

# rechtAktuell

Januar 2022



LOSCHELDER

# Inhalt

|  |       |   |       |
|--|-------|---|-------|
| Update Anordnungsrechte  | S. 03 | Preisanpassung wegen gestiegener Rohstoff- und Energiekosten  | S. 35 |
| Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts  | S. 07 | Beurkundungserfordernisse in der gesellschaftsrechtlichen Beratung von GmbHs  | S. 39 |
| Ungeimpfte Arbeitnehmer in Quarantäne erhalten ab 1. November 2021 keine Entschädigung gem. § 56 IfSG mehr   | S. 11 | Klimaklagen – Stand und Ausblick  | S. 43 |
| BAG: Erschütterung des Beweiswertes einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung                                   | S. 15 | Wer hat Angst vor dem Umwandlungsverbot? Eine Betrachtung der Genehmigungsvorbehalte für die Bildung von Wohnungseigentum | S. 51 |
| D&O-Versicherung: Gewährung vorläufiger Abwehrkosten im Wege einer einstweiligen Verfügung                   | S. 19 | #werbung – BGH trifft Grundsatzentscheidungen zur Kennzeichnungspflicht von Influencern                                   | S. 55 |
| Ein neues Gesetz für Websites und andere Online-Angebote: Das Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz | S. 23 | Rechtsprechungsübersicht zur Betriebsschließungsver-sicherung   | S. 61 |
| Bezahlen mit Daten: Was künftig gilt, wenn die eigenen Daten zur Währung werden                              | S. 29 | In eigener Sache  | S. 66 |

# 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](http://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](mailto:recht.aktuell@loschelder.de)

### Datenschutzhinweise

Unter [www.loschelder.de/de/datenschutz](http://www.loschelder.de/de/datenschutz); auf Anfrage per Post und E-Mail.



# Bau- und Architektenrecht

## Update Anordnungsrechte

### Neuregelung 2018

Seit 2018 gilt das „Neue Bauvertragsrecht“. Anders als diese geläufige Bezeichnung vermuten lässt, handelt es sich nicht um umfassende Neuregelungen. Vielmehr wurden die bekannten Regelungen inhaltlich um einige zentrale Neuregelungen ergänzt. Während bei Inkrafttreten noch eine gewisse Unsicherheit im Umgang mit den Neuregelungen herrschte, hat man sich mittlerweile auf sie eingestellt. Rund vier Jahre nach Inkrafttreten lohnt sich also ein Blick auf die zentralen Änderungen und den Umgang mit ihnen.

### Anordnungsrechte im BGB

Eine wesentliche Neuregelung ist das Anordnungsrecht des Auftraggebers. Der Auftraggeber kann nun Vertragsänderungen einseitig anordnen, also verbindlich vertraglich beauftragen (§ 650b BGB). Das war bislang nur bei Vereinbarung der VOB/B möglich (§ 1 Abs. 3, 4 VOB/B). Inhaltlich umfasst das Anordnungsrecht zum einen die Änderung des Werkerfolges (beispielsweise Klinkerfassade statt Putzfassade). Der Auftraggeber hat hier ein freies Anordnungsrecht und kann zunächst einmal Änderungen nach Belieben anordnen, allerdings im Rahmen des

Zumutbaren. Zum anderen sind Änderungen möglich, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind. Das sind vor allem Leistungen, die zur Ergänzung einer lückenhaften Leistungsbeschreibung erforderlich sind.

### Verkürzung der Verhandlungsphase in Bauverträgen

Der Weg zum Anordnungsrecht wurde aber von Anfang an als beschwerlich für den Auftraggeber angesehen. Vor allem muss er 30 Tage abwarten, bis er anordnen kann: Wenn die Parteien keine Einigung erzielen, kann der Auftraggeber erst 30 Tage nach Zugang des Änderungsbegehrens die Änderung anordnen. 30 Tage sind aus Sicht des Auftraggebers beim üblichen Bauablauf viel Zeit, der Auftragnehmer kann also relativ einfach die Anordnung verhindern. In Bauverträgen hat sich daher eine Verkürzung dieser Verhandlungsphase (häufig auf 14 Tage) durchgesetzt.

Ob das allerdings in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers zulässig ist, ist ungeklärt. Entschieden wurde in der Rechtsprechung nur der umgekehrte Fall: Eine Verlängerung der Verhandlungsphase ist in Allgemeinen



Geschäftsbedingungen eines Fertighausanbieters unwirksam. Die Rechtsprechung will also an der Verhandlungsphase von 30 Tagen festhalten. Wenn die Vertragsparteien davon abweichen wollen, empfiehlt sich daher eine individuelle Vereinbarung durch Verhandeln, um der AGB-Kontrolle zu entgehen. Auch wenn es dann selten dazu kommt, dass der Bauherr das Anordnungsrecht durchsetzen muss, entsteht auf diese Weise Einigungsdruck.

### Anordnungsrechte der VOB/B sind möglicherweise unwirksam

An dieser Stelle lohnt ein Blick auf die parallele Regelung im VOB/B-Vertrag: Die VOB/B enthielten schon vor den Änderungen des BGB Anordnungsrechte (in § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B). Der Auftraggeber kann den Bauentwurf einseitig ändern und verlangen, dass der Auftragnehmer eine geänderte Leistung ausführt. Zudem kann der Auftraggeber zusätzliche Leistungen anordnen.

Die VOB/B enthält ein sofort ausübbares Anordnungsrecht ohne vorausgehende Verhandlungsphase. Es besteht also ein Widerspruch zu den Neuregelungen des BGB. Unterliegt der VOB/B-Vertrag der AGB-Kontrolle, was regelmäßig der Fall ist, müssen sich die Anordnungsrechte an den Neuregelungen im BGB als dem gesetzlichen Leitbild messen lassen. Es wird vielfach bezweifelt, dass die Anordnungsrechte der VOB/B, vor allem das weite Anordnungsrecht für Änderungen des Bauentwurfs (§ 1 Abs. 3 VOB/B), noch

wirksam sind. In der Rechtsprechung ist die Frage bislang ungeklärt, es ist aber gut möglich, dass sich die Anordnungsrechte der VOB/B als unwirksam erweisen. Die Vereinbarung der VOB/B ist also mit gewissen Risiken verbunden.

### Regelung der Nachtragsvergütung in Bauverträgen

Neben der 30-tägigen Verhandlungsphase wird in Bauverträgen häufig die Art und Weise der Vergütungsberechnung für geänderte Leistungen modifiziert. Die Höhe der Vergütung ist anhand der tatsächlich erforderlichen Kosten mit Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu berechnen (§ 650c Abs. 1 BGB). Die Parteien können vereinbaren, dass eine Urkalkulation hinterlegt wird. In diesem Fall kann der Auftragnehmer die Vergütung anhand der Urkalkulation ermitteln, er hat ein Wahlrecht (§ 650c Abs. 2 BGB).

Auftraggeber sind zum Teil bemüht, die Nachtragsberechnung allein auf Basis der Urkalkulation festzuschreiben. Das ist aber in AGB unwirksam, da dem Auftragnehmer nicht das Recht genommen werden darf, die Vergütung anhand der tatsächlichen Kosten zu berechnen.

Ist der Auftragnehmer ein Generalunternehmer, kann ihm gestattet werden, die tatsächlichen Kosten durch Vorlage eines Nachunternehmerangebotes zu belegen. Regelmäßig handelt es sich bei den Kosten des Nachunternehmerein-

## Bau- und Architektenrecht

satzes um erforderliche Kosten. Auch der Auftraggeber kann ein Interesse daran haben, dem Auftragnehmer die Kalkulation zu vereinfachen, damit die Beauftragung der Leistungsänderungen zügig und reibungslos erfolgt.

Sinnvoll ist es in jedem Fall, dass die Parteien die Prozentsätze für die angemessenen Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn einvernehmlich schon im Bauvertrag festlegen.

### Fazit

In Bauvertragsklauseln zu Anordnungsrechten haben sich vor allem zwei Regelungen durchgesetzt: Die Verhandlungsphase wird verkürzt und die Vergütungsberechnung genau bestimmt. Es bestehen aber Risiken, da die Klauseln häufig der AGB-Kontrolle unterliegen. Derartige Klauseln sollten verhandelt werden. Die Anordnungsrechte der VOB/B sind durch die Neuregelungen im BGB unter Druck geraten.

*Bei sämtlichen Fragen zum Bau- und Architektenrecht steht Ihnen gerne zur Verfügung:*

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





# Gesellschaftsrecht

## Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts

**Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), angekündigt als „die größte Reform des Personengesellschaftsrechts seit mehr als 120 Jahren“, wird am 1. Januar 2024 in Kraft treten. Es sieht tiefgreifende Änderungen des BGB-Gesellschaftsrechts vor, die der nachfolgende Beitrag überblicksartig beleuchten soll.**

### Einleitung

Die im BGB enthaltenen gesetzlichen Grundlagen des Personengesellschaftsrechts sind teilweise über 100 Jahre alt. Dies betrifft insbesondere die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die Offene Handelsgesellschaft (OHG) und die Kommanditgesellschaft (KG). Seit Einführung dieser gesetzlichen Grundlagen haben sich Rechtsprechung und Praxis teilweise deutlich vom gesetzlichen Ursprungsregelwerk entfernt. Die Reform verfolgt nun das Ziel, das Personengesellschaftsrecht der gelebten Praxis anzugleichen.

