vom Unternehmer selbst) üblicherweise nicht am Komplementär beteiligt, sodass sie auch auf diesem Wege keinerlei Einfluss auf die Bestellung der Geschäftsleitung des Komplementärs haben. In der Folge bestehen weder Zustimmungsvorbehalte zugunsten der Kommanditaktionäre noch vergleichbare Einschränkungen. Dies hat zur Folge, dass der bzw. die Gesellschafter des Komplementärs vollständige Kontrolle über die Geschäftsführung des Komplementärs und damit auch über die KGaA haben – und zwar unabhängig von ihrer Kapitalbeteiligung an der KGaA. Die Rolle der Kommanditaktionäre ist somit auf die Rolle von Eigenkapitalgebern ohne Einflussmöglichkeiten reduziert.

   Trotz dieses im Vergleich zur Aktiengesellschaft erheblichen Nachteils erfreut sich die KGaA am Kapitalmarkt großer Beliebtheit. Bewertungsabschläge für die fehlenden Einflussmöglichkeiten der Kommanditaktionäre sind nicht zu erkennen.

4. Freies Ermessen bei der Auswahl des Komplementärs

   Die Kommanditaktionäre haben darüber hinaus oftmals auch keine Möglichkeit, den Komplementär selbst zu bestimmen oder bei dessen Auswahl mitzuwirken. In der Praxis tritt der Komplementär fast immer im Rahmen einer Umwandlung einer bestehenden Gesellschaft in die Rechtsform der

KGaA bei. Lediglich während dieses Zeitraums haben die Gesellschafter der umzwandelnden Gesellschaft theoretisch die Möglichkeit, den vorgesehenen Komplementär zurückzuweisen, indem sie gegen die Umwandlung oder die Satzungsänderung stimmen. Hierfür fehlt den (vom Unternehmer verschiedenen) Gesellschaftern der umzuwandelnden Gesellschaft allerdings üblicherweise das erforderliche Gewicht, da der Unternehmer bei der Umwandlung in aller Regel noch selbst über die zur einseitigen Bestimmung des Komplementärs erforderliche Mehrheit verfügt oder sich diese Mehrheit vorab durch Abstimmung mit anderen Gesellschaftern sichert.

Fazit

Sowohl für Unternehmerfamilien als auch für Unternehmensgründer stellt die KGaA aufgrund ihrer strukturellen Trennung von Kontrolle und Kapitalbeteiligung eine attraktive Rechtsform dar. Der Unternehmer hat die Möglichkeit, durch Umwandlung seines Unternehmens in eine KGaA die Kontrolle über sein Unternehmen zu verfestigen und ist gleichzeitig darin frei, zur Erreichung seiner eigenen unternehmerischen Ziele Anteile an der KGaA abzugeben bzw. seine Beteiligungsquote zu verringern. Dabei ist die Rechtsform längst nicht mehr allein für große Unternehmen prädestiniert, sondern hält langsam aber stetig auch Einzug in den deutschen Mittelstand und stellt dort mittlerweile eine echte und attraktive Alternative dar.

Bei sämtlichen Fragen zur KGaA stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

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

Dr. Tim Leverentz
0221 650 65-224
tim.leverentz@loschelder.de

Datenschutzrecht

Hohe Bußgelder bei Datenschutzverstößen: Treffen diese das Unternehmen oder den Geschäftsführer?

Mit Inkrafttreten des neuen EU-Datenschutzrechts vor nunmehr 3 Jahren sind die Bußgelder im Fall von Datenschutzverstößen in die Höhe geschnellt: Bis zu 20 Mio. Euro oder – der höhere Wert zählt – 4% des Jahresgruppenumsatzes können von den Datenschutzaufsichtsbehörden für Datenschutzverstöße verhängt werden. Auch in Deutschland haben seitdem (noch vereinzelte) Millionenbußgelder für Aufsehen gesorgt: 9,55 Mio. Euro wurden etwa gegen 1&1 wegen eines aus Sicht des Bundesbeauftragten für Datenschutz datenschutzwidrigen Authentifizierungsverfahrens am Telefon verhängt. 14,5 Mio. Euro trafen die Deutsche Wohnen SE wegen einer aus Sicht der Berliner Datenschutzaufsicht unzureichenden Datenlöschung. Zu beiden Millionenbußgeldern haben zwischenzeitlich die Gerichte entschieden. Und: In beiden Fällen hatten die Bußgelder keinen Bestand.

Im 1&1-Fall wurde das Bußgeld im Verfahren vor dem LG Bonn auf 900.000 Euro reduziert, zuvörderst aus Gründen der Verhältnismäßigkeit. Im Berliner Fall wurde das Bußgeld sogar ganz aufgehoben – der Bußgeldbescheid richtete sich nach Ansicht des LG Berlin gegen den falschen Adressaten. Dieser letzte Aspekt, wer richtiger Adressat eines DSGVO-Bußgeldes ist, ist aktuell höchst umstritten – das LG Bonn und das LG Berlin haben sich dazu unterschiedlich positioniert. Welche Rechtsansicht sich am Ende durchsetzt, hat für die Praxis und insbesondere die Organe und leitenden Angestellten der Unternehmen enorme Auswirkungen, die wir nachfolgend näher beleuchten.

Bußgeldbescheid gegen die Deutsche Wohnen aufgehoben

Das LG Berlin hat mit Beschluss vom 18. Februar 2021 den Bußgeldbescheid gegen die Deutsche Wohnen SE aufgehoben. Gegenstand des Verfahrens war ein Bußgeldbescheid über 14,5 Millionen Euro, den die Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit (BlnBDI) am 30. Oktober 2019 wegen aus ihrer Sicht unzureichender Datenlöschung erlassen hatte: Aus Sicht der Behörde nutzte die Deutsche Wohnen ein Archivsystem, das die Löschung nicht mehr benötigter Daten nicht ermöglichte mit der Folge, dass etliche Daten (ehemaliger) Mieter über Jahre aufbewahrt wurden. Dass das Bußgeld wegen der unterbliebenen Löschung gleich in der schwindelerregenden Höhe von 14,5 Millionen Euro erging, lag auch daran, dass die BlnBDI den Datenschutzverstoß bereits im Jahr 2017 gerügt hatte. Die Deutsche Wohnen kam der Aufforderung, den Verstoß zu beenden, nicht nach.

Gegen den Bußgeldbescheid wendete sich die Deutsche Wohnen mit einer Klage vor dem LG Berlin. Dieses stellte das Verfahren mit Beschluss vom 18. Februar 2021 ein (Az. (526 OWi LG) 212 Js-OWi 1/20 (1/20)). Der tragende Grund dafür war, dass sich das Verfahren und der Bußgeldbescheid unmittelbar gegen die Deutsche Wohnen SE und nicht gegen einen leitenden Angestellten oder ein Organ derselben gerichtet hatten. Nach der DSGVO ist die unmittelbare Haftung eines Unternehmens dem Wortlaut der einschlägigen Artikel nach auch vorgesehen. Das deutsche

Ordnungswidrigkeitenrecht sieht allerdings vor, dass sich ein Bußgeldverfahren stets gegen eine natürliche Person richtet. Hat diese für ein Unternehmen gehandelt, kann anschließend unter bestimmten Voraussetzungen auch gegen dieses ein Bußgeld erlassen werden. Das Unternehmen ist auch dann aber nur sogenannter Nebenbeteiligter im Bußgeldverfahren. In der Praxis außerhalb des aktuell noch hoch umstrittenen Vorgehens bei Datenschutzverstößen richten sich die Ordnungswidrigkeitenverfahren oftmals ausschließlich gegen die handelnde (leitende) Person bzw. das entsprechende Organ des Unternehmens.

Unterschiedliche Anknüpfungspunkte bei der Verhängung von Bußgeldern

Ob die Regelungen der DSGVO das deutsche Ordnungswidrigkeitenrecht in diesem Punkt überlagern, ist aktuell eine der strittigsten Fragen im Datenschutzrecht. Die deutschen Datenschutzbehörden (Entschließung der Datenschutzkonferenz vom 3. April 2019) und das LG Bonn (Urteil vom 11. November 2020 – Az.: 29 OWi 1/20 – „1&1“) hatten sich zuvor in diese Richtung positioniert und für die Verhängung von Bußgeldbescheiden gegen das jeweilige Unternehmen plädiert. Das LG Berlin stellt sich dem entgegen und vertritt die Auffassung, dass auch bei Datenschutzverstößen stets ein leitender Angestellter oder ein Organ Hauptbeteiligter eines Bußgeldverfahrens sein muss. Die Herangehensweisen haben in der Praxis enorm unterschiedliche Auswirkungen.

Wird ein Bußgeld unmittelbar gegen ein Unternehmen verhängt, führt jede Handlung eines Organs oder Arbeitnehmers zur Haftung des Unternehmens. Das Unternehmen hat keine Möglichkeit der Haftung zu entgehen und muss allein für das Fehlverhalten einstehen, ohne dass ein Arbeitnehmer, ein Organ oder ein leitender Angestellter mithaften würden.

Wird das Bußgeldverfahren dagegen (zunächst) gegen einen leitenden Angestellten oder ein Organ eines Unternehmens geführt, muss eine Handlung festgestellt werden, die diesem vorgeworfen werden kann. Erst daran anschließend kann nach § 30 Abs. 1 OWiG auch ein Bußgeld gegen das verantwortliche Unternehmen festgesetzt werden. Dies erhöht für die Datenschutzaufsichtsbehörden die Darlegungs- und Nachweisanforderungen im Bußgeldbescheid. Darüber hinaus eröffnet es den Unternehmen die Möglichkeit, durch umfassende Compliance-Maßnahmen Bußgelder zu vermeiden. Zwar kann die Handlung, an die ein Bußgeld anknüpft, auch in mangelnder Organisation des Unternehmens und ungenügender Kontrolle und Überwachung von Mitarbeitern liegen, § 130 Abs. 1 OWiG. Hat die betreffende Person aber „alles richtig“ gemacht und kommt es trotzdem zu einem Datenschutzverstoß, haften die Person und in der Folge auch das Unternehmen nicht. Der wesentliche Unterschied zwischen direkter und indirekter Inanspruchnahme des Unternehmens liegt entsprechend darin, dass Fehlverhalten von nicht in leitender Tätigkeit beschäftigten Arbeitnehmern zunächst einer Leitungsperson zugerechnet werden muss. Ist eine Zurechnung aufgrund des gesetzeskonformen Verhaltens der Leitungsperson nicht möglich, entfällt bei diesem zweiten Ansatz – Bußgeldbescheid gegen natürliche Personen und nicht gegen das Unternehmen – ein Bußgeld selbst dann, wenn ein nicht leitender Mitarbeiter X im Einzelfall fahrlässig gehandelt hat.

Für Organe und leitende Angestellte wirkt in diesem zweiten Fall risikoerhöhend – im Vergleich zu einem Vorgehen unmittelbar gegen das Unternehmen –, dass sie bei unzureichenden Maßnahmen unmittelbar selbst für einen Verstoß haften (und nicht etwa erst, unter verschärften Voraussetzungen, über einen denkbaren Regressanspruch des Unternehmens selbst). Dabei müssen sie nicht nur ein persönlich zu zahlen-

des Bußgeld, sondern auch einen Eintrag ins Gewerbezentralregister fürchten. Solche Einträge können dazu führen, dass den Betroffenen die Zuverlässigkeit für die Ausübung eines Gewerbes oder bestimmter erlaubnispflichtiger Handlungen fehlt.

Rechtlicher Hintergrund

Der Streit darüber, ob § 30 Abs. 1 OWiG die Bußgeldvergabe nach Art. 83 Abs. 4–6 DSGVO modifizieren kann, dreht sich im Kern um die Frage, wie weit Mitgliedstaaten mithilfe von Verfahrensvorschriften von den Vorgaben der DSGVO abweichen können. Im Grundsatz bezweckt die DSGVO eine Vollharmonisierung, das heißt, überall in der EU sollen die gleichen datenschutzrechtlichen Regelungen gelten. Ausnahmen bestehen nur da, wo die DSGVO Abweichungen zulässt.

Die DSGVO regelt aber in Art. 83 Abs. 4–6 nur die Bußgeldtatbestände selbst, nicht das Verfahrensrecht, das zur Festsetzung von Bußgeldern führt. Für das Verfahrensrecht sind die Mitgliedstaaten zuständig. § 41 Abs. 1 u. 2 BDSG verweisen dafür auf das Ordnungswidrigkeitenrecht, das allerdings in Deutschland die Verhängung einer Geldbuße an ein Unternehmen nur vorsieht, wenn einer Leitungsperson ein schuldhaftes Verhalten vorgeworfen werden kann, § 30 Abs. 1 OWiG.

Unklar ist, ob darin eine zu große Abweichung von den Vorgaben der DSGVO liegt, die die praktische Wirksamkeit des Art. 83 Abs. 4–6 DSGVO einschränkt. In diesem Fall wäre § 30 Abs. 1 OWiG aufgrund eines sogenannten „Anwendungsvorrangs des EU-Rechts“ bei Bußgeldern nach Art. 83 Abs. 4–6 DSGVO nicht anwendbar. Dafür spricht, dass Unternehmen im deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht die Möglichkeit einer Exkulpation eröffnet ist. Wenn die Leitungspersonen die ihnen unterstellten Arbeitnehmer in jeder Hinsicht ordnungsgemäß ausgewählt, eingewiesen, überwacht und kontrolliert haben, haften sie und in der Folge auch die Unternehmen nicht für Datenschutzverstöße. Eine solche Exkulpationsmöglichkeit ist nach der DSGVO grundsätzlich nicht vorgesehen. Darüber hinaus führt die Anwendung divergierender mitgliedstaatlicher Regelungen potentiell zu einer unterschiedlichen Anwendung der DSGVO in den Mitgliedstaaten. Unmittelbar aus Art. 83 DSGVO wurde indes zuletzt in Österreich zumindest ebenfalls eine weitergehende Nachweispflicht der Aufsichtsbehörden abgeleitet: Da Unternehmen nicht selbst handeln könnten, müsse für die Verhängung einer Geldbuße nach Art. 83 DSGVO gegen ein Unternehmen notwendigerweise das datenschutzrechtswidrige Handeln einer konkreten Person nachgewiesen werden (ÖBVwG, Erkenntnis vom 26. November 2020 – W258 2227269-1).

Andererseits sind gewisse Unterschiede in den Verfahrensrechten in dem Umstand angelegt, dass die Mitgliedstaaten für die Festlegung des Verfahrens zuständig sind. Wären hier keine Unterschiede zulässig, müsste die EU auch hier für eine Vollharmonisierung sorgen. Daher bleibt abzuwarten, ob die Gerichte eine zu große Abweichung von den Vorgaben der Art. 83 Abs. 4–6 DSGVO sehen, wenn Unternehmen nur haften, wenn ein schuldhaftes Verhalten einer Leitungsperson festgestellt werden kann.

Ausblick

Im weiteren Verlauf des Rechtsstreites um das Bußgeld gegen die Deutsche Wohnen könnte es zu einer höchstrichterlichen Klärung der Frage kommen, gegen wen Bußgeldverfahren wegen Datenschutzverstößen zu führen sind. Die Staatsanwaltschaft ist gegen den Beschluss des LG Berlin mit einer sofortigen Beschwerde vorgegangen. Dadurch erhält nunmehr das Kammergericht Berlin Gelegenheit, sich mit dem Fall auseinanderzusetzen. Gut möglich erscheint es darüber hinaus, dass der Europäische Gerichtshof im wei-

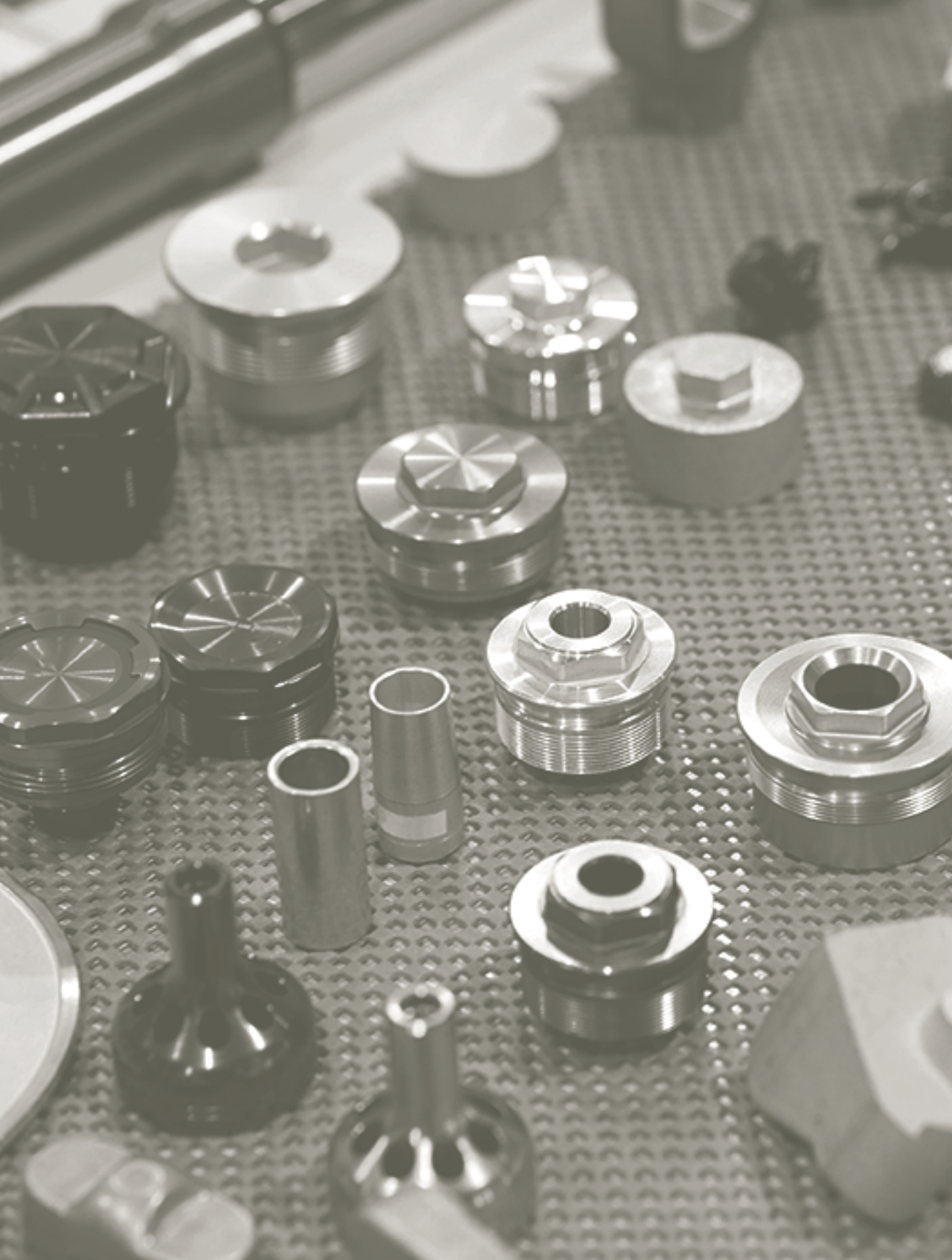
teren Verlauf des Verfahrens mit den relevanten Fragen befasst wird. Im Bonner 1&1-Verfahren ist diese nicht mehr zu erwarten, der BfDI hat die Reduzierung des Bußgeldes auf 900.000 Euro akzeptiert, das Verfahren ist erstinstanzlich abgeschlossen worden.

Bei sämtlichen Fragen zum Datenschutzrecht und insbesondere in dringenden Fällen stehen Ihnen gerne jederzeit 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. Malte Göbel
0221 650 65-129
malte.goebel@loschelder.de



Handelsrecht

Wenn der Lieferant plötzlich „nur“ Händler ist – Zur Haftung für Herstellungsfehler in Lieferketten

Lieferanten verteidigen sich gegen Schadensersatzansprüche häufig mit dem Einwand, selbst nicht Hersteller der mangelhaften Teile gewesen zu sein. Das kann selbst dann erfolgreich sein, wenn der Lieferant immer mit eigener Produktion warb und die Lieferteile individuell nach konkreten Vorgaben gefertigt wurden. Vor möglichen Regresslücken schützt nur eindeutige Vertragsgestaltung.

Produktfehler kommen vor. Selbst strengste Qualitätssicherungsmaßnahmen bieten keinen 100%igen Schutz. Von Herstellungsfehlern sind schnell ganze Lieferketten betroffen, vor allem bei verdeckten Mängeln. Man stelle sich vor, A liefert billige Kleinteile, z. B. Dichtungen oder Steckverbindungen, an Gerätehersteller B. Dieser baut die Teile in größere Geräte ein und verkauft sie an C weiter. Verdeckte Fehler fallen dann häufig erst beim Endkunden auf. Das kann sehr kostspielige Rückrufe und enormen Reputationsverlust bedeuten.

Natürlich wird in unserem Beispiel C von B die Lieferung neuer und mangelfreier Geräte verlangen; ebenso wie B von A neue und mangelfreie Kleinteile fordert. Während A an B aber nur billige Kleinteile nachliefern müsste, kann B zur Neuproduktion der kompletten Geräten zum Preis von mehreren Hundert Euro pro Stück verpflichtet sein. Diese Mehrkosten möchte B natürlich nicht alleine tragen.

Die einfache verschuldensunabhängige Nacherfüllung, also Neulieferung mangelfreier Teile, hilft B aber nicht weiter, weil der Hauptaufwand bei der Herstellung der neuen Geräte anfällt. Es geht B vor allem um Schadensersatz, was eine Pflichtverletzung und ein Verschulden des Vertragspartners voraussetzt.

Die Lieferung mangelhafter Teile ist eine solche Pflichtverletzung, die der Lieferant auch verschuldet haben muss. Dieses Verschulden wird gesetzlich vermutet, weshalb der Lieferant darlegen und beweisen muss, dass der Mangel weder erkennbar noch vermeidbar war. An diesen Entlastungsbeweis werden hohe Anforderungen gestellt. War der Lieferant selbst auch Hersteller der Teile, wird der Entlastungsbeweis in der Regel kaum gelingen.

Problematisch sind deshalb vor allem Fälle, in denen der Lieferant die mangelhaften Teile zugekauft hat und die Fehler weder bei Wareneingangs- noch bei Warenausgangskontrolle erkenn-

bar waren. Hintergrund ist der Grundsatz, dass ein Verkäufer nicht für Fehler seiner Verkäufer, vor allem nicht für deren Verschulden, einstehen muss. Ein schuldhafter Produktionsfehler wird dem späteren Händler nicht angelastet. Das ist nachvollziehbar, weil der Händler auf die Produktion seiner Lieferanten in der Regel keinen Einfluss hat. Hat in unserem Fall A die Kleinteile also nicht selbst hergestellt und waren die Fehler für A beim Weiterverkauf auch nicht erkennbar, könnte B keinen Schadensersatz verlangen und müsste seine Kosten selbst tragen.