### Umfassende Reformierung der Bestimmungen zur GbR

#### Abkehr vom gesetzlichen Leitbild der GbR

Die GbR wurde vom historischen Gesetzgeber als Grundform der Personengesellschaften erschaffen und sollte dabei das Leitbild einer nicht rechtsfähigen Gesamthandsgemeinschaft verkörpern. Bereits im Jahr 2001 wandte der Bundesgerichtshof (BGH) sich gegen dieses Leitbild, indem er die Rechtsfähigkeit der am Rechtsverkehr teilnehmenden GbR ausdrücklich anerkannte. Diese Grundsatzentscheidung – einhellig anerkannt in Rechtsprechung und wirtschaftlicher Praxis – hat bislang jedoch keinerlei gesetzliche Kodifizierung erfahren. Dies ändert sich künftig, indem der nicht rechtsfähigen GbR im

BGB ausdrücklich die rechtsfähige GbR gegenübergestellt wird. Je nachdem, ob die GbR nach außen auftritt – das heißt am Rechtsverkehr teilnimmt – ist sie rechtsfähige oder nicht rechtsfähige GbR. Dabei kann nur Erstere selbst Trägerin von Rechten und Pflichten sein und über eigenes Gesellschaftsvermögen verfügen.

#### Einführung eines Gesellschaftsregisters

Für die rechtsfähige GbR wird zudem ein öffentliches Register (ähnlich dem Handelsregister) eingeführt, in das diese sich eintragen lassen kann. Erfolgt eine Eintragung, ist die GbR verpflichtet, den Namenszusatz „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ oder „eGbR“ zu führen. Die Eintragung ist zwar grundsätzlich freiwillig, jedoch Voraussetzung für den Erwerb zahlreicher, in öffentlichen Registern einzutragender Rechte (z. B. Rechte an Grundstücken und eingetragenen Schiffen, Stellung als Namensaktionär und als Gesellschafter einer GmbH) oder zur Vornahme bestimmter rechtlicher Vorgänge (z. B. Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz).

#### Umwandlungsfähigkeit der GbR

Die eingetragene GbR ist zukünftig umwandlungsfähig und kann nach Maßgabe des Umwandlungsgesetzes (UmwG) an einer Spaltung, Verschmelzung oder einem Formwechsel teilnehmen.

#### Vermögensträgerschaft der GbR

Ebenfalls gesetzlich klargestellt wird, dass die rechtsfähige GbR selbst Trägerin ihres Vermögens ist. Die Zwangsvollstreckung findet daher aus einem Titel gegen die Gesellschaft nur in das Vermögen der Gesellschaft statt und nicht in das Vermögen der Gesellschafter.



## Gesellschaftsrecht

Neuregelung bei Tod oder Kündigung eines GbR-Gesellschafters

Führte der Tod oder die Kündigung eines GbR-Gesellschafters bislang grundsätzlich zur Auflösung der GbR, wird diese Rechtsfolge nunmehr durch die für die OHG und KG geltenden Regelungen ersetzt. Demnach führt der Tod oder die Kündigung eines GbR-Gesellschafters grundsätzlich nur noch zu dessen Ausscheiden, während die Gesellschaft fortbesteht.

Wesentliche, allgemein für Personengesellschaften geltende Änderungen

Die Reform des Personengesellschaftsrechts bringt zudem weitere Änderungen für sämtliche Personengesellschaften (insbesondere GbR, OHG, KG) mit sich.

Freies Sitzwahlrecht für alle in Deutschland registrierten Gesellschaften

Eingetragene Personengesellschaften (GbR, OHG, KG, GmbH & Co. KG) können künftig ihren Gesellschaftssitz vertraglich bestimmen. Bisher war diesbezüglich der tatsächliche Verwaltungssitz maßgeblich. So besteht nun die Möglichkeit, (eingetragene) Personengesellschaften nach deutschem Recht mit Verwaltungssitz im Ausland zu gründen. Dies führt dazu, dass deutsche Personenhandelsgesellschaften ihre operative Tätigkeit komplett im Ausland vornehmen können, ohne dabei ihren Status als deutsche Personengesellschaft zu verlieren.

Stimmkraft- und Ergebnisverteilung nach Beteiligungsverhältnissen

Die Stimmgewichtung und Ergebnisbeteiligung erfolgt künftig anhand der Beteiligungsverhältnisse. Die bisherige Verteilung nach Köpfen wird abgeschafft. Sofern ein Gesellschafterkreis dies nicht wünscht, besteht Handlungsbedarf: Abweichungen von dieser gesetzgeberischen Vor-

gabe sind ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag festzulegen.

Informationsrechte und -pflichten

Das MoPeG beinhaltet erstmals konkretisierte Informationsrechte der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft. Relevant für die Praxis ist insoweit, dass sich dieses Recht in Gesellschaftsverträgen nicht ohne weiteres einschränken lässt.

Wesentliche Änderungen für Personenhandelsgesellschaften

Das MoPeG sieht darüber hinaus weitreichende Änderungen vor, die isoliert für Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG) gelten. Die wesentlichsten Änderungen betreffen dabei insbesondere die Öffnung der OHG und KG für Freiberufler sowie die Einführung eines Beschlussmängelverfahrens.

Neue Möglichkeiten für Freiberufler

Gesellschafter haben zukünftig die Möglichkeit, sich zur gemeinsamen Ausübung freier Berufe (z. B. Rechtsanwälte, Zahnärzte, Architekten) in einer Personenhandelsgesellschaft zusammenzuschließen, soweit dies nach dem jeweils anwendbaren Berufsrecht zulässig ist. Bislang konnte die Haftung der Gesellschafter nur für Verbindlichkeiten und Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung beschränkt werden. Das MoPeG ermöglicht eine weitergehende Haftungsbeschränkung, beispielsweise für Verbindlichkeiten aus Miet- oder Arbeitsverträgen.

Einführung eines Beschlussmängelverfahrens

Das Beschlussmängelrecht der Personenhandelsgesellschaften wird grundlegend reformiert. Künftig wird in Anlehnung an das Aktienrecht zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit eines Gesellschafterbeschlusses differenziert. Gesellschafter müssen eine gesetzliche Anfechtungs-

## Gesellschaftsrecht

frist als Ausschlussfrist beachten. Beschlussmängelklagen sind zudem nicht mehr gegen alle Gesellschafter, sondern gegen die Gesellschaft selbst zu richten.

### Ausblick

Auch nach der Reform des Personengesellschaftsrechts werden Gestaltungsoptionen bestehen, im Gesellschaftsvertrag von den gesetzlichen Vorgaben abzuweichen und die Corporate Governance der Gesellschaften individualvertraglich zu regeln. Bis zum Inkrafttreten des MoPeG zum 1. Januar 2024 sollten Gesellschafter daher ihre gesellschaftsvertraglichen Strukturen prüfen und etwaigen Handlungsbedarf im Hinblick auf die neuen gesetzlichen Vorgaben ermitteln.

Insbesondere sollte Klarheit darüber geschaffen werden, ob die Gesellschaft im neuen Gesellschaftsregister registriert werden soll oder nicht: Zwar darf einerseits angenommen werden, dass eingetragenen GbRs mit erhöhtem Vertrauen des Rechtsverkehrs begegnet werden. Andererseits werden die Eintragungen jedoch auch zur Folge haben, dass die bisherige Diskretion des GbR-Gesellschafters verloren geht.

*Für sämtliche Fragen zur Reform des Personengesellschaftsrechts, zur Gestaltung und Anpassung von (Personen-)Gesellschaftsverträgen sowie sämtlichen Bereichen des Gesellschaftsrechts 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





# Arbeitsrecht

## Ungeimpfte Arbeitnehmer in Quarantäne erhalten ab 1. November 2021 keine Entschädigung gem. § 56 IfSG mehr

**Muss ein Arbeitnehmer aufgrund behördlicher Anordnung in Quarantäne, erhält er gem. § 56 Abs. 1 Satz 1 IfSG eine Geldentschädigung. Diese wird für die ersten sechs Wochen in voller Höhe gezahlt. Sie bemisst sich nach dem Verdienstaufschlag (§ 56 Abs. 2 IfSG). Die Entschädigung wird vom Arbeitgeber vorgestreckt und der Arbeitgeber erhält das Geld von der zuständigen Behörde erstattet (§ 56 Abs. 5 Satz 3, Abs. 12 IfSG). Für ungeimpfte Arbeitnehmer ist dieser Anspruch ab dem 1. November 2021 entfallen.**

Beschluss der Gesundheitsministerkonferenz der Länder

Die Gesundheitsministerkonferenz (GMK) hat am 22. September 2021 Folgendes beschlossen:

„Die Länder werden spätestens ab dem 1.11.2021 denjenigen Personen keine Entschädigungsleistungen gem. § 56 Abs. 1 IfSG mehr gewähren, die als Kontaktpersonen oder als Reiserückkehrer aus einem Risikogebiet bei einem wegen COVID-19 behördlich angeordneten Tätigkeitsverbot oder behördlich angeordneter Absonderung keinen vollständigen Impfschutz mit einem auf der Internetseite des Paul-Ehrlich-Instituts ([www.pi.de/](http://www.pi.de/) Impfstoffe/covid-19) gelisteten Impfstoff gegen COVID-19 vorweisen können, obwohl für sie eine öffentliche Empfehlung für eine Schutzimpfung nach § 20 Abs. 3 IfSG vorliegt.