Auf den ersten Blick schwieriger nachzuvollziehen sind allerdings Fälle, in denen B als Käufer überhaupt nicht klar war, dass sein Lieferant A die verkauften Teile nicht selbst herstellt. Das kommt meist dann vor, wenn individuelle Teilespezifikationen – etwa durch Zeichnungen – vorgegeben und die Teile daraufhin neu hergestellt werden.

Auch aus solchen Werklieferungsverträgen ist der Lieferant ohne entsprechende Regelung keineswegs selbst zur Herstellung verpflichtet. Das entnimmt die Rechtsprechung dem § 650 BGB, wonach auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, sämtliche Vorschriften über den Kauf Anwendung finden. Der Werklieferant ist dem gewöhnlichen Verkäufer demnach gleichgestellt, weshalb es dem Lieferanten überlassen ist, ob er die Teile selbst herstellt oder von Dritten bezieht. Eine gesetzliche Pflicht zur eigenen (mangelfreien) Herstellung besteht nicht. Ohne eine derartige Pflicht ist die fehlerhafte Herstellung aber auch keine eigene Pflichtverletzung des Lieferanten und eine Zurechnung von dessen Vorlieferanten findet nach der Rechtsprechung grundsätzlich nicht statt.

Ist die Herstellerfrage im Vertrag nicht ausdrücklich geregelt und lässt der Lieferant die Ware extern produzieren, haftet er grundsätzlich nicht für Fehler bei der Herstellung. Letztlich wird der Werklieferant rechtlich dann als bloßer Händler angesehen, auch wenn der Käufer die Herstellung und Lieferung neuer Teile beauftragt hatte.

Diese Situation machen sich immer mehr Unternehmen in Deutschland zunutze, indem sie mit einheimischer Produktion und Qualität werben, tatsächlich aber die konkreten Teile billig aus dem Ausland beziehen. Die Abnehmer gehen meist stillschweigend davon aus, dass die bestellten Teile vom Lieferanten selbst in Deutschland gefertigt wurden, und zahlen dafür höhere Preise.

Die Rechtsprechung legt aber auch in diesen Fällen einen streng formalistischen Maßstab an: Solange im Vertrag nichts anderes geregelt ist, muss der Lieferant auch Teile, die nach individuellen Vorgaben erst noch herzustellen sind, nicht selbst im Inland produzieren und haftet deshalb nicht für verdeckte Produktionsmängel.

Eine eigene Haftung des Lieferanten für Herstellungsfehler wird von manchen Gerichten allenfalls dann angenommen, wenn er zuvor aktiv als Hersteller auftrat und warb. Nur in solchen

Extremfällen soll sich der Lieferant gegebenenfalls als Hersteller behandeln lassen müssen und entsprechend haften. Zwingend ist das aber nicht und höchstrichterliche Entscheidungen gibt es dazu bislang auch nicht.

Deshalb ist es umso wichtiger, selbst in vermeintlich „unbedeutenden" Einkaufsverträgen ausdrücklich eine Verpflichtung des Lieferanten zur eigenen Herstellung der Lieferteile aufzunehmen. Spätestens an dieser Stelle muss der Lieferant Farbe bekennen oder er täuscht arglistig. Wird aber klargestellt, dass die Produktion der Lieferteile durch Dritte erfolgt, sollte der Verkäufer vertraglich auch für etwaiges Produktionsverschulden seiner Zulieferer wie für eigenes Verschulden einstehen müssen. Hierfür sind ausdrückliche Regelungen im Vertrag erforderlich. Andernfalls kann der Regress im Schadensfall schwierig sein.

Bei Fragen zur Gestaltung von Lieferverträgen und allen weiteren Themen rund um Lieferketten und Produkthaftung steht Ihnen gerne zur Verfügung:

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

Arbeitsrecht

Vorsicht vor Untoten: Über die unheimliche Wiederkunft der Heimarbeit

Zuweilen bergen auf den ersten Blick alltägliche Sachverhalte das Potential, Rechtsgeschichte zu schreiben. So etwa der Sachverhalt eines Bauingenieurs und Programmierers, der nach dem Ende seiner Tätigkeit als Arbeitnehmer von 1992 bis 2013 für seine ehemalige Arbeitgeberin weiterhin Programmierleistungen als freier Mitarbeiter erbrachte – zu nicht untypischen Bedingungen: Für andere Auftraggeber wurde er nicht tätig. Eine Pflicht, Arbeitsaufträge der Klägerin annehmen zu müssen, bestand nicht; ebenso bestand die Möglichkeit, eigene Mitarbeiter einzusetzen. Der Programmierer konnte auch ohne Zustimmung der Auftraggeberin festlegen, wann und in welchem Umfang er zur Verfügung stand und wann nicht. Es kam in der Folge zu Streitigkeiten über den arbeitsrechtlichen Status des Programmierers, die letztinstanzlich vom BAG (Urteil vom 14. Juni 2016, Az. 9 AZR 305/15) entschieden wurden.

Ein Arbeitsverhältnis hat das BAG mangels persönlicher Abhängigkeit verneint. Es stellte jedoch fest, dass der Programmierer als Heimarbeiter i. S. v. § 2 Abs. 1 S. 1 Heimarbeitsgesetz (HAG) tätig war. Letzteres war durchaus überraschend, da zuvor höherwertige Tätigkeiten, wie die Programmierung, nicht als typischer Fall der Heimarbeit gesehen wurden. Das BAG hat das HAG, das als eine Regelung anscheinend nur noch historischer Arbeitsmodelle als gesetzliches Auslaufmodell erschien, spektakulär reaktiviert.

Die Rechtsstreitigkeiten nahmen mit dem Urteil des BAG jedoch kein Ende: Die Rentenversicherung Bund (Beklagte) hatte nach einem durchgeführten Statusfeststellungsverfahren gemäß § 7a SGB IV festgestellt, dass der Programmierer seit 1992 „im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses“ bei der Klägerin tätig gewesen sei. Hiergegen ging die Auftraggeberin vor. Das Sozialgericht Kassel (Urteil vom 3. Juli 2019, Az. S 8 KR 2/15) hatte die Annahme einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung noch abgelehnt. Das LSG Hessen (Urteil vom 18. Juni 2020, Az. L 8 BA 36/19) dagegen zog aus dem Status des Programmierers als Heimarbeiter auch sozialversicherungsrechtlich weitgehende Konsequenzen: Es folgte den Ausführungen des BAG zu § 2 Abs. 2 HAG und stellte fest, dass der Programmierer Heimarbeiter i. S. v. § 12 Abs. 2 SGB IV sei.

Dabei lehnte das LSG, wie das BAG, eine persönliche Abhängigkeit, die zur Sozialversicherungspflicht gemäß § 7 Abs. 1 SGB IV führt, ab. Die überraschende Entscheidung ergab sich aus der zuvor häufig übersehenen Vorschrift des § 12 Abs. 2 SGB IV, die eine gesetzliche Fiktion der Sozialversicherungspflicht für Heimarbeiter vorsieht.

§ 12 SGB IV differenziert zwischen zwei Fällen: Der Hausgewerbetreibende i. S. v. § 12 Abs. 1 SGB IV ist als Selbstständiger in der Rentenversicherung sowie der Unfallversicherung begrenzt sozialversicherungspflichtig (§ 2 Nr. 6 SGB VI, § 2 Abs. 1

Nr. 6 SGB VII). Die volle Sozialversicherungspflicht wird lediglich für den Heimarbeiter fingiert.

Bei der Annahme der sozialversicherungsrechtlichen Heimarbeitereigenschaft hat das LSG unmittelbar auf die Feststellung der arbeitsrechtlichen Heimarbeitereigenschaft gemäß § 2 Abs. 1 HAG durch das BAG abgestellt. Mit der Abgrenzung zwischen Heimarbeiter und Hausgewerbetreibenden (wobei HAG und SGB IV unterschiedliche Definitionen verwenden) befassen sich indes weder LSG noch BAG.

- Grundlegend für die Einordnung als Heimarbeiter ist eine Tätigkeit in der eigenen Wohnung oder Betriebsstätte. Eine persönliche Abhängigkeit vom Heimarbeitgeber liegt nicht vor, da er die Tätigkeit frei gestalten kann; er ist nicht einmal zur persönlichen Tätigkeit verpflichtet, er darf Aufgaben an Familienangehörige abgeben. Daher besteht lediglich eine wirtschaftliche Abhängigkeit. Der Heimarbeiter bietet seine Arbeitskraft für die jeweilige Tätigkeit typischerweise nur dem Heimarbeitgeber an. Die Einrichtung seiner selbstgewählten Betriebsstätte ist darauf ausgerichtet, für diesen tätig zu sein und richtet sich nicht an den Markt. Klassischerweise betraf die Heimarbeit die Herstellung von Waren in Handarbeit, aber auch einfache Bürotätigkeiten (Abtippen von Tonbändern, Telefonistentätigkeit, Buchhaltung, etc.). Das Urteil des BAG hat erstmals höherqualifizierte Tätigkeiten der Heimarbeit zugeordnet.

- Der Hausgewerbetreibende ist ebenfalls nur wirtschaftlich abhängig, wird jedoch als Selbstständiger gewerbsmäßig und nicht erwerbsmäßig tätig. Er ist vollumfänglich frei in seiner Tätigkeit. Insbesondere ist sein Betrieb darauf ausgerichtet, seine Leistungen auch Dritten anzubieten. Er kann seine Tätigkeit frei an Dritte übertragen, die nicht Teil seiner Familie sind (vgl. § 2 Abs. 1 HAG). Der Gewerbebegriff war dabei historisch von handwerklicher bzw. körperlicher Tätigkeit geprägt. Dieses Verständnis prägt auch die arbeitsrechtliche Regelung im HAG, nach der ein Hausgewerbetreibender „Waren herstellt, bearbeitet oder verpackt“.

- § 12 Abs. 1 SGB IV überträgt diese Verengung nicht auf das Sozialrecht: § 12 Abs. 1 und § 12 Abs. 2 SGB IV differenzieren danach, ob jemand „gewerbsmäßig“ oder „erwerbsmäßig“ arbeitet.

- Angelehnt an § 2 Abs. 2 HAG wird auch heute noch von der h.M. eine Auslegung von § 12 Abs. 1 SGB IV vertreten, die den Gewerbebegriff auf das Herstellen, Bearbeiten oder Verpacken von Waren beschränkt. Das BSG hat allerdings bereits 1971 entschieden, dass im Rahmen von § 2 Abs. 1 HAG a. F. der Gewerbebegriff auch Bürotätigkeiten umfassen kann. Bereits damit ist der Gleichsetzung des Begriffs des Hausgewerbetreibenden im Arbeits- und Sozialrecht der Boden entzogen. Die schlichte Gleichsetzung beider Begriffe ignoriert die vom HAG gerade abweichende Definition des SGB IV.

- Im Ergebnis kollidieren in der Rechtsprechung des LSG die neue und fortgedachte Auslegung des BAG, die den Begriff des Heimarbeiters für das Arbeitsrecht über das traditionelle Verständnis ausweitet, mit einem streng traditionalistischen Verständnis des Heimgewerbetreibenden für das Sozialrecht.

Die Entscheidungen des BAG – und mehr noch des LSG – haben für die Tätigkeit von Soloselbstständigen grundlegende Sprengkraft.

- Bereits die Entscheidung des BAG ist so allgemein gehalten, dass sie auf zahlreiche Selbstständige zutrifft. Hierbei ist nicht einmal eine Tätigkeit in eigener Wohnung erforderlich: Auch ein vom Selbstständigen angemietetes Büro kann die gesetzliche Definition der selbst gewählten Betriebsstätte im Sinne des HAG erfüllen. Ob eine Tätigkeit für mehrere Auftraggeber (die grundsätzlich kein Erfordernis der selbständigen Tätigkeit gemäß § 611a BGB ist) oder ein höheres Unternehmerrisiko (das bislang arbeitsrechtlich keine Rolle spielte und von BSG kürzlich auch als sozialrechtliches Kriterium zu Recht entsorgt worden ist) aus Sicht des BAG zu einer anderen Entscheidung geführt hätten, ist nach dem Wortlaut der Entscheidung ebenfalls nicht sicher.

  Folge der Eigenschaft als Heimarbeiter ist, dass einige arbeitsrechtliche Regelungen, mit Einschränkungen, auf den selbstständigen Heimarbeiter Anwendung finden. Das betrifft derzeit weniger den eigentlichen Kern des HAG selbst mit der Entgeltregelung über Tarifverträge (die es für Programmierer nicht gibt), als Fragen wie Urlaub, Entgeltfortzahlung, Mutterschutz, oder (stark eingeschränkter) Kündigungsschutz.

  Dabei könnte die Entscheidung des BAG sogar zukunftsweisend für neuere Formen der Erwerbstätigkeit, etwa das „Crowdworking" sein, bei denen durchaus Berührungspunkte mit der „klassischen" Heimarbeit bestehen. Dennoch ist es ersichtlich vom Gesetzgeber nicht gewollt, dass jeder Selbstständige, der Tätigkeiten selbst leistet, Heimarbeiter ist. Nach dem Urteil des BAG wäre auch ein selbstständiger Einzelanwalt Heimarbeiter – das kann ersichtlich nicht richtig sein.

  Ein arbeitsrechtlicher „Dammbruch" folgte auf das Urteil des BAG, das immerhin schon einige Jahre alt ist, nicht. Das dürfte jedoch auch darauf zurückzuführen sein, dass zahlreiche Arbeitnehmervertreter dieses Thema bei Statusklagen schlicht übersehen.

- Problematischer noch als die arbeitsrechtlichen Konsequenzen sind die sozialrechtlichen Folgen. Wenn ein weitgehend konturenloser arbeitsrechtlicher Heimarbeitsbegriff mit der sozialrechtlichen Regelung in § 12 Abs. 2 „kurzgeschlossen" wird, würde die grundlegende Differenzierung zwischen Beschäftigten und Selbstständigen anhand von § 7 SGB IV faktisch bedeutungslos, da die Fiktion des § 12 Abs. 2 S. 2 SGB IV stets eingriffe.

  Das Urteil des LSG ist damit immerhin ein Indiz dafür, dass das überkommene Verständnis von § 12 SGB IV nicht zutreffend sein kann. Entweder liest man die gesetzliche Differenzierung zwischen Gewerbs- und Erwerbsmäßigkeit in die Kriterien des § 7 SGB IV für die Abgrenzung zwischen selbstständiger Tätigkeit und Beschäftigung hinein, oder es ist auch sozialrechtlich erforderlich, einen präzisierten Begriff des Heimarbeiters zu entwickeln.

Der Regierungsentwurf des Betriebsrätemodernisierungsgesetzes

Das Bundeskabinett hat am 31. März 2021 den Regierungsentwurf des „Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Betriebsratswahlen und der Betriebsratsarbeit in einer digitalen Arbeitswelt (Betriebsrätemodernisierungsgesetz)“ verabschiedet. Nach unserer Einschätzung wird das Gesetz noch vor der Sommerpause im Bundestag verabschiedet werden. Wir möchten Ihnen die Eckpunkte des Gesetzes vorstellen.

Stärkung und Erleichterung der Betriebsratswahlen

Das vereinfachte Wahlverfahren nach § 14a BetrVG wird erweitert. Statt bisher in Betrieben mit bis zu 50 wahlberechtigten Arbeitnehmern wird der Betriebsrat nun auch in den Betrieben mit bis zu 100 wahlberechtigten Arbeitnehmern in dem vereinfachten Wahlverfahren in zwei Wahlversammlungen gewählt. Darüber hinaus sollen zukünftig Betriebe mit bis zu 200 wahlberechtigten Arbeitnehmern für dieses erleichterte Wahlverfahren optieren können.

In § 14 Abs. 4 BetrVG in der Fassung des Betriebsrätemodernisierungsgesetzes (nachfolgend BetrVG-E) befinden sich Erleichterungen für die Unterzeichnung und Vorlage von Wahlvorschlägen.

Schikanöse Wahlanfechtungen sucht § 19 Abs. 3 BetrVG-E einzuschränken. Auf die Unrichtigkeit der Wählerliste kann sich nur berufen, wer ordnungsgemäß Einspruch gegen die Wählerliste eingelegt hat.

Mit dem Schutz der Betriebsratswahlen geht einher, dass die zu Wahlversammlungen einladenden Arbeitnehmer einen stärkeren Kündigungsschutz erhalten. Die Zahl der vor Kündigungen geschützten einladenden Arbeitnehmer wird dazu von drei auf sechs erhöht und es wird ein besonderer Kündigungsschutz für Arbeitnehmer eingeführt, die sich in der Vorbereitung zur einer Betriebsratswahl befinden, wenn sie dies notariell glaubhaft machen können (geregelt im zukünftigen § 15 Abs. 3b KSchG).

Betriebsratssitzungen

Auch außerhalb der Covid-19-Pandemie soll Betriebsratsarbeit künftig rechtssicher unter Einsatz moderner Kommunikationsmittel möglich sein.

Deshalb können Betriebsräte zukünftig entscheiden, ob die Teilnehmer an einer Betriebsratssitzung mittels Video- und Telefonkonferenz erfolgen kann. Das setzt die Definition der Voraussetzungen für eine solche Teilnahme in der Geschäftsordnung des Betriebsrats voraus. Sicherzustellen ist auch, dass Dritte vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können (Anmerkung: Hier ist besonders darauf zu achten, dass die Aufzeichnungsfunktionen z. B. von Teams ausgeschaltet sind und dies durch geeignete technische und organisatorische Maßnahmen auch im Vorhinein nicht verändert werden kann). Eine solche Sitzung findet als Video- oder Telefonkonferenz statt, wenn nicht mindestens ein Viertel der Mitglieder dem Vorsitzenden gegenüber widersprechen. Betriebsratsmitglieder haben die Teilnahme an einer solchen Video- und Telefonkonferenz in Textform zu bestätigen. Entsprechendes gilt für Gesamtbetriebsratsmitglieder. Ob in Präsenzsitzung oder per Teams bzw. Telefon getagt wird, entscheidet der Betriebsrat. Arbeitgeber sollen hierauf keinen Einfluss haben.

Auch die Tätigkeit der Einigungsstelle wird erleichtert. In § 76 Art. 3 BetrVG wird eingefügt werden, dass die Beschlüsse schriftlich niederzulegen und vom Vorsitzenden zu unterschreiben sind oder in elektronischer Form niederzulegen und vom Vorsitzenden mit seiner qualifizierten elektronischen Signatur dem Arbeitgeber und Betriebsrat zuzuleiten sind. Werden Betriebsvereinbarungen in elektronischer Form abgeschlossen, haben Arbeitgeber und Betriebsrat abweichend von § 126a Abs. 2 BGB dasselbe Dokument elektronisch zu signieren.

Betriebsrat und Datenschutz

Bekanntermaßen ist unklar, ob der Betriebsrat selbst verantwortliche Stelle im Sinne des Art. 4 Nr. 7 DSGVO ist. Das BAG hat dies bislang offengelassen.

Hierzu trifft § 79a BetrVG-E eine Regelung, die widersprüchlich erscheint. Im Satz 1 ist zunächst geregelt, dass der Betriebsrat die Vorschriften über den Datenschutz einzuhalten hat. Wenn der Betriebsrat zur Erfüllung der in seiner Zuständigkeit liegenden Aufgaben personenbezogene Daten verarbeitet, ist aber Verantwortlicher im Sinne der DSGVO der Arbeitgeber. So ordnet es die neue Norm explizit an.

Nach der Rechtsprechung des BAG darf der Datenschutzbeauftragte die Datenverarbeitung durch den Betriebsrat nicht kontrollieren. Das BAG hat 1997 dazu erklärt, der Betriebsrat kontrolliere sich selbst und sei der „Hüter des Datenschutzes“. Angesichts der seitdem erheblich

gestiegenen Mengen personenbezogener Daten in der Verarbeitung von Beschäftigtendaten erscheint dies etwas blauäugig. Der Arbeitgeber haftet nach Art. 82 und 83 DSGVO nach dem Regierungsentwurf weiterhin für eine Datenverarbeitung, die er weder steuern geschweige denn durch seinen Datenschutzbeauftragten kontrollieren kann. Wir würden uns sehr wünschen, dass dies im Gesetzgebungsverfahren noch geändert wird. Aber das bleibt wohl eher eine Hoffnung.

Stärkung der Mitbestimmung

Zweifach will der Gesetzgeber die Mitbestimmung bei modernen Technologien stärken.

Einmal wird in § 80 Abs. 3 BetrVG-E ein neuer Satz eingefügt. Muss der Betriebsrat zur Durchführung seiner Aufgaben die Einführung oder Anwendung von künstlicher Intelligenz (KI) beurteilen, gilt die Hinzuziehung eines Sachverständigen als erforderlich. Bislang galt nach der Rechtsprechung, dass die Erforderlichkeit im Einzelfall zu prüfen ist. Bei IT-Fragen ist nach der Rechtsprechung des BAG zuvor innerbetrieblicher Sachverstand zu nutzen. Das regelt der Gesetzgeber nunmehr grundsätzlich anders, wenn es um KI geht.

Weiterhin wird in § 87 Abs. 1 BetrVG, der die erzwingbare Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten regelt, eine neue Nr. 14 eingefügt. Der Betriebsrat bestimmt mit, wenn es um die Ausgestaltung von mobiler Arbeit geht, die mittels Informations- und Kommunikationstechnik erbracht wird. Das ist nach unserer Einschätzung in der Sache nichts Neues, weil schon bisher Fragen des Gesundheitsschutzes (§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG) und der Nutzung technischer Einrichtungen (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG) zu regeln waren. Daneben konnten Mitbestimmungsrechte bei der Verpflichtung zur Aufzeichnung der Arbeitszeit aus Nr. 1, bei der Verteilung der Arbeitszeit aus Nr. 2 des § 87 BetrVG bestehen. Wir glauben daher nicht, dass sich hier im Wesentlichen etwas verändern wird, abgesehen von der politischen PR-Wirkung.

Daneben kann der Betriebsrat auch mitbestimmen, wenn Personal-Auswahlrichtlinien künstliche Intelligenz anwenden. Das soll der neue § 95 Abs. 2a BetrVG-E regeln.