Die Entschädigungsleistung gem. § 56 Abs. 1 IfSG wird weiterhin Personen gewährt, für die in einem Zeitraum von bis zu acht Wochen vor der Absonderungsanordnung oder des Tätigkeitsverbots keine öffentliche Empfehlung für eine Impfung gegen COVID-19 vorlag. Gleiches gilt, sofern eine medizinische Kontraindikation hinsichtlich der COVID-19-Schutzimpfung durch ein ärztliches Attest bestätigt wird.“

Lohnanspruch aus § 616 BGB

Der Anspruch nach § 616 BGB geht nach Auffassung des Bundesgerichtshofs (BGH), Urteil vom 30.11.1978, Az. III ZR 43/47, dem Entschädigungsanspruch nach § 56 Abs. 1 IfSG vor. Nach h.M. soll allerdings die 14-tägige Quarantäne eine in aller Regel erhebliche Verhinderungsdauer darstellen, so dass ein Anspruch nach § 616 BGB, der nur Verhinderungen „für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ erfasst, ausscheidet.

Bei einer fünftägigen Quarantäne wird man den Anspruch im Ausgangspunkt wohl noch bejahen können. § 616 BGB verlangt aber, dass kein „Verschulden“ an der Verhinderung der Dienstleistung vorliegt. Hat man sich nicht impfen lassen oder ist in ein Risikogebiet gereist, ist die Quarantäne vermeidbar und es liegt Verschulden vor. Der Beschluss der GMK verdeutlicht diese allgemeingültige Bewertung nicht nur für

§ 56 IfSG. Wenn der Staat keine Entschädigung bei unterlassener Impfung zahlen muss, kann auch der Arbeitgeber nach § 616 BGB nicht zur Vergütungszahlung verpflichtet sein. Lohnansprüche aus § 616 BGB dürften danach nicht bestehen.

### Fragerecht des Arbeitgebers nach dem Impfstatus zur Klärung der Zahlungsverpflichtung

Abgesehen von Sonderfällen (Pflegerkräfte, Lehrer, Erzieher, s. §§ 23a, 36 Abs. 3 IfSG) besteht kein gesetzliches Fragerecht des Arbeitgebers zum Impfstatus der Arbeitnehmer. Maßgeblich für die Bewertung des Fragerechts sind Art. 88 Abs. 1 DSGVO und § 26 Abs. 3 BDSG. Das Recht zur Frage nach dem Impfstatus setzt voraus, dass die Frage zur Ausübung von Rechten aus dem Arbeitsverhältnis erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Arbeitnehmers an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt.

Da der Arbeitgeber bei der Zahlung der Entschädigung nach § 56 IfSG in Vorleistung tritt und sein Erstattungsanspruch vom materiellen Nichtvorliegen des Ausschlussstatbestands des § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG abhängig ist, gibt es für ihn keine andere Möglichkeit, eine vom Staat nicht erstattete Vorausleistung zu vermeiden, als den Impfstatus zu erfragen. Dieses finanzielle Interesse überwiegt ein Interesse des Arbeitnehmers daran, ohne Erfüllung der in § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG genannten Mitwirkungshandlung und ohne Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen

Finanzleistungen vom Staat bzw. – bei fehlender Erstattung nach § 56 Abs. 5 IfSG – vom Arbeitgeber zu erhalten.

Deshalb besteht im Hinblick auf die Klärung des Entschädigungsanspruchs und der damit einhergehenden Erstattungsberechtigung des Arbeitgebers ein Fragerecht des Arbeitgebers zum Impfstatus bzw. zum Vorliegen des Tatbestands der medizinischen Unmöglichkeit der COVID-19 Schutzimpfung.

Sehr erfreulich für die Praxis ist, dass die Konferenz der Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK) dies am 19. Oktober 2021 ebenso beschlossen hat:

„Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber dürfen den Impfstatus derjenigen Beschäftigten verarbeiten, die ihnen gegenüber einen Anspruch auf Geldentschädigung (Lohnersatz) nach § 56 Absatz 1 IfSG geltend machen. Dessen Voraussetzungen können im Einzelfall auch im Fall einer möglichen Infektion mit COVID-19 sowie einer sich anschließenden Quarantäne vorliegen. Anspruchsvoraussetzung ist unter anderem, ob die Möglichkeit einer Schutzimpfung bestand.“

Verarbeiten bedeutet konkret, dass der Impfstatus erfragt (= datenschutzrechtlich erhoben) und verwendet werden darf. Allerdings sind das BDSG und die DSGVO strikt einzuhalten, was u. a. Datenminimierung bei der Speicherung und sonstige technische und organisatorische Schutz-

maßnahmen für die sensiblen Gesundheitsdaten der Arbeitnehmer erfordert. Sobald der Zweck der Speicherung des Impfstatus entfallen ist, weil etwa Lohnersatzansprüche nicht mehr geltend gemacht werden können, muss dieses personenbezogene Datum gelöscht werden (Art. 17 DSGVO). Die Einhaltung der Regeln zum Datenschutz muss auf deren Verlangen den Datenschutzbehörden nachgewiesen werden, Art. 5 Abs. 2 DSGVO.

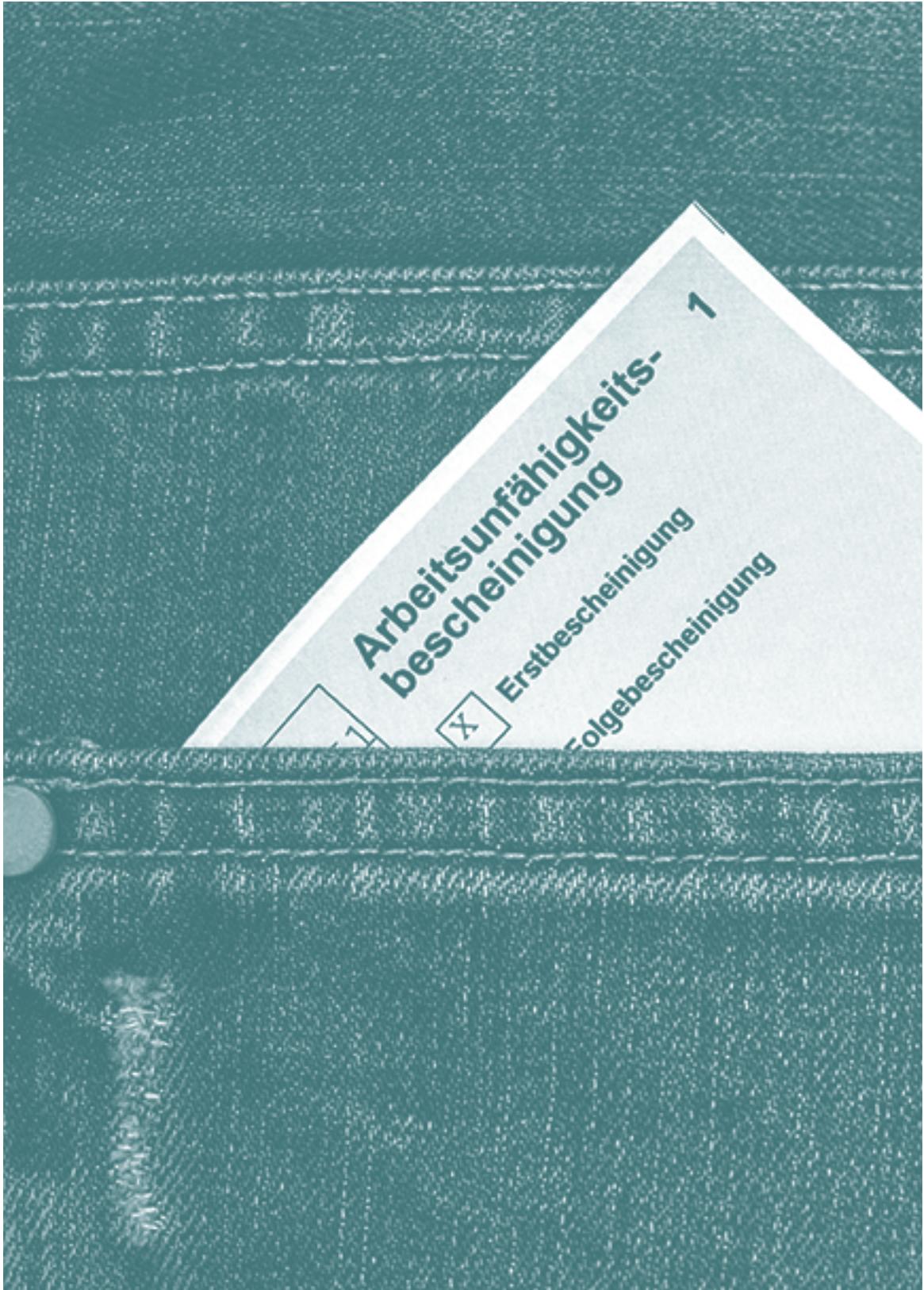
### Entgeltfortzahlungsanspruch bei symptomatischer COVID-19-Erkrankung

Im Ausgangspunkt verlangt der Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 EFZG „Monokausalität“; die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit muss die alleinige Ursache für die Arbeitsverhinderung sein. Nähme man das ernst, bestünde während Quarantäne-Zeiten kein Entgeltfortzahlungsanspruch. Gewichtige Stimmen in der Literatur, das BMAS sowie die behördliche Entscheidungspraxis gehen jedoch von einem vorrangigen Anspruch aus § 3 EFZG aus. Dies bedeutet, dass eine symptomatische COVID-19-Erkrankung auch in den Fällen unterlassener Impfung im Ausgangspunkt Entgeltfortzahlungsansprüche begründet. In diesem Sinn hat auch das Arbeitsgericht Aachen entschieden (Urteil vom 11.03.2021, Az. 1 Ca 3196/20). Man kann allenfalls darüber nachdenken, ob den Arbeitnehmer an der Krankheit ein Verschulden trifft (§ 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG). Allerdings: Auch geimpfte Menschen können erkranken; dies spricht gegen ein Verschulden.