Initiativrecht bei der Berufsbildung

In Fragen der Berufsbildung sind bislang die Initiativmöglichkeiten der Betriebsräte gering ausgebildet. Das soll der neue § 96 Abs. 1a BetrVG-E ändern: Kommt es im Rahmen der Beratungen zwischen den Betriebsparteien über Maßnahmen der Berufsbildung nicht zu einer Einigung, können der Arbeitgeber oder der Betriebsrat die Einigungsstelle um Vermittlung anrufen. Die Einigungsstelle hat eine Einigung der Parteien zu versuchen. Das bedeutet in der Praxis, dass es Gesprächs- und Verhandlungszwang bis in die Einigungsstelle gibt.

Die Einigungsstelle kann aber keine Maßnahmen der Berufsbildung festlegen. Sie würde damit in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers eingreifen. Die Rechtslage ist also vergleichbar zu derjenigen beim Abschluss eines Interessenausgleichs nach § 112 Abs. 1 BetrVG, der nur versucht werden muss, aber nicht von der Einigungsstelle entschieden werden kann. Die Einigungsstelle moderiert, sie entscheidet nicht.

Fazit

Leider (aber erwartungsgemäß) fehlt im Regierungsentwurf eine praktikable Regelung zur Anwendung neuer Kommunikations- und Informationstechniken. Die Auslegung des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG führt in der Praxis dazu, dass der Betriebsrat bei jeder neuen IT-Anwendung und damit bei Produktionsmitteln, mitzubestimmen hatte. Die Prozesse können ganz erheblich verzögert werden, was in der schnelllebigen IT-Situation der Unternehmen misslich, teilweise gefährlich ist. Kritisiert wird dies seit langem. Aber wenn wir ehrlich sind: Wir hätten eine dahingehende Modernisierung des BetrVG von dieser Bundesregierung nicht erwartet.

Bei sämtlichen 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

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

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

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

Dr. Jonas Singraven
0221 650 65-129
jonas.singraven@loschelder.de

Dr. Malte Göbel
0221 650 65-129
malte.goebel@loschelder.de

Gesellschaftsrecht

Die „GmbH in Verantwortungseigentum“: Notwendige Innovation für die Zukunft?

Das Thema Nachhaltigkeit begegnet uns seit einigen Jahren immer häufiger. Während der Begriff ursprünglich überwiegend mit dem Umwelt- und Klimaschutz assoziiert wurde, ist dieser heute längst in vielen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens angelangt. Auch Unternehmen überlegen, wie sie verantwortungsbewusster, langlebiger und letztlich nachhaltiger handeln können.

Ausgangslage und Ziel der Gesetzesinitiative

Als Ausdruck sozialen Unternehmertums existieren unter dem Schlagwort der Corporate Social Responsibility weltweit Bestrebungen, unternehmerisches Handeln vom Zweck der Gewinnmaximierung zu lösen und durch einen langfristig angelegten – nachhaltigen – Unternehmenszweck zu ersetzen. Der allgemeine öffentliche Nutzen und die dauerhafte Stabilität des Unternehmens sollen in den Fokus rücken. Derartige Überlegungen gehen auf die Finanz- und Bankenkrise zurück und sind vor dem Hintergrund der weltweiten Corona-Pandemie höchst präsent. Im letzten Jahr hat deshalb eine Gruppe von Unternehmern, Rechtsprofessoren und Wirtschaftsexperten einen Gesetzesentwurf zur Einführung einer neuen und nachhaltigen Rechtsform, der sogenannten „GmbH in Verantwortungseigentum“ (VE-GmbH), vorgelegt. Ziel der aktuellen Initiative ist es, die rechtlichen Rahmenbedingungen für ein auf Dauer angelegtes Unternehmen zu schaffen, bei dem individuelle Gewinnerzielungsabsichten der Unternehmer keine Rolle spielen.

Wesentliche Merkmale der VE-GmbH

Der Gesetzesentwurf sieht einige besondere Merkmale zur Sicherung der nachhaltigen Unternehmensführung vor, die die neue Variante der GmbH von ihrer Grundform unterscheidet.

Asset Lock

Zentrales Merkmal der VE-GmbH ist die zwingende Bindung von Kapital und Gewinn in der Gesellschaft, der sog. Asset Lock. Danach wird den Gesellschaftern der Zugriff auf das Unternehmensvermögen verwehrt, und zwar sowohl in Form von Gewinnausschüttungen als auch in Form von Liquidationserlösen. Auch in der Liquidation erhalten die Gesellschafter lediglich ihre Einlage von der Gesellschaft zurück. Anders als in der üblichen GmbH soll das Gesellschaftsvermögen auf ewig in der Gesellschaft gebunden sein. Hierdurch sollen die Unternehmensführung und die Gesellschafter vom Bestreben der Renditemaximierung befreit werden, da sie an den Gewinnen der Gesellschaft ohnehin nicht partizipieren.

Einschränkung der Übertragbarkeit der Geschäftsanteile

Die Geschäftsanteile an der VE-GmbH sollen zwingend vinkuliert sein. Eine Anteilsübertragung soll nur auf natürliche Personen, andere Gesellschaften in Verantwortungseigentum oder auf Rechtsträger mit in gleicher Weise gesetzlich dauerhaft gebundenem Vermögen möglich sein.

Dispositionsfreiheit über den Unternehmensgegenstand

Anders als die bereits im deutschen Recht vorgesehene Stiftung oder die gemeinnützige GmbH (gGmbH) ist die VE-GmbH nicht auf gemeinnützige Zwecke festgelegt. Die Gesellschaft soll frei am Markt tätig sein und sich ihren Unternehmenszweck ungebunden aussuchen.

Bewertung des Gesetzesentwurfs

Der Gesetzesentwurf weist in seiner jetzigen Form noch einige Unstimmigkeiten auf. Darüber hinaus

überzeugen auch Argumente für die Notwendigkeit der Rechtsform schon im Ansatz nicht.

Keine ausreichende Absicherung des Asset Lock

Bereits der Asset Lock als Kern der VE-GmbH ist im Gesetzesentwurf unzureichend gegen Umgehungen abgesichert. Die Gesellschafter müssen zwar im Gesellschaftsvertrag „angemessene Vorkehrungen" zur Absicherung der Vermögensbindung treffen. Beispielhaft werden jährliche Berichtspflichten des Geschäftsführers vorgeschlagen. Derartige Informationspflichten dürften aber kaum abschrecken, weil Geschäftsführer und Gesellschafter häufig personenidentisch sind.

Daneben sieht der Gesetzesentwurf zwar eine festgeschriebene Haftung der Geschäftsführer und Gesellschafter für sämtliche Zahlungen, die gegen die Vermögensbindung verstoßen, vor. Fraglich ist aber, wer diese Ansprüche außerhalb der Insolvenz (hier macht es der Insolvenzverwalter) geltend machen soll. Eine wirkungsvolle und zwingende Absicherung ist dies jedenfalls nicht.

Umgehung des Asset Lock

Zudem hat der Gesellschafter eine Reihe von anderen Möglichkeiten, auf das Vermögen der VE-GmbH zuzugreifen. Er kann Rechtsgeschäfte mit der VE-GmbH abschließen und dadurch Verbindlichkeiten der VE-GmbH begründen. Solche Geschäfte müssen zwar stets „at arm's length" sein, also einem Drittvergleich mit fremden Dritten standhalten. Die Bestimmung eines angemessenen Rechtsgeschäfts oder einer angemessenen Vergütung sind aber praktisch schwierig und ungenau.

Die einfachste Umgehungsmöglichkeit besteht für den Gesellschafter-Geschäftsführer darin, sich selbst besonders hohe Gehälter auszuzahlen oder die VE-GmbH durch ein mit dem Gesellschafter verbundenes Unternehmen mit überteuerten Produkten beliefern zu lassen bzw. die Produkte der VE-GmbH vergünstigt an das verbundene Unternehmen zu veräußern. Häufig wird es schwierig sein, hier das Fehlen der Drittüblichkeit nachzuweisen. Zudem wird regelmäßig ein an der Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben interessierter Minderheitsgesellschafter oder Aufsichtsrat fehlen, so dass Verstöße unentdeckt bleiben.

VE-GmbH in der Krise

Auch ist die VE-GmbH für Geldgeber wenig attraktiv, da sie ihren Gesellschaftern bei Austritt lediglich ihre Einlage zurückzahlt. Kommt die VE-GmbH in Zahlungsschwierigkeiten, dürfte es nahezu unmöglich sein, Eigenkapitalgeber zu finden, die der VE-GmbH Liquidität zur Verfügung stellen. Ein finanzieller Anreiz für die Zurverfügungstellung von Eigenkapital besteht aufgrund der Konzeption der VE-GmbH gerade nicht. Ist niemand bereit, der Gesellschaft Eigenkapital zur Verfügung zu stellen, dürfte eine Fremdkapitalaufnahme üblicherweise ebenfalls praktisch ausgeschlossen sein. Gerät die VE-GmbH einmal in eine Schieflage, dürfte eine Sanierung deshalb häufig unmöglich sein.

Keine geeignete Rechtsform für Start-ups

Wie wenig durchdacht die neue Rechtsform ist, zeigt sich auch darin, dass der Anwendungsbereich insbesondere bei „jungen Gründern" im Rahmen von Start-ups liegen soll, die der Gesetzesbegründung zufolge vermehrt zu verantwortungsbewusstem Unternehmertum neigen. Es mag diese Tendenz geben. Allerdings leben gerade Start-ups von Investoren, die dem jungen Unternehmen finanzielle Mittel zur Verfügung stellen und im Gegenzug am

(hoffentlich zukünftigen) Erfolg des Unternehmens teilhaben. In der VE-GmbH partizipieren die Investoren aber eben nicht an den Gewinnen der Gesellschaft, da diese vollständig in der Gesellschaft verbleiben. Auch ein späterer gewinnbringender Verkauf der Anteile ist nicht möglich, da die Geschäftsanteile mangels Gewinnpartizipation allenfalls dem Wert der vom Gründer ursprünglich erbrachten Einlage entsprechen. Es wird sich zeigen, in welchem Umfang Investoren vor diesem Hintergrund dazu bereit sein werden, Start-ups aus altruistischem Antrieb ohne Aussicht auf eine Vermehrung des von ihnen eingesetzten Kapitals zu finanzieren.

Fazit

Der Wunsch nach einer nachhaltigen und stabilen Wirtschaftspraxis ist durchaus zu begrüßen. Anreize der Gewinnmaximierung zurückzustellen und das beständige Wohl der Gesellschaft in den Fokus zu rücken, sind lobenswerte Ideen. Jedoch ist der aktuelle Gesetzesentwurf nicht ausgereift und wirft zahlreiche ungeklärte Fragen auf.

Anders als die aktuelle Gesetzesinitiative dies vermuten lässt, handeln viele Unternehmen bereits heute verantwortungsvoll. Gerade Familien- und Traditionsunternehmen sind sich ihrer Corporate Social Responsibility bewusst und handeln entsprechend. Entscheidend sind dabei die Unternehmer. Wollen diese nachhaltig handeln, finden sie auch im aktuellen Rechtsregime Mittel und Wege, ihre Vorstellungen umzusetzen. Das geltende GmbH-Recht bietet über die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags mit zwingenden Veto-Rechten, dem Einsatz von Treuhändern oder anderen Sicherungsmitteln hinreichend Flexibilität. Wer eine strengere Vermögensbindung möchte, kann die Rechtsform einer Stiftung wählen, durch die sich das Vermögen verselbständigt und einen Rückfluss an den Stifter im Grundsatz nicht zulässt. Inwiefern daneben noch ein Bedürfnis an einer VE-GmbH besteht, konnte noch nicht überzeugend dargelegt werden.