Bei symptomloser COVID-19-Infektion besteht kein Lohnfortzahlungsanspruch. Das Arbeitsgericht Bonn hat auch einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Nachgewährung von Urlaubstagen gem. § 9 BUrlG bei einer symptomlosen Quarantäne wegen einer Corona-Infektion verneint (Urteil vom 07.07.2021, Az. 2 Ca 504/21). Das Arbeitsgericht Neumünster schließt Urlaub bei angeordneter Quarantäne ebenfalls nicht aus (Urteil vom 03.08.2021, Az. 3 Ca 362 b/21).

### Homeoffice bei Quarantäne

Der Anspruch auf Homeoffice gem. § 28b Abs. 7 IfSG besteht nicht mehr. Auch sonst besteht kein genereller Anspruch auf Homeoffice während der COVID-19-Pandemie (z. B. ArbG Augsburg, Urteil vom 07.05.2020, Az. 3 Ga 9/20). Bei ungeimpften Beschäftigten ohne Anspruch auf Entgelt- oder Entgeltersatzleistungen ist der Arbeitgeber unseres Erachtens auch nicht im Rahmen seines Ermessens aufgrund der arbeitsrechtlichen Rücksichtnahmepflicht gehalten, in eine Homeoffice-Tätigkeit einzuwilligen. Anders kann dies im Einzelfall sein, falls die Impfung aus medizinischen Gründen unmöglich ist.



# BAG: Erschütterung des Beweiswertes einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

**Meldet sich der Arbeitnehmer krank, bildet die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in aller Regel eine sichere Brücke zur Entgeltfortzahlung. Zu den Ausnahmen hat die Rechtsprechung einige Fallgruppen entwickelt. Nun hat sich das Bundesarbeitsgericht (BAG) in einem Urteil vom 8. September 2021, Az. 5 AZR 149/21, mit einem Fall befasst, in dem die klagende Arbeitnehmerin ein Attest vorgelegt hatte, das passgenau den Zeitraum vom Ausspruch der Kündigung bis zum Beendigungsdatum abdeckte.**

Die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gehört zu den Ausnahmefällen, in denen der Arbeitnehmer einen Vergütungsanspruch hat, ohne arbeiten zu müssen. Daher trägt grundsätzlich der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer krankheitsbedingten

Arbeitsunfähigkeit. Die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung („AUB“) ist das gesetzlich vorgesehene Beweismittel. Dessen Beweiswert kann der Arbeitgeber aber erschüttern, wenn er tatsächliche Umstände darlegt und ggf. beweist, die Anlass zu ernsthaften Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit geben. Gelingt dies dem Arbeitgeber, muss der Arbeitnehmer substantiiert darlegen und beweisen, dass er arbeitsunfähig war. Dieser Beweis kann insbesondere durch die Vernehmung des behandelnden Arztes nach entsprechender Befreiung von der Schweigepflicht erfolgen.

Die Rechtsprechung hat einige Fallgruppen gebildet, in denen solche ernsthaften Zweifel üblicherweise bejaht werden. Gerade mit einer in der Praxis sehr häufigen Kategorie hat sich die Rechtsprechung aber, soweit ersichtlich, noch nicht in der Weise befasst, dass man von einer

Fallgruppe sprechen könnte, nämlich der Erkrankung des Mitarbeiters nach Kündigungsausspruch. Wird der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber nicht bis zum Ablauf der Kündigungsfrist von der Pflicht zur Arbeitsleistung freigestellt, kommt es nicht selten vor, dass der Arbeitnehmer sich unter Vorlage einer AUB krankheitsbedingt abmeldet. Lob verdient sich, wer bis zum letzten Tag des Arbeitsverhältnisses professionell seine Arbeitsleistung erbringt.

In dem nun vom BAG entschiedenen Fall hatte eine Arbeitnehmerin dem Arbeitgeber das Kündigungsschreiben und eine AUB vom selben Tag vorgelegt. Die AUB deckte exakt die zwei Wochen bis zum Ablauf der Kündigungsfrist ab. Der Arbeitgeber verweigerte die Entgeltfortzahlung, verlor die ersten beiden Instanzen des Prozesses – und gewann vor dem BAG. Aus Sicht des BAG begründete die Koinzidenz zwischen der Kündigung und der AUB ernsthafte Zweifel daran, dass die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit wirklich vorlag. Im Prozess hatte das BAG der Klägerin offenbar noch Hinweise zum weiteren Vortrag erteilt. Nachdem die Klägerin diesen daraufhin nicht konkretisiert hatte, wies das BAG die Klage ab.

Man darf gespannt sein, welche Auswirkungen das Urteil haben wird. Zum einen waren nach unserer Erfahrung die Arbeitsgerichte bislang eher vorsichtig bei der Erweiterung der bekann-

ten Fallgruppen. Das BAG-Urteil verschafft den Arbeitsgerichten nun vielleicht etwas Rücken- deckung, auch andere Gestaltungen kritisch zu hinterfragen, in denen Zweifel an der Richtigkeit der AUB und am Vorliegen der krankheitsbe- dingten Arbeitsunfähigkeit durchaus angebracht sind. Vielleicht hat das BAG-Urteil auch einen Effekt bei der Ärzteschaft. Es wäre sicherlich nicht schlecht, wenn hier über das „Risiko“, die beschei- nigte krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit im arbeitsgerichtlichen Prozess bezeugen zu müs- sen, eine gewisse Sensibilisierung stattfindet. Schließlich ist mit der AUB in aller Regel nicht nur die Befreiung des Arbeitnehmers von der Pflicht zur Arbeitsleistung verbunden, sondern eben auch die Pflicht des Arbeitgebers, trotz- dem die Vergütung zu zahlen.

*Bei sämtlichen Fragen zum Arbeitsrecht stehen Ihnen gerne zur Verfügung:*

## Arbeitsrecht

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

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

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

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

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

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





# Versicherungsrecht

## D&O-Versicherung: Gewährung vorläufiger Abwehrkosten im Wege einer einstweiligen Verfügung

**Das Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt am Main hat durch seine aktuellen Urteile vom 7. Juli 2021, Az. 7 U 19/21, und vom 4. August 2021, Az. 7 W 13/21, den D&O-Versicherer verpflichtet, zwei ehemaligen Managern der Wirecard AG vorläufig Abwehrkostenschutz zu gewähren. Das besondere an beiden Verfahren war, dass die versicherten Personen im Rahmen von Eilverfahren die vorläufige Übernahme von Rechtsanwaltskosten beantragt hatten.**

### Versicherungsschutz unter einer D&O-Versicherung

Wird eine versicherte Person unter einer D&O-Versicherung (typischerweise sind dies die Organe der Gesellschaft sowie leitende Angestellte) auf Schadenersatz in Anspruch genommen, ist der D&O-Versicherer verpflichtet, die versicherte Person entweder von den Schadenersatzansprüchen freizustellen oder die Rechtsanwaltskosten (Abwehrkosten) der versicherten Person zu übernehmen, wenn ein Versicherungsfall im Sinne der D&O-Versicherung vorliegt und kein Ausschluss vom Versicherungsschutz greift. In den meisten Bedingungswerken verpflichtet sich der D&O-Versicherer zusätzlich, die Verteidigungskosten in einem Strafverfahren zu übernehmen, soweit wegen eines Sachverhalts, der zu einer zivilrechtlichen Inanspruchnahme der versicherten Person geführt hat beziehungsweise führen kann, ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren eröffnet wird.

### Fälle des OLG Frankfurt am Main

In dem Fall, der dem Urteil des OLG Frankfurt am Main vom 7. Juli 2021 zugrunde lag, war die versicherte Person ehemaliger Vorstandsvorsitzender der Wirecard AG. Gegen diesen wurde

unter anderem wegen des Verdachts des gewerbsmäßigen Bandenbetrugs, der Untreue, der Marktmanipulation und Verstößen gegen das WpHG ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren geführt. Darüber hinaus wurde er von der Wirecard AG auf Schadenersatz in Anspruch genommen. Der ehemalige Vorstandsvorsitzende beantragte bei dem D&O-Versicherer Übernahme der Rechtsanwaltskosten für das Schadenersatzverfahren.

In dem Fall, der dem Urteil des OLG Frankfurt am Main vom 4. August 2021 zugrunde lag, wurde gegen einen ehemaligen leitenden Angestellten der Wirecard AG und Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft ebenfalls strafrechtlich wegen des Verdachts des gewerbsmäßigen Bandenbetrugs, der Untreue, der Marktmanipulation und Verstößen gegen das WpHG ermittelt. Dieser Manager beantragte bei dem D&O-Versicherer die Übernahme seiner Strafverteidigerkosten.