Bei sämtlichen Fragen zum Gesellschaftsrecht stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

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

Thomas Mäuser
0221 650 65-224
thomas.maeuser@loschelder.de

Versicherungsrecht

Grundzüge der Versicherungsmaklerhaftung am aktuellen Beispiel der Betriebsschließungsversicherung

Im Zuge der Corona-Pandemie haben viele Versicherungsnehmer ihre Versicherer wegen Ansprüchen aus ihren Betriebsschließungsversicherungen, teils erfolgreich, überwiegend jedoch erfolglos verklagt. Darüber hatten wir bereits in der letzten Ausgabe von Recht Aktuell berichtet. Zahlreiche Zivilprozesse sind noch anhängig und noch nicht entschieden.

Bleibt eine Inanspruchnahme des Versicherers erfolglos, insbesondere, weil das Corona-Virus nicht vom Versicherungsschutz erfasst ist, stellt sich bei Beauftragung eines Versicherungsmaklers die Frage, ob dieser seine Beratungspflichten verletzt hat und damit auf Schadensersatz haftet. Dieselbe Frage stellt sich, wenn der Versicherungsmakler, trotz Bestehens eines umfassenden Maklerauftrags, gar nicht zur Betriebsschließungsversicherung geraten hat und deshalb keine entsprechende Versicherung abgeschlossen wurde.

Im Folgenden werden die Grundzüge der Haftung des Versicherungsvermittlers anhand der Betriebsschließungsversicherung näher erläutert.

Allgemeines zur Betriebsschließungsversicherung

Viele Gastronomie- und Hotelbetriebe haben Betriebsschließungsversicherungen abgeschlossen, um sich gegen Umsatzausfälle wegen hoheitlich angeordneter Schließungen aufgrund von Krankheiten oder Krankheitserregern zu schützen. Auf dem Markt sind zahlreiche Bedingungswerke verfügbar, die einen unterschiedlich guten Versicherungsschutz bieten. Eine der wichtigsten Fragen ist dabei, ob die Versicherungsbedingungen auch Schließungen aufgrund von Krankheiten oder Krankheitserregern abdecken, die bei Abschluss der Versicherung noch nicht bekannt bzw. noch nicht Teil des Infektionsschutzgesetzes („IfSG“) waren. Es gibt drei Varianten von Bedingungswerken, die häufig verwendet werden:

In der ersten Variante verweisen die Versicherungsbedingungen auf das IfSG in einer bestimmten Fassung. In der zweiten Fassung sind Schließungen aufgrund der, in den §§ 6 und 7 IfSG namentlich genannten Krankheiten und Krankheitserregern versichert. Die Auslegung dieser Bedingungswerke ist höchst umstritten und es sind zahlreiche Klagen vor den Zivilgerichten anhängig, in denen um die Auslegung dieser Klauseln gestritten wird. Streitig ist, je nach Ausgestaltung der Versicherungsbedingungen insbesondere, ob Schließungen aufgrund des neuartigen Coronavirus von den Versicherungsbedingungen erfasst sind. Eindeutiger ist die Auslegung der dritten Variante der Bedingungswerke. In dieser wird auf das IfSG in der jeweils gültigen Fassung verwiesen. Dieses Bedingungswerk enthält damit eine dynamische Verweisung auf das IfSG, sodass Schließungen aufgrund des Coronavirus eindeutig erfasst sind.

Auch hinsichtlich der Höhe der Entschädigung enthalten die jeweiligen Bedingungswerke zum Teil sehr unterschiedliche Klauseln, die jeweils mehr oder weniger eindeutig formuliert und unterschiedlich günstig für die Versicherungsnehmer sind. So beträgt die jeweilige Haftzeit zumeist zwischen 30 und 60 Tagen. Zum Teil wird auf den Rohgewinn abgestellt, in anderen Versicherungsbedingungen wird die Entschädigung anhand der Umsatzzahlen berechnet. Schließlich

gibt es auch Versicherungsbedingungen, in denen feste Tagesentschädigungen vereinbart sind. Auch im Rahmen der Entschädigungsberechnung gibt es zum Teil, aufgrund von unklaren Formulierungen der Versicherungsbedingungen, erhebliches Streitpotential.

Allgemeine Pflichten des Versicherungsmaklers

Versicherungsmakler treffen gegenüber den Versicherungsnehmern umfangreiche Pflichten, zum einen direkt aus dem Versicherungsvertrag, zum anderen aus §§ 60 ff. VVG. Dabei ist auch die besondere Rechtsstellung des Versicherungsmaklers zum Versicherungsnehmer zu berücksichtigen. Der Versicherungsmakler hat in der Regel ein enges Verhältnis zum Versicherungsnehmer, indem er diesen, häufig in Form eines Dauerschuldverhältnisses, über längere Zeit umfassend betreut und berät.

Der Versicherungsmakler hat die Funktion eines „treuhänderischen Sachwalters". Dies bedeutet, dass der Versicherungsmakler von sich aus eine Risikoanalyse und Prüfung vornehmen und den Versicherungsnehmer ständig, unverzüglich und ungefragt zu seinem Versicherungsschutz beraten und unterrichten muss. Daraus ergibt sich die Pflicht des Versicherungsmaklers, sowohl einen angemessenen Versicherungsschutz für den Versicherungsnehmer zu besorgen, als auch den Versicherungsnehmer während des laufenden Versicherungsvertrags zu beraten und zu betreuen. Insbesondere hat der Versicherungsmakler eine Marktbeobachtungspflicht. Das bedeutet, dass er sich über die für den Versicherungsnehmer notwendigen Versicherungsprodukte permanent auf dem Laufenden halten und den Versicherungsschutz des Versicherungsnehmers laufend anhand aktueller Entwicklungen und neuer Versicherungsprodukte überprüfen und ggf. anpassen muss.

Gemäß § 61 Abs. 1 Satz 1 VVG hat der Versicherungsmakler den Versicherungsnehmer, soweit nach der Schwierigkeit, die angebotene Versicherung zu beurteilen, oder der Person des Versicherungsnehmers hierfür Anlass besteht, nach seinen Wünschen und Bedürfnissen zu befragen und, unter Berücksichtigung eines angemessenen Verhältnisses zwischen Beratungsaufwand und der vom Versicherungsnehmer zu zahlenden Prämien, zu beraten. Diese Beratung hat der Versicherungsmakler gemäß § 61 Abs. 1 Satz 2 VVG zu dokumentieren. Darüber hinaus muss der Versicherungsmakler dem Versicherungsnehmer die entsprechenden Informationen zu einem bestimmten Zeitpunkt in Textform zukommen lassen. Damit treffen den Versicherungsmakler im Zeitpunkt der Anbahnung des Versicherungsvertrags insbesondere Pflichten der Risikountersuchung und Deckungsanalyse. Ferner muss der Versicherungsmakler seiner Empfehlung eine hinreichende Zahl von Versicherungsprodukten und Versicherern zugrunde legen. Der Versicherungsmakler hat damit die Pflicht, zu ermitteln, welche Risiken bei welchem Versicherer zu welcher Prämie abgedeckt sind. Die Ergebnisse dieser Untersuchung sind gemeinsam mit dem Versicherungsnehmer zu erörtern. So soll der passendste Versicherungsschutz im Sinne eines „best advice" für den Versicherungsnehmer gefunden werden.

Verstößt der Versicherungsmakler gegen seine Pflichten aus §§ 61, 62 VVG bei der Anbahnung des Vertrags, kommen Ansprüche aus § 63 Satz 1 VVG in Betracht. Während des laufenden Versicherungsverhältnisses bestehen darüber hinaus ggf. Ansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. dem Versicherungsvertrag, wenn der Versicherungsmakler schuldhaft seine Pflichten verletzt hat.

Pflichten des Versicherungsmaklers in der Betriebsschließungsversicherung bei der Anbahnung des Versicherungsvertrages

Eine Verletzung von Beratungspflichten des Versicherungsmaklers kommt in den Fällen in Betracht, in denen sie entweder überhaupt nicht zur Möglichkeit oder gar Notwendigkeit des

Abschlusses einer Betriebsschließungsversicherung beraten haben oder in denen für den Versicherungsnehmer ungünstige Versicherungsbedingungen, insbesondere hinsichtlich des Umfangs des Versicherungsschutzes, aber auch hinsichtlich der Entschädigungsberechnung abgeschlossen worden sind.

Geht man davon aus, dass ein pflichtgemäß handelnder Versicherungsmakler die verschiedenen Versicherungsprodukte analysiert und verglichen hätte, hätten jedem Versicherungsmakler bereits die unterschiedlichen Formulierungen in den Versicherungsbedingungen auffallen müssen, insbesondere die Frage, ob die Versicherungsbedingungen eine „starre“ oder eine „dynamische“ Verweisung auf das IfSG vorsehen. Darüber hinaus hätte ein sorgfältig handelnder Versicherungsmakler auch die unterschiedlichen Möglichkeiten der Entschädigungsberechnung bemerken müssen. Daraus hätte der Versicherungsmakler die entsprechenden Konsequenzen ziehen und die unterschiedlichen Deckungskonzepte mit dem Versicherungsnehmer, auch im Hinblick auf die Bedürfnisse des Versicherungsnehmers und seine Bereitschaft zur Prämienzahlung, besprechen müssen.

Zwar muss der Makler nicht auf jede zu erwartende Gefahr hinweisen, sondern nur, wenn ein entsprechender „Anlass“ besteht. Allerdings ist zu beachten, dass der Versicherungsnehmer eine Betriebsschließung gerade deswegen abschließt, um sich vor einer betrieblichen Schließung aufgrund von Krankheiten und Krankheitserregern i. S. d. IfSG abzusichern. Angesichts der in den letzten Jahren zahlreichen neuen Krankheiten und Krankheitserregern (MERS, SARS, Ebola, etc.), hätte ein verständiger Versicherungsmakler die Option, dass die Schließung aufgrund eines in der Zukunft noch auftretenden Krankheitserregers erfolgt, zumindest in Betracht ziehen müssen. Ein lückenhafter Versicherungsschutz kann dazu führen, dass der Sinn und Zweck einer Betriebsschließungsversicherung nicht mehr gegeben ist. Daraus folgt die Pflicht des Versicherungsmaklers, auf eine ausreichende Deckung zu achten. Ist dies nicht erfolgt, so liegt ein Verstoß gegen § 61 Abs. 1 Satz 1 VVG vor.

Die Beweislast für die Pflichtverletzung und den Schaden trägt grundsätzlich der Versicherungsnehmer. Allerdings trifft den Versicherungsmakler eine sekundäre Darlegungslast, weil die Pflichtverletzung des Versicherungsmaklers für den Versicherungsnehmer in der Regel schwerer zu beweisen ist. Damit ist es in diesen Fällen ausreichend, wenn der Versicherungsnehmer die Pflichtverletzung des Versicherungsmaklers schlüssig darlegt. Es liegt dann an dem Versicherungsmakler, Tatsachen vorzutragen, die das Vorliegen einer Pflichtverletzung widerlegen. Das Vertretenmüssen des Versicherungsmaklers wird nach § 63 Satz 2 VVG vermutet.