In beiden Fällen lehnte der D&O-Versicherer die Übernahme der Rechtsanwaltskosten ab, weil der jeweilige Antragssteller den Versicherer bei einer Verlängerung des D&O-Versicherungsvertrags arglistig getäuscht hätte. Die Antragssteller erhoben daraufhin Deckungsklage vor dem Landgericht (LG) Frankfurt am Main und beantragten parallel im Rahmen von Eilverfahren die vorläufige Übernahme der Rechtsanwaltskosten bis zur rechtskräftigen Entscheidung in den Hauptsacheverfahren.

### Urteile des OLG Frankfurt am Main

Das OLG Frankfurt am Main urteilte in beiden Fällen, dass die Antragssteller Anspruch auf vorläufige Gewährung der beantragten Rechtsanwaltskosten hätten. Die Voraussetzungen für den

## Versicherungsrecht

Erlass einer sogenannten Leistungsverfügung (also die vorläufige Gewährung einer Leistung im Eilverfahren) seien gegeben. Soweit ersichtlich, wurden D&O-Versicherer vorher von den Gerichten noch nicht im Rahmen von Eilverfahren verpflichtet, vorläufig die Rechtsanwaltskosten einer versicherten Person zu übernehmen.

### Voraussetzungen für den Erlass einer Leistungsverfügung

Der Erlass einer Leistungsverfügung setzt das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs und eines Verfügungsgrundes voraus. Der Antragssteller muss also zunächst einen zu sichernden Klageanspruch (Verfügungsanspruch) glaubhaft machen. Ein Verfügungsgrund ist nur gegeben, wenn das Bedürfnis des Antragsstellers an der Befriedigung seiner Ansprüche vor Abschluss des Hauptsacheverfahrens so groß ist, dass er den Abschluss dieses Hauptsacheverfahrens nicht abwarten kann, ohne einen unverhältnismäßig großen Schaden zu erleiden. Die Voraussetzungen sind sehr streng, weil durch die vorläufige Gewährung der Leistung quasi die Hauptsache vorweggenommen wird.

### Verfügungsanspruch

Das OLG Frankfurt am Main kam in beiden Fällen zu dem Ergebnis, dass ein Verfügungsanspruch gegeben sei. Die streitgegenständlichen Versicherungsbedingungen enthielten eine für D&O-Versicherungsverträge typische Regelung, wonach der Versicherungsschutz bei einer wissentlichen Pflichtverletzung ausgeschlossen ist. Weiter war in den Versicherungsbedingungen, was in D&O-Versicherungsbedingungen auch üblich ist, geregelt, dass Abwehrkosten im Zweifel vorläufig zu gewähren seien, bis das Vorliegen einer wissentlichen Pflichtverletzung rechtskräftig gerichtlich festgestellt sei oder ein Geständnis der versicherten Person vorliege. Das OLG Frankfurt am Main kam zu dem Ergeb-

nis, dass die Voraussetzungen für die vorläufige Gewährung der Rechtsanwaltskosten gegeben seien. Der Versicherer könne sich nicht auf eine arglistige Pflichtverletzung berufen, wenn diese mit der „deckungsgleichen Tatsachenbehauptung“ wie der wissentlichen Pflichtverletzung begründet werde. In diesem Fall müsse zunächst eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung vorliegen.

### Verfügungsgrund

Sehr interessant für die Praxis sind auch die Ausführungen des OLG Frankfurt am Main zum Verfügungsgrund. Dieser sei bei Beantragung der vorläufigen Gewährung von Rechtsanwaltskosten gegeben, wenn die jeweilige versicherte Person auf die sofortige Übernahme der Abwehrkosten zur „Abwendung einer existentiellen Notlage“ angewiesen sei. Dabei darf der versicherten Person die Erwirkung eines Titels im Hauptsacheverfahren wegen der damit unvermeidlichen zeitlichen Verzögerung nicht zumutbar sein und ihr müssen aus der Nichtleistung schwerwiegende Nachteile drohen, die nicht außer Verhältnis stehen dürfen zu dem Schaden, den der Versicherer durch die vorläufige Gewährung von Rechtsanwaltskosten erleiden kann. Darüber hinaus setzt das Vorliegen eines Verfügungsgrundes voraus, dass die versicherte Person im Hauptsacheverfahren mit hoher Wahrscheinlichkeit obsiegen wird.

Das OLG Frankfurt am Main kam in beiden Verfahren zu dem Ergebnis, dass ein Verfügungsgrund gegeben wäre, weil die den Antragsstellern aufgrund der Deckungsablehnung drohenden Nachteile schwer wögen und nicht außer Verhältnis zu dem möglichen Schaden, den der Versicherer durch die vorläufige Gewährung der Rechtsanwaltskosten erleiden könnte, stünden. In beiden Verfahren hatten die Antragssteller glaubhaft gemacht, dass ihnen persönlich keinerlei Vermögenswerte mehr zur Verfügung

## Versicherungsrecht

standen. Dies ergab sich insbesondere daraus, dass ihr gesamtes Vermögen von einer Arrestierung betroffen war. Daher sei ihnen das Abwarten auf den Ausgang des Hauptsachverfahrens vor dem LG Frankfurt am Main nicht zuzumuten.

Die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Verfügungsgrundes sind also, auch nach den beiden Urteilen des OLG Frankfurt am Main, weiterhin streng. Lehnt der D&O-Versicherer die Übernahme der Rechtsanwaltskosten ab und verfügt die betroffene versicherte Person über kein eigenes Vermögen, ist es aber möglich, im Rahmen eines Eilverfahrens die vorläufige Übernahme der Rechtsanwaltskosten zu beantragen. Im Einzelfall sollte daher geprüft werden, ob ein solcher Antrag sinnvoll ist.

*Bei Fragen zu 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



# Analytics Overview

Account maintenance will be performed 3 am EST to 4 pm EST, Saturday, September 12. [Show](#)

 Your website received an influx in traffic this week. See common reasons for fluctuation.



3,629 Visitors on Tuesday, August 25. » An increase of 6.5% over

ed information  
s use your site is  
out more here.

we listened.  
tomers can live chat  
representative. [Learn more.](#)

proved the way you view  
starting this week you'll now  
to see precisely where your

Direct Traffic  Paid Traffic

# Datenschutzrecht

## Ein neues Gesetz für Websites und andere Online-Angebote: Das Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz

**Zum 1. Dezember 2021 tritt das Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz, kurz TTDSG, in Kraft. Der Gesetzgeber zieht damit die bislang versprengten datenschutzrechtlichen Sonderregelungen für Telekommunikationsunternehmen und Telemedienanbieter – also z. B. Websitebetreiber und App-Anbieter – zentral in einem Gesetz zusammen. Mit Relevanz nicht nur für Telekommunikationsunternehmen enthält das Gesetz u. a. neue Vorgaben für Cookies und vergleichbare Tags, den Jugendschutz und sog. Einwilligungsmanagementsysteme, auch Personal Information Management Systeme oder kurz PIMS genannt. Die Neuregelungen sind für alle Unternehmen, die Websites betreiben oder andere Online-Angebote bereitstellen, auf ihren Angeboten umzusetzen.**

Zum Hintergrund des neuen Gesetzes

Das Datenschutzrecht ist für privatwirtschaftliche Unternehmen zuvörderst in der Datenschutzgrundverordnung (EU) 2016/679 (DSGVO) und der nationalen Ergänzung, dem Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), geregelt. Schon vor Inkrafttreten beider Regime im Mai 2018 galten Spezialregelungen für den Umgang mit Daten durch Telekommunikationsunternehmen im Telekommunikationsgesetz (TKG) und – im Fokus des vorliegenden Artikels – durch Telemedienanbieter im Telemediengesetz (TMG). Vom TMG erfasst sind Unternehmen immer dann, wenn sie eine Website betreiben oder ein anderes Online-Angebot, z. B. eine App, bereitstellen. Das TMG regelt u. a., unter welchen Voraussetzungen

Cookies und vergleichbare Techniken genutzt werden dürfen, um auf die Endgeräte der Nutzer zuzugreifen.

Die Regelungen des TMG sind in Anwendung und Geltung höchst unklar: Ihr Verhältnis zur DSGVO ist seit jeher umstritten. Eigentlich hätten die Regelungen des TMG schon mit Inkrafttreten der DSGVO durch eine abgestimmte neue EU-Verordnung, die ePrivacy-Verordnung, abgelöst werden sollen. Eine Einigung zur ePrivacy-Verordnung konnte indes bis heute nicht gefunden werden. In den letzten zwei Jahren folgte dann eine Auseinandersetzung vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) und dem Bundesgerichtshof (BGH), in deren Folge es zu einer richtlinienkonformen Auslegung des TMG kam.