Pflichten des Versicherungsmaklers in der Betriebsschließungsversicherung während der Dauer des Versicherungsvertrages

Während des laufenden Versicherungsvertrags können sich Ansprüche des Versicherungsnehmers gegen den Versicherungsmakler aus § 280 Abs. 1 BGB ergeben. Aus dem Maklervertrag ergeben sich umfassende Beratungs- und Betreuungspflichten sowie eine Unterstützungspflicht bei Eintritt des Versicherungsfalles. Dabei hat der Versicherungsmakler den Versicherungsschutz fortlaufend zu überprüfen und auch auf aktuelle Geschehnisse zu reagieren, die den Versicherungsschutz gefährden können.

Der Ausbruch des Coronavirus in China gegen Ende des Jahres 2019 und die rasche Ausbreitung dieses Virus auch in andere Länder, hätte einem sorgfältigen Versicherungsnehmer Anlass geben müssen, den Versicherungsschutz zu überprüfen und den Versicherungsnehmer auf Deckungslücken hinzuweisen. Insbesondere in den Fällen, in denen der Versicherungsmakler zuvor von der Vermittlung und Beratung zu einer Betriebsschließungsversicherung abgesehen hatte, hätte diese Entwicklung einen Anlass dafür geben

müssen, den Versicherungsschutz zu überprüfen und ggf. noch eine Betriebsschließungsversicherung zu vermitteln bzw. dem Versicherungsnehmer ein entsprechendes Angebot zu unterbreiten. Die Vermittlung von Betriebsschließungsversicherungen war noch bis März 2020 möglich und viele Versicherungsmakler haben auch von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.

Fazit

Den Versicherungsmakler treffen umfangreiche Hinweis-, Beratungs- und Dokumentationspflichten. Insbesondere muss er sich laufend über aktuelle Geschehnisse auf dem Laufenden halten und den Deckungsschutz des Versicherungsnehmers laufend überwachen und ggf. anpassen. Verstößt er gegen diese Pflichten können sich Schadensersatzansprüche aus § 63 Satz 1 VVG sowie aus § 280 Abs. 1 VVG ergeben.

Bei Fragen zum Versicherungsmaklerrecht und insgesamt zum Versicherungsrecht 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

Dr. Elena Gubenko
0221 650 65-214
elena.gubenko@loschelder.de

Agreement
CONTRACT
Legal
Terms and conditions

Digitalisierungsrecht

Das neue digitale Vertragsrecht

Das Angebot digitaler Produkte steigt stetig. Kaum ein Arbeitsbereich, kaum ein privater Lebensbereich ist davon unberührt. Nun steht auch aus rechtlicher Sicht die „Digitalisierung" vor der Tür: In wenigen Wochen wird ein neuer Abschnitt Einzug in das BGB halten, der spezifische Regelungen für die Vertragsgestaltung enthält, wenn Verbrauchern digitale Produkte angeboten werden. Diese kleine Revolution bringt einigen Anpassungsbedarf bei der Vertrags- und Produktgestaltung mit sich. Ab dem 1. Januar 2022 gilt dann das neue Recht.

Auslöser der Neuregelungen

Im Gesetzgebungsverfahren befindet sich aktuell der Vorschlag, in den §§ 327 ff. BGB einen neuen Titel zu schaffen: „Verträge über digitale Produkte" (BGB-DID-E). Geplant ist, das Gesetzgebungsverfahren noch bis zur Sommerpause abzuschließen: bis zum 1. Januar 2022 müssten dann sämtliche Verträge an das neue Recht angepasst sein.

Auslöser der Neuregelungen ist eine EU-Richtlinie, die sog. Digitale Inhalte-Richtlinie (EU) Nr. 2019/770 (DID-RL), die erstmals einen einheitlichen Rechtsrahmen für das digitale Vertragsrecht in Europa schaffen soll. Sie ist das Überbleibsel des ursprünglich deutlich größeren Projekts, einen EU-weit einheitlichen Rahmen für das Vertragsrecht insgesamt zu etablieren. Ziel der DID-RL ist es nun noch, zumindest den Verbraucherschutz im digitalen Bereich europaweit zu vereinheitlichen.

Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der neuen Regelungen ist weit gefasst. Anzuwenden sind die geplanten Neuregelungen auf Verbraucherverträge, unter denen Unternehmen Verbrauchern als Austauschverträge (also mit Gegenleistung des Verbrauchers) digitale Produkte bereitstellen.

Als „digitales Produkt" ist dabei fast jedes Angebot zu qualifizieren, welches einen digitalen Bezug aufweist: Digitale Inhalte und Dienstleistungen können etwa Cloud-Angebote, eine App, Streaming-Dienste, eBooks oder vieles mehr sein, ggf. sogar die Website, bei der nach einer Einwilligung in Werbetracking gefragt wird, um diese zu refinanzieren. Auch digitale Elemente von Paket- und kombinierten Verträgen können erfasst sein, wie bei Smart Products oder wenn etwa das Fernsehgerät gekoppelt mit einem Streamingangebot vertrieben wird.

Ausgenommen sind lediglich solche Produkte, die schon heute einer strikten Regulierung unterworfen sind. Darunter fallen zum Beispiel Verträge über elektronische Kommunikationsdienste, Behandlungsverträge zwischen Arzt und Patient oder Verträge über Finanzdienstleistungen. Für die Praxis relevant ist außerdem die Ausnahme von Verträgen über Open-Source-Software, wenn diese tatsächlich ohne Bezahlung und ohne alternative Verarbeitung personenbezogener Daten bereitgestellt wird.

Gegenleistung – Das „Zahlen mit Daten“

Voraussetzung für die Eröffnung des Anwendungsbereichs ist, dass der Verbraucher für die Bereitstellung der digitalen Produkte eine Gegenleistung erbringt. Dies kann eine Geldzahlung sein, auch in einer Kryptowährung, oder ein „elektronischer Gutschein“.

Neu ist, dass erstmals ausdrücklich das „Zahlen mit Daten“ normiert wird, als potentielle Gegenleistung. In der Praxis wird dies schon seit langem praktiziert, man denke etwa an Payback oder App-Angebote gegen Werbeeinwilligung. Das Recht verschloss sich bislang aber einer entsprechenden Regelung.

Eingeführt wird nun, dass die für die Anwendbarkeit der Normen erforderliche Gegenleistung auch in der Bereitstellung solcher personenbezogener Daten liegen kann, die nicht für die Vertragserfüllung selbst erforderlich sind. Personenbezogene Daten werden damit auch gesetzlich zum „Zahlungsmittel“, wenn der Verbraucher ein „Mehr“ bereitstellt, als zur Vertragsabwicklung ohnehin notwendig ist. Die Einführung der Regelung war hoch umstritten, Kritiker befürchten einen „Ausverkauf von Daten“. De facto indes regelt und reguliert der Gesetzgeber nun – schützend –, was im Markt ohnehin seit langem etabliert ist.

Brisant wird die Regelung mit Blick auf die Entwurfsbegründung, die damit einhergehend auch die Annahme eines Vertragsschlusses erheblich ausweiten will: Diskutiert wird, ob schon das passive Bereitstellen von Daten durch einen Verbraucher, etwa durch Klick auf „Einwilligung in Werbetracking“ auf einer Homepage, zu einem Vertragsschluss führt. Dies erscheint problematisch, da hier wohl regelmäßig weder Websitebetreiber noch Besucher von einem verpflichtenden Austauschverhältnis ausgehen. Auch kennen die Websitebetreiber ihre Nutzer regelmäßig nicht. In der Praxis würde ein solch weites Verständnis zu ganz erheblichen Problemen führen. Die besseren Argumente sprechen denn auch gegen einen Vertragsschluss in diesen Konstellationen.

Ein weiteres Novum stellt eine Regelung zu spezifischen vertragsrechtlichen Folgen dar, wenn ein Verbraucher datenschutzrechtliche Betroffenenrechte ausübt: Ist dem Unternehmen danach ein Festhalten am Vertrag unzumutbar, kann gekündigt werden. Dies ist etwa dann relevant, wenn ein Verbraucher „Daten“ als Gegenleistung hingegeben hat, seine darauf bezogene Einwilligung dann aber widerruft und der Unternehmer so die Gegenleistung wieder verliert. Inwieweit diese Vorgabe mit dem Datenschutzrecht vereinbar ist, insbesondere dem in Art. 7 Abs. 4 DSGVO verankerten Kopplungsverbot, wird aktuell streitig diskutiert.

Updatepflicht

Besonders weitreichende Auswirkungen in der Praxis dürften die neuen „Updatepflichten“ mit sich bringen: Danach müssen Aktualisierungen während der gesamten Vertragslaufzeit und darüber hinaus solange erfolgen, wie der Verbraucher „aufgrund der Art und des Zwecks“ der digitalen Produkte „unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags“ dies „vernünftigerweise“ erwarten kann. Eine Einstellung der Updates für Windows 7 wäre danach vermutlich nicht mehr zulässig, da ein Großteil der Verbraucher weitere Updates als erforderlich ansehen dürfte. Die Neuregelung weitet damit die Pflicht zur Bereitstellung von Updates erheblich aus.

Mängelbegriff und Folgeansprüche

Für den Fall, dass die Bereitstellung des digitalen Produkts unterbleibt, normiert das neue Recht

eigene Rechtsbehelfe des Verbrauchers, die auf die allgemeinen Regeln verweisen, diese jedoch konkretisieren und zum Teil modifizieren.

Entspricht die Bereitstellung inhaltlich nicht den Erwartungen des Verbrauchers, werden weitere Folgen geregelt: Der Unternehmer muss das digitale Produkt frei von Produkt- und Rechtsmängeln bereitstellen. Dafür muss es „den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Anforderungen an die Integration entsprechen".

Der Mangelbegriff wird damit erweitert und stellt die Praxis vor ganz erhebliche neue Anforderungen: Soll von den objektiven Anforderungen abgewichen werden, muss der Verbraucher künftig über die Abweichung explizit belehrt werden. Notwendig wird ein Hinweis mit eigener Bestätigung des Verbrauchers, wie sie heute etwa bereits für die Widerrufsbelehrung bekannt ist. Der Hinweis muss getrennt vom übrigen Vertragstext erfolgen und vom Verbraucher aktiv und gesondert bestätigt werden, etwa durch einen „Klick".

Änderungsrechte

Änderungen an den digitalen Produkten während der Vertragslaufzeit sind dem Unternehmer nur noch in sehr eingeschränktem Umfang erlaubt. Ein Änderungsrecht kommt nur bei Vorliegen eines wichtigen Grunds in Betracht und muss im Vertrag erlaubt sein, dem Verbraucher dürfen keine zusätzlichen Kosten entstehen und er muss klar und verständlich über die Änderung in Kenntnis gesetzt werden. Bei Beeinträchtigungen steht dem Kunden ein Kündigungsrecht zu. Die engen Grenzen des Änderungsrechts werden dazu führen, dass in der Praxis etliche digitale Produkte auch in Vorversionen noch anzubieten und zu pflegen sein werden, einschließlich regelmäßiger Updates.

Weiterverwendung von Produkt und Daten nach Vertragsbeendigung

Im Falle der Vertragsbeendigung darf der Verbraucher das digitale Produkt weder weiter nutzen noch Dritten zur Verfügung stellen. Inhalte sind dem Verbraucher auf Verlangen bereitzustellen. Diese Vorgabe erinnert an das Recht auf Datenportabilität gemäß Art. 20 DSGVO.

Auf Seiten des Unternehmers wird in diesem Fall die Weiterverwendung von Inhalten beschränkt: Nicht-personenbezogene Daten, die der Verbraucher bei Nutzung des digitalen Produkts bereitgestellt oder erstellt hat, dürfen nach Vertragsbeendigung grundsätzlich nicht weiter genutzt werden. Ausnahmen gelten nur in engen Grenzen, etwa, wenn die Daten aggregiert werden oder außerhalb des Produkts keinen Nutzen haben. Für personenbezogene Daten soll abschließend und ausschließlich das Datenschutzrecht, insbesondere die DSGVO, gelten.

In der Praxis kann diese Regelung enorme Auswirkungen für die Fortentwicklung von Geschäftsmodellen zeitigen, da hier eine wesentliche Verwendungsbeschränkung etabliert wird.

Auswirkungen auf B2B-Verträge?

Unmittelbar gelten die Neuregelungen nur für Verbraucherverträge und gerade nicht für Verträge zwischen Unternehmern, die sich auf die direkte und alleinige Bereitstellung digitaler Produkte für das jeweilige Unternehmen beziehen.

Allerdings dürften sich die Neuregelungen auch auf Verträge zwischen Unternehmern auswirken: Die Anforderungen an die Update-Pflicht könnten sich beispielsweise auch im B2B-Bereich als Marktstandard durchsetzen. Ebenso ist im Rahmen der AGB-Kontrolle eine solche Ausstrahl-

wirkung denkbar. Zudem sollte der Einfachheit der Anwendung halber in der Praxis überlegt werden, ob es sich künftig noch lohnt, strikt zwischen den Produktlinien im Angebot für Verbraucher und Unternehmer zu differenzieren, oder ob es nicht mehr Sinn ergibt, die schärferen Verbraucherschutzvorschriften auch auf die Verträge zu übertragen, die mit Unternehmen geschlossen werden. Zu berücksichtigen sind außerdem schon jetzt geregelte mögliche Rückgriffsansprüche des Unternehmers in den §§ 327t, 327u BGB-DID-RegE: Schuldet der Unternehmer Aufwendungsersatz wegen unterbliebener, verzögerter oder mangelhafter Bereitstellung, hat er Rückgriffsansprüche gegen Vertriebspartner.

Ausblick

Unternehmen sollten sich schon jetzt und zügig mit der Umsetzung der neuen Vorschriften auseinandersetzen, die voraussichtlich noch vor der Sommerpause das Gesetzgebungsverfahren passieren dürften. So ist zu überprüfen, ob die Produktkonzeption dem neuen Mängelbegriff genügt. Auch sollten Prozesse eingerichtet werden, die die Einhaltung von Neuregelungen wie der Aktualisierungspflicht ermöglichen. Ebenso sollte auf die Erfüllung der Informationspflichten geachtet werden und diese auch organisatorisch ggf. optimiert werden. Standardverträge und allgemeine Geschäftsbedingungen, die (auch) Verträge über digitale Produkte regeln, sind auf Übereinstimmung mit den neuen Vorgaben zu überprüfen und ggf. anzupassen. Im Falle eines Verstoßes drohen ansonsten kostenpflichtige Abmahnungen durch Wettbewerber wie auch Verbraucherschutzverbände – anzuwenden sind die Neuregelungen auf alle neuen Verträge, die ab dem 1. Januar 2022 geschlossen werden, und auch in bereits zuvor begonnenen Dauerschuldverhältnissen für den Zeitraum ab dem 1. Januar 2022.

Bei Fragen zur rechtskonformen Gestaltung digitaler Produkte steht Ihnen gerne zur Verfügung:

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

In eigener Sache

Nachruf

Unser Partner Dr. F. Thilo Klingbeil ist am 12. Februar 2021 nach kurzer, schwerer Krankheit im Alter von 61 Jahren verstorben. Sein Tod hat uns sehr getroffen und ist für uns alle ein schwerer Verlust.

Dr. Klingbeil studierte Rechtswissenschaften, politische Wissenschaften und Geschichte an den Universitäten Freiburg, Paris und Bonn, war Referendar in Bonn und Brüssel, Mitarbeiter am völker- und europarechtlichen Lehrstuhl der Universität Bonn und promovierte dort über EU-Beihilferecht. 1992 trat er in die Sozietät Gaedertz ein, deren Partner er 1997 wurde. Mit dem Kölner Standort schloss er sich 2001 der englischen Sozietät Norton Rose an. Zusammen mit acht Partnern gründete er sodann 2002 Loschelder Rechtsanwälte.

Dr. Klingbeil hat über viele Jahrzehnte unermüdlich und mit hoher Energie die Interessen seiner Mandanten wahrgenommen. Im Vergaberecht – auf das er sich früh spezialisiert hatte – beriet er deutsche und internationale Unternehmen zu Auftrags- und Projektvergaben und vertrat sie in Vergabenachprüfungsverfahren. Er beriet Mandanten in allen Fragen des deutschen und europäischen Kartellrechts und IT-Rechts und verfügte zudem über große Erfahrung bei komplexen wirtschaftsrechtlichen und luftverkehrsrechtlichen Fragestellungen.

Dr. Klingbeil hat regelmäßig Vorträge zu IT- und luftverkehrsrechtlichen Themen gehalten und war Fachautor in Standardwerken zum IT-Recht und Kartellrecht. Er war Co-Chair der Practice-Group Antitrust im weltweiten Anwaltsnetzwerk Terralex sowie Mitglied der Studienvereinigung Kartellrecht.

Thilo Klingbeil war ein glänzender Jurist, herausragender Rechtsanwalt, geduldiger Mentor und leidenschaftlicher Partner unserer Sozietät. Seine Impulse wirken fort. Mit seinem bewundernswerten Arbeitsethos, seinem ausgleichenden Charakter und seiner zuwendenden Persönlichkeit war er für alle, die mit ihm zusammenarbeiten durften, ein Vorbild. Unsere Mandanten und wir verlieren einen hochgeschätzten und fairen Partner und Kollegen, einen feinen Menschen und guten Freund.

Wir werden Thilo Klingbeil sehr vermissen und ihm ein ehrendes und lebendiges Andenken bewahren. Unser Mitgefühl gilt seiner Familie.

Das „Handbuch Baunebenrechte“ geht in die 2. Runde

Anfang 2017 erschien das „Handbuch Baunebenrechte“ in erster Auflage. Das von Frau Rechtsanwältin Dr. Birgit Franz herausgegebene Werk stellte in neun Kapiteln alle Rechtsbereiche dar, die zwar nicht Baurecht im engeren Sinne, aber in der Baubranche von besonderer Bedeutung sind. Das Buch füllte eine Lücke, weil die behandelten Nebenrechte erhebliche bauspezifische Besonderheiten aufweisen, die in allgemeinen Darstellungen des jeweiligen Rechtsgebiets kaum thematisiert werden. Das Handbuch sollte allen im Baubereich tätigen Juristen bei der Bearbeitung rechtlicher Fragestellungen helfen – praxisnah und zugleich auf wissenschaftlichem Niveau.
Die 1. Auflage wurde sehr positiv aufgenommen, so dass bereits Mitte 2019 die Arbeiten an der 2. Auflage begannen. Diese hat sich nun coronabedingt etwas verzögert – insbesondere, weil die Autoren auch die Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die behandelten Themen praxisnah darstellen wollten.

Soeben ist die 2. Auflage erschienen, und wie in der Erstauflage übernahm Dr. Mirko Ehrich das Kapitel zum Bauversicherungsrecht, während Dr. Sebastian Pelzer und Arne Gehrke, LL.M., das Bauarbeitsrecht beisteuerten. Weitere Kapitel, sämtlich von namhaften Praktikern geschrieben, sind etwa dem Insolvenzrecht, dem Gesellschaftsrecht und dem Strafrecht gewidmet.

Veröffentlichungen

Dr. Stefan Freh / Farzan Daneshian, LL.M.
Corona-Testpflicht am Arbeitsplatz – Dürfen Arbeitgeber Corona-Tests anordnen?
ArbRB 2021, S. 146 ff.

Dr. Söre Jötten
Der untätige Bauträger
BauR 2021, S. 1 ff.

Dr. Söre Jötten
Anmerkung zu OLG Köln, Urteil v. 11.10.2018 – Az. 3 U 45/16 – Gewährleistungsansprüche verjährt wegen beschränkter Streitverkündung!
IBR 2021, S. 2452

Dr. Söre Jötten
Anmerkung zu OLG Stuttgart, Urteil v. 07.05.2020 – Az. 7 U 504/19 – Auch in der All-Risk-Projektversicherung besteht grundsätzlich kein Direktanspruch gegen den Versicherer!
IBR 2021, S. 2451

Dr. Kristina Schreiber
Das Energiewirtschaftsrecht im Jahr 2020
N&R 2/2021, S. 77 ff.

Dr. Kristina Schreiber
Personenbezogene Daten als Währung. Neue Vorschriften für das „Bezahlen mit Daten“
ZdiW 3/2021, S. 93 ff.

Dr. Sandra Orlikowski-Wolf / Dr. Elena Gubenko
Anmerkung zu LG Dresden, Urteil v. 26.11.2020, Az. 42 HK O 73/20 – Betriebsschließungsversicherung
COVuR 2021, S. 157

Dr. Kristina Schreiber
Das neue digitale Vertragsrecht: Was gilt künftig für Verträge über digitale Produkte?
ZdiW 2/2021, S. 48 ff.

Dr. Sandra Orlikowski-Wolf
Anmerkung zum Urteil des BGH, Urteil v. 18.11.2020, Az. IV ZR 217/19 – Versicherungsschutz für Ansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG unter einer D&O-Versicherung
NJW 2021, S. 234

Dr. Simon Kohm
Anmerkung zu BGH, Urteil v. 23.09.2020, Az. KZR 4/19 – Einwand der Vorteilsausgleichung bei dann unbilliger Entlastung ausgeschlossen
GRUR-Prax 2021, S. 93 (zusammen mit Hendrik Eppelmann)

Dr. Stefan Maaßen, LL.M.
Der Bußgeldtatbestand des § 19 UWG-E
GRUR-Prax 2021, S. 41 ff.

Dr. Thilo Klingbeil / Dr. Simon Kohm
Datenschutzfreundliche Technikgestaltung und ihre vertraglichen Implikationen
MMR 2021, S. 3 ff.

Dr. Stefan Maaßen, LL.M.
UWG-Ansprüche für Verbraucher – zu § 9 II UWG-E
GRUR-Prax 2021, S. 7 ff.

Veranstaltungen

Dr. Detlef Grimm / Dr. Jonas Singraven
Überwachung im Arbeitsverhältnis
01.07.2021 / Online Seminar
DeutscheAnwaltAkademie

Dr. Stefan Maaßen, LL.M.
Kompaktkurs Wettbewerbsrecht
30.09.– 01.10.2021 in Frankfurt am Main
DeutscheAnwaltAkademie

Dr. Detlef Grimm / Dr. Stefan Freh
Die Betriebsratswahl 2022
05.11.2021 in Hamburg
DeutscheAnwaltAkademie

Dr. Detlef Grimm
Beschäftigtendatenschutz
30.11.2021 in Köln
Verlag Dr. Otto Schmidt

Dr. Detlef Grimm / Dr. Stefan Freh
Interessenausgleich und Sozialplan
03.12.2021 in Stuttgart
DeutscheAnwaltAkademie

Dr. Stefan Maaßen, LL.M. / Dr. Martin Brock
Know-how Schutz im Betrieb – An der Schnittstelle von Arbeitsrecht und GeschGehG
10.12.2021 in Frankfurt am Main
DeutscheAnwaltAkademie

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

Loschelder

Konrad-Adenauer-Ufer 11
50668 Köln

0221 650 65-0
www.loschelder.de