Das neue TTDSG soll hier mehr Klarheit bringen. Ob dies gelingt, ist zweifelhaft:

**Einwilligungspflicht für Cookies & Co.**

Seit dem BGH-Urteil in Sachen „Planet49“ gilt (Urt. v. 28.05.2020, Az. I ZR 7/16): Auch in Deutschland dürfen Cookies und vergleichbare Technologien nur mit Einwilligung eingesetzt werden, unabhängig von der Verarbeitung personenbezogener Daten. Anderes gilt nur dann, wenn die Cookies & Co. für die technische Bereitstellung des jeweiligen Dienstes „unbedingt erforderlich“ sind oder sie allein der Übertragung einer Nachricht über ein öffentliches Telekommunikationsnetz dienen. Das TMG hat dies so klar indes nicht geregelt. Bei unbefangenen Lesen wurde

## Datenschutzrecht

dort keine Einwilligung gefordert, sondern eine Widerspruchsmöglichkeit als ausreichend angesehen (opt-in vs. opt-out). Der BGH las dies in seiner Entscheidung im letzten Jahr in richtlinienkonformer Auslegung anders und erkannte ein Einwilligungserfordernis (opt-in).

Das TTDSG regelt dies nun klar und setzt Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-Richtlinie beinahe 1:1 ins deutsche Recht um: Keine Cookies ohne Einwilligung, von den vorbeschriebenen Ausnahmen abgesehen. Dies gilt auch für alle anderen Technologien, mit denen auf Endgeräte zugegriffen werden kann, etwa die Nutzung des lokalen Speichers. Endgeräte in diesem Sinn sind, technologieneutral, alle denkbaren Einrichtungen, von Laptops über Smartphones bis hin zu Sprachassistenten oder Connected Cars.

Spätestens jetzt sollten danach Webseiten und andere Online-Angebote angepasst werden: Ohne Einwilligung dürfen nicht erforderliche Cookies – z. B. zu Marketing-Zwecken – nicht gesetzt werden.

Verpasst hat der Gesetzgeber indes die Chance, konkrete Vorgaben zu erlassen, wann Cookies „unbedingt erforderlich“ sind. Für technische Funktionen wie ein Login oder den Warenkorb ist dies eindeutig zu bejahen. Schon zu Analyse-Cookies, die das Nutzungsverhalten für eine bessere Ausgestaltung der Website auswerten, ist dies umstritten: Technisch darstellbar ist die Website auch ohne solche Analysen, was für ein Einwilligungserfordernis spricht. Gegen ein Einwilligungserfordernis spricht, dass ohne derartige Analysen eine nutzerfreundliche Gestaltung nicht erreicht werden kann; nach dem aktuellen ePrivacy-Verordnungsentwurf etwa sind Analyse-Cookies bei datenschutzkonformem Einsatz auch ohne Einwilligung als „erforderliche“ Tools zulässig. Ebenfalls verpasst wurde eine genauere Vorgabe für die Gestaltung von Cookie- oder Consent-Bannern, mit deren Hilfe Einwilligungen abgefragt werden. Diese Ausgestaltung ist aktuell im Fokus der Datenschutz-

aufsichtsbehörden. Diese erachten etwa einen zu stark hervorgehobenen Button „Alles akzeptieren“, der Nutzer unbewusst dazu bewegen soll, ihn anzuklicken, als unzulässig und bezeichnen dies als „Nudging“. In diesen Diskussionen bringt das TTDSG keine Klarheit.

### Das Aus für „Cookie-Banner“?

Der „große Wurf“ hätte dem Gesetzgeber mit der Etablierung von PIMS gelingen können. Die Einführung dieser Einwilligungsverwaltungssysteme war im Gesetzgebungsverfahren hoch umstritten, die entsprechende Norm ist mehrfach gestrichen und am Ende wieder aufgenommen worden: PIMS werden kommen.

Was bedeutet dies? Mit Einwilligungsverwaltungssystemen, PIMS, können Nutzer ihre Einstellungen für eine Vielzahl von Websites bestimmen und müssen dann nicht auf jeder einzelnen Website eine Auswahl treffen. Sie können etwa generell Analysetools, die nicht von Google stammen, zustimmen und Tracking-Tools mit Ausnahme von Facebook, weil sie dort gerne angepasste Werbung sehen wollen, ablehnen. Dies wird dann in Software-Anwendungen auf ihrem Endgerät gespeichert und muss von Browsern und Webseiten automatisiert ausgelesen und umgesetzt werden.

Die Grundlage hierfür ist im TTDSG nun gelegt. Anbieter von PIMS können ein Anerkennungsverfahren durchlaufen, welches u.a. ihre Neutralität absichert. Anerkannte PIMS müssen dann von Browsern und Webseiten ausgelesen und umgesetzt werden. Wie genau dies geschieht, wird in einer Rechtsverordnung festzulegen sein. Wenn die Regelung durch nutzerfreundliche PIMS in der Praxis Akzeptanz findet, könnte dies zu einem weitgehenden „Aus“ für Cookie-Banner führen (wenn ausreichend Nutzer die neuen Tools auch anwenden). Dies ist nutzerfreundlich, für Websiteanbieter aber u. U. problematisch, jedenfalls dann, wenn sie sich über personalisierte Werbung refinanzieren. Hier sind die Ausgestal-



## Datenschutzrecht

tung der Rechtsverordnung und die Umsetzung in der Praxis mit Spannung zu erwarten.

### Ein spezifischer Schutzmaßstab

Das TTDSG bringt zudem Sonderregelungen für den technischen und organisatorischen Schutz der Nutzer von Telemedien. Websitebetreiber haben sicherzustellen, dass ein Nutzer die Nutzung des Dienstes jederzeit beenden kann und seine Nutzung von Dritten nicht ohne weiteres zur Kenntnis genommen werden kann. Eine Nutzung muss anonym oder unter Pseudonym möglich sein – dies spricht gegen eine Klarnamenpflicht, wie sie etwa Facebook durchzusetzen versucht. Eine Weiterleitung zu einem anderen Anbieter muss erkennbar sein. Schließlich ist, dies ist aus dem allgemeinen Datenschutzrecht bekannt, abzusichern, dass kein unerlaubter Zugriff möglich ist und eine angemessene Absicherung gegen Störungen und äußere Angriffe implementiert ist. Bei alledem ist der Stand der Technik zu berücksichtigen, allerdings nur im Rahmen des technisch Möglichen und wirtschaftlich Zumutbaren.

### Auskünfte für Strafverfolgung & Co.

Auf Anordnung von Strafverfolgungsbehörden dürfen (und müssen) Telemedienanbieter, also auch Websitebetreiber, Informationen über Nutzerdaten bereitstellen. Dies können etwa Name und E-Mail-Adresse sein, die für ein Login in einen geschlossenen Benutzerbereich hinterlegt wurden. Relevant wird dies, wenn die Angaben erforderlich sind, um z. B. Urheberrechtsverletzungen zu ahnden oder mögliche Straftaten aufzuklären.

Sogar Passwörter und vergleichbare Zugangsinformationen, anhand derer auf Endgeräte oder externe Speichereinheiten, z. B. Cloud-Speicher, der Nutzer zugegriffen werden kann, müssen unter bestimmten Anforderungen von den Telemedienanbietern herausgegeben werden. Dies gilt allerdings nur unter verschärften Vorausset-

zungen, wenn besonders schwere Straftaten in Rede stehen oder eine konkrete Gefahr etwa für Leib, Leben oder Freiheit einer Person besteht.

Mit diesen Regelungen einher geht die Notwendigkeit für Websitebetreiber und App-Anbieter, diese Beauskunftungen auch zu ermöglichen. Ob daher nun Passwörter in Klarform abgespeichert werden müssen, ist nun höchst umstritten. Dies wurde bislang als eklatanter Verstoß gegen die Datensicherheit gewertet und führte zu einem der ersten Bußgelder unter der DSGVO in Deutschland. Bislang entspricht es der herrschenden Meinung, dass Passwörter von Nutzern in gehashter Form bevorratet werden müssen, so dass der Anbieter das Passwort nicht kennt und auch nicht nutzen kann.

### Neuigkeiten für den Jugendschutz

Schließlich enthält § 20 TTDSG Pflichten in Sachen „Jugendschutz“: Wenn ein Angebot für einen besonderen Jugendschutz Daten der Nutzer erhebt, etwa, um den Zugriff auf die Entwicklung gefährdende Angebote zu verhindern oder abzusichern, dass ein Erziehungsberechtigter für den Jugendlichen einwilligt, dann dürfen diese Daten auch nur für die Erfüllung der Jugendschutzziele erhoben werden. Eine Weiterverwendung z. B. für Werbezwecke ist untersagt. Selbst mit Einwilligung dürfte eine solche nicht mehr zulässig sein.

### Risiko bei Verstößen

Ein Verstoß gegen Vorschriften von DSGVO und BDSG ist bekanntlich seit 2018 mit hohen Bußgeldern bis zu 20 Mio. Euro bzw. 4% des Jahresgruppenumsatzes (der höhere Wert ist maßgeblich) belegt. Verstöße gegen das TMG waren dagegen bislang weniger kritisch, es drohten Abmahnungen von Wettbewerbern, aber keine nennenswerten Bußgelder.

Dies ändert sich nun, das TTDSG sieht Bußgelder von bis zu 300.000 Euro vor. Nur, wer diese

## Datenschutzrecht

durchgesetzt, ist nach wie vor nicht klar geregelt: Für Telekommunikationsunternehmen ist der Bundesbeauftragte für Datenschutz (BfDI) zuständig. Für Telemedienanbieter wie Websitebetreiber oder App-Anbieter enthält das TTDSG keine eigene Zuständigkeitsregelung. Hier bleibt es beim bisherigen Flickenteppich: Werden personenbezogene Daten verarbeitet, sind die Datenschutzaufsichtsbehörden der Länder eindeutig zuständig. Werden keine personenbezogenen Daten verarbeitet, ist dies unklar: Nach Ansicht einiger sollen die Datenschutzaufsichtsbehörden der Länder auch dann zuständig sein, andere plädieren für einen Rückgriff auf die Zuständigkeitsregelung des Ordnungswidrigkeitengesetzes, nach der es auf die landesrechtlichen Regelungen ankommt. Diese wiederum sind uneinheitlich, in NRW etwa sind nach dem Telemedien-Zuständigkeits-Gesetz die Landesmedienanstalt des Landes NRW sowie – für „Datenschutzregelungen“ – die Landesdatenschutzaufsicht zuständig. Hier bleibt mithin einige Rechtsunsicherheit bestehen.

*Für sämtliche Fragen zur datenschutz- und ePrivacy-konformen Gestaltung von Websites und anderen Online-Angeboten stehen Ihnen gerne zur Verfügung:*

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

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

Dr. Malte Göbel  
0221 650 65-337  
malte.goebel@loschelder.de





ber

Skype

f



Instagram

Facebook



# Datenschutzrecht

## Bezahlen mit Daten: Was künftig gilt, wenn die eigenen Daten zur Währung werden

**Seit langem bereits werden etliche Online-Angebote den Nutzern ohne Zahlung eines Geldbetrages angeboten. Beispiele hierfür sind Social Media Plattformen wie Facebook, Spiele-Apps oder auch die Artikel der diversen Zeitungsverlage. All diese Unternehmen erzielen dennoch teils erhebliche Umsätze und Gewinne. Diese werden in vielen Fällen (auch) mit der Weiterverwendung der Nutzerdaten erzielt. Beispielsweise werden im Rahmen der Nutzung ermittelte persönliche Interessen für passgenaue Werbung genutzt, diese Werbeplätze werden entsprechend vergütet.**

Die Nutzer „bezahlen“ die Angebote in den beschriebenen Fällen mit ihren Daten, die den Anbietern wirtschaftlichen Erfolg bringen. Diese personenbezogenen Informationen werden so zur Währung. Das BGB regelt dies ab dem 1. Januar 2022 nun auch ausdrücklich und stellt die Überlassung von Daten einer Geldzahlung gleich. Diese Neuregelung bringt für Unternehmen einige Fallstricke und birgt Risiken gerade im Datenschutzrecht. Betroffene Verbraucher werden dagegen künftig besser geschützt.

### Neuregelungen im BGB

Unternehmen werben mit Schlagworten wie „umsonst“ oder „kostenlos“, gerade für Online-Angebote und Apps, Soziale Medien oder Gewinnspiele. Nutzer sind dabei schon daran gewohnt,

sich im Gegenzug Werbeeinblendungen anzusehen oder Einblicke in ihr Nutzungsverhalten zu geben. Ein „Klassiker“ unter derartigen Angeboten ist Payback, denen Nutzer für geldwerte „Punkte“ Informationen über ihr Einkaufsverhalten zukommen lassen.

Unternehmen erhalten in all diesen Fällen von ihren Nutzern keine Geldzahlung für die bereitgestellten digitalen Produkte. Erfolgreich sind diese Geschäftsmodelle dennoch in den meisten Fällen. Der Gesamtumsatz von Facebook belief sich im Jahr 2020 auf rund 86 Milliarden US-Dollar. Payback erwirtschaftete im Jahr 2019 über 300 Millionen Euro.

Erzielt werden diese Umsätze nicht mit dem Verkauf der digitalen Produkte, sondern mit einem bisweilen deutlich wertvolleren Gut als Geld: Mit den Daten, die diese Unternehmen von den Nutzern erhalten. Diese Daten verkaufen die Unternehmen weiter oder nutzen sie, um etwa personalisierte Werbeplätze zu vermarkten.

Der Gesetzgeber hat vor dieser langjährigen Praxis in der Vergangenheit die Augen verschlossen. Zivilrechtlich war seit langem umstritten, wie der Austausch „Leistung gegen Daten“ zu behandeln ist. Im Datenschutzrecht schwelen die Diskussionen um die Zulässigkeit dieser Kopplung nicht erst seit Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung (EU) 2016/679 (DSGVO).

## Datenschutzrecht

Kurz vor der Sommerpause ist der Gesetzgeber aktiv geworden und hat zwei Neuregelungen im BGB zum „Bezahlen mit Daten“ auf den Weg gebracht. Diese Neuregelungen dienen der Umsetzung der Digitale Inhalte Richtlinie (EU) 770/2019. Beide Neuregelungen stellen klar: Wenn ein Verbraucher für den Erhalt einer Leistung personenbezogene Daten bereitstellt, dann ist das so, als wäre es die Zahlung eines Geldbetrages. Unmittelbare Folge dieser Ergänzung in § 312 Abs. 1a und § 327 Abs. 3 BGB ist, dass das Verbraucherschutzrecht anwendbar ist.

Zum Datenschutzrecht schweigt der deutsche Gesetzgeber dagegen: Wann danach ein „Bezahlen mit Daten“ zulässig ist, richtet sich nach der DSGVO und dem Bundesdatenschutzgesetz (BDSG). In der Praxis bedeutet dies, dass auf Unternehmen einige Aufgaben zukommen, um ein „Bezahlen mit Daten“ rechtssicher zu gestalten.

### Anwendungsbereich der Neuregelungen

Das Verbraucherschutzrecht gilt nach den Neuregelungen dann, wenn ein Verbraucher dem Anbieter personenbezogene Daten i.S.d. DSGVO bereitstellt oder sich dazu verpflichtet. Ausgenommen sind personenbezogene Daten, die der Anbieter braucht, um seine Leistung zu erbringen. Wenn der Anbieter die bereitgestellten Daten nur zur Vertragserfüllung oder zur Erfüllung anderer rechtlicher Pflichten verarbeitet, ist das Verbraucherschutzrecht nicht anwendbar. Beispiele hierfür sind etwa die überlassene E-Mail-Adresse, um ein digitales Angebot zuzuschicken. Oder die Angabe von Rechnungsdaten, die der Anbieter zur Erfüllung von steuerrechtlichen Pflichten benötigt.

Der Verbraucher kann die Daten aktiv bereitstellen, dem Anbieter also mitteilen. Oder der Verbraucher lässt es passiv zu, dass der Anbieter die Daten bei ihm erhebt. Beide Fälle sind erfasst.

Der Gesetzgeber will sogar die Einwilligung in das Setzen von Cookies oder ein Werbetacking auf Webseiten ausreichen lassen, wenn darüber ein Vertrag geschlossen wird.

Die Neuregelungen in § 312 Abs. 1a und § 327 Abs. 3 BGB führen dazu, dass bei einem „Bezahlen mit Daten“ das gesamte Verbraucherschutzrecht Anwendung findet. Unternehmen müssen die Anforderungen also vollumfänglich einhalten. Verbraucher können sich darauf berufen. Auch Verbraucherschutzverbände können das nun durchsetzen.

Die Einführung der Neuregelungen war hoch umstritten. Kritiker befürchteten einen „Ausverkauf der Daten“. Durchgesetzt haben sich die Befürworter der Regelungen: Die Normierung und Regulierung der ohnehin seit Jahren gelebten Praxis Leistung gegen Daten schützt Verbraucher.

### Risiken beim Datenschutz

Zum Datenschutzrecht hat sich der Gesetzgeber beim Erlass der Neuregelungen nicht geäußert: Was datenschutzrechtlich zulässig ist, richtet sich nach DSGVO und BDSG.

Unternehmen stehen damit einer erheblichen Herausforderung gegenüber: Wenn Nutzer ihre Angebote mit ihren Daten bezahlen, ist es kommerziell essentiell, dass die Unternehmen diese Daten auch verwerten dürfen. Das setzt voraus, dass die personenbezogenen Daten der Nutzer im Einklang mit dem anwendbaren Datenschutzrecht erhoben werden. Zentrale Voraussetzung dafür ist das Vorliegen einer Erlaubnisgrundlage. Fehlt eine datenschutzrechtliche Erlaubnisgrundlage, dürfen die personenbezogenen Daten nicht verarbeitet werden. Der mit dem Verbraucher abgeschlossene Vertrag bleibt aber regelmäßig wirksam. Der Unternehmer muss also seine Leistung erbringen.



## Datenschutzrecht

Die dafür erhaltene Gegenleistung darf er aber u. U. nicht verwerten.

Um diese missliche Situation zu vermeiden, ist eine datenschutzkonforme Ausgestaltung des Bezahlvorgangs unabdingbar. Das Risiko der richtigen Wahl liegt dabei allein beim Unternehmen.

### Einwilligung, Vertragserfüllung oder berechnigte Interessen?

Dafür muss sich ein Unternehmen zunächst entscheiden, auf welcher Erlaubnisgrundlage der DSGVO die erhaltenen Daten erhoben und verarbeitet werden sollen. Zur Auswahl steht ein ganzer Blumenstrauß an Optionen. Einer näheren Betrachtung sollten die Einwilligung, Vertragserfüllung und berechnigte Interessen unterzogen werden (Art. 6 Abs. 1 lit. a, b, f DSGVO):

- Die Vertragserfüllung deckt die Erhebung und Verarbeitung der als Bezahlung erhaltenen Daten regelmäßig nicht ab. Von einem „Bezahlen mit Daten“ spricht das Gesetz nur, wenn das Unternehmen die erhaltenen Daten gerade nicht für die eigentliche Vertragserfüllung oder wegen gesetzlicher Pflichten benötigt. Dann aber greift die Erlaubnisgrundlage nicht.
- Interessen des Unternehmens an der Verarbeitung der Daten können ein „berechnigtes Interesse“ begründen. Das gilt jedenfalls dann, wenn die gegen eine Verarbeitung sprechenden Betroffeneninteressen diese Unternehmensinteressen nicht überwiegen. Schon diese Zusammenfassung zeigt: Die Erlaubnisgrundlage „berechnigte Interessen“ setzt eine umfassende Interessenabwägung voraus, die auch den Einzelfall beachten muss. In der Praxis bringt dies einen erheblichen Aufwand und viel Rechtsunsicherheit mit sich.

- In der Praxis wird daher regelmäßig auf die Einwilligung gesetzt. Dafür muss ein Unternehmen den Nutzer beim Vertragsschluss fragen, ob er seine Daten für einen konkreten Zweck bereitstellt. Wirksam und damit belastbar ist eine solche Einwilligung nur, wenn sie freiwillig abgegeben wird.

Wann eine Einwilligung „freiwillig“ abgegeben wurde und damit wirksam ist, ist Gegenstand endloser Debatten. Für Unternehmen ist beim „Bezahlen mit Daten“ besonders wichtig, auf drei Anforderungen zu achten:

1. Der Nutzer muss aktiv bestätigen, dass er mit dem „Bezahlen mit Daten“ einverstanden ist. Diese Anforderungen können Unternehmen z. B. mit einer eigenen „Klickbox“ umsetzen, die noch leer ist und in der vom Nutzer aktiv ein Haken gesetzt werden muss. Aber auch innovativere Lösungen sind zulässig, z. B. das „Swipen“ auf dem Smartphone, wenn der Nutzer darüber aufgeklärt wird, welche Wirkung sein „Wischen“ nun hat.
2. Das Unternehmen muss den Nutzer umfassend darüber informieren, welche Daten wozu erhoben und wie diese Daten verarbeitet werden. Nur, wer weiß, was mit seinen Daten geschieht, kann auch freiwillig darüber entscheiden. Den Informationspflichten aus dem Datenschutzrecht kommt damit eine erweiterte kommerzielle Bedeutung zu. Sie sind nicht mehr nur wichtig, um einen Datenschutzverstoß zu vermeiden. Die Erfüllung der Informationspflichten wird auch elementar für die kommerzielle Verwertung der erhaltenen Daten.
3. Die größte Herausforderung liegt schließlich für Unternehmen in einem scheinbaren Widerspruch zwischen den Neuregelungen im BGB und der DSGVO: dem sog. Koppelungsverbot.

## Datenschutzrecht

Nach dem sog. Kopplungsverbot des Art. 7 Abs. 4 DSGVO soll eine wirksame Einwilligung regelmäßig ausgeschlossen sein, wenn die Einwilligung Bedingung für die Erfüllung eines Vertrages ist. Genau darum geht es aber beim Bezahlen mit Daten: Nur, wenn ein Nutzer diese Daten bereitstellt, ist das Unternehmen bereit zu leisten.

Überzeugend ist allerdings ohnehin nur ein relatives Verständnis des Kopplungsverbots: Nicht jede Verbindung einer Einwilligung mit einer Leistung ist unzulässig. Erst und nur, wenn keine freiwillige Entscheidung mehr möglich ist, scheidet eine freiwillige Einwilligung aus. Wenn ein Betroffener nicht auf die Nutzung einer Leistung angewiesen ist, kann er auch freiwillig entscheiden, ob er mit seinen Daten zahlen möchte.

Verarbeiten Unternehmen Daten auf Grundlage einer Einwilligung, kann der Betroffene dies jederzeit mit seinem Widerruf beenden. Auch, wenn ein Nutzer mit Daten bezahlt hat, kann er seine dabei abgegebene Einwilligung widerrufen. Für den Unternehmer ist das riskant: Er gibt seine Leistung gegen Bezahlung mit Daten. Ob er diese Daten ausreichend lange verarbeiten darf, gleicht aber einem Glücksspiel: Der Nutzer kann dies jederzeit beenden, indem er seine Einwilligung widerruft. Auf den Vertrag und die Leistung hat dies zunächst keinen Einfluss.

Das neue digitale Vertragsrecht im BGB schützt das Unternehmen vor einer solchen Situation: Wenn die Leistungserbringung durch den Einwilligungswiderruf für das Unternehmen unzumutbar wird, kann das Unternehmen den Vertrag kündigen (§ 327q BGB).

### Was sich künftig ändern wird

Die Neuregelungen im BGB sind ab dem 1. Januar 2022 für Verbraucherverträge zu beachten.

Spätestens ab dann sollten Unternehmen besonderen Wert auf eine transparente Information legen, wenn sie personenbezogene Daten als Gegenleistung nutzen und verwerten wollen.

Die Neuregelungen bringen dabei nicht nur mehr Rechte für Verbraucher. Sie schützen auch Unternehmen, da sie einen ersten Beitrag zu mehr Rechtssicherheit leisten. Gerade im Datenschutzrecht ist für eine echte Rechtssicherheit aber noch viel zu tun. Nachdem der Gesetzgeber hier nicht geholfen hat, bleibt die Hoffnung, dass dies demnächst die Rechtsprechung übernehmen wird.

*Für sämtliche Fragen zum „Bezahlen mit Daten“ und den Neuregelungen der §§ 327 ff. BGB steht Ihnen gerne zur Verfügung:*

**Dr. Kristina Schreiber**

**0221 650 65-337**

**kristina.schreiber@loschelder.de**





# Handelsrecht

## Preisanpassung wegen gestiegener Rohstoff- und Energiekosten

**Wegen des extremen Anstiegs der Rohstoff- und Energiekosten sind viele Preise in langfristigen Lieferverträgen nicht mehr auskömmlich. Lieferanten drängen auf Preisanpassung, was bei Kunden naturgemäß auf wenig Verständnis stößt. Die Möglichkeiten für einseitige Preisanpassungen ohne entsprechende Vertragsklauseln sind sehr begrenzt. Solche Regelungen sollten künftig in Verträge mit langer Laufzeit stets aufgenommen werden.**

Die Entwicklungen auf den Rohstoff- und Energiemärkten sowie eine steigende Inflation haben ein rechtliches Instrument in den aktuellen Fokus gerückt, das viele Jahre ein eher theoretisches Schattendasein in der Ausbildungsliteratur führte: Die Rede ist von der Vertragsanpassung wegen nachträglicher Änderung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB.

Im Oktober 2021 stiegen die Erzeugerpreise gewerblicher Produkte im Vergleich zum Vorjahresmonat um 14,2 %. Den größten Anteil hatten die Energiekosten. So erhöhten sich beispielsweise die Erdgaspreise im Vergleich zum Vorjahr um sage und schreibe 58,9 %. Derartige Preissprünge haben erhebliche Auswirkungen auf langfristige Lieferbeziehungen, vor allem, wenn auf lange Sicht feste Preise vereinbart wurden. Da sich in wenigen Lieferverträgen der letzten Jahre Regelungen für solche Fälle finden, stellt sich immer häufiger die Frage nach einem rechtlichen Ausweg, da andernfalls erhebliche Verluste drohen.

Hier scheint auf den ersten Blick § 313 BGB Abhilfe zu schaffen. Nach dieser Norm kann Anpassung des Vertrages und somit auch der vereinbarten Preise verlangt werden, wenn sich Umstände nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind. Vertragsgrundlage kann beispielsweise die Erwartung der Parteien sein, dass sich die wirtschaftlichen, sozialen oder politischen Rahmenbedingungen nicht grundlegend ändern.

Voraussetzung einer Vertragsanpassung wegen veränderter Umstände ist aber immer, dass dem einen Vertragspartner unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der vertraglichen und gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag unzumutbar ist. Das scheint in den oben genannten Fällen extremer Energiepreiserhöhungen der Fall. Mit derartigen Preisanstiegen binnen kürzester Zeit rechneten in den letzten Jahren wenige. Angesichts geringer Margen in verschiedenen Industrien haben diese Kostenerhöhungen vielfach zur Folge, dass bestimmte Produkte oder Leistungen nur noch mit negativem Deckungsbeitrag veräußert werden können.

Ähnliche Situationen gab es in der Geschichte schon häufiger. Schon die Römer kannten den Grundsatz, dass jeder Vertrag nur so lange bindend sein soll, als die Verhältnisse, die für seinen Abschluss bestimmend waren, sich nicht von Grund auf geändert haben (*clausula rebus sic stantibus*). Und während der Weltwirtschaftskrise der 1920er Jahre griff auch das Reichsgericht

häufig in bestehende Vertragsverhältnisse ein und passte Preise wegen stark veränderter Bezugs- oder Herstellungskosten an. Dem folgte der Bundesgerichtshof (BGH) in den frühen Jahren der Bundesrepublik. Spätestens mit der Ölkrise der 1970er Jahre wandelte sich aber diese Rechtsprechung in Deutschland. Heute ist eine Preisanpassung gem. § 313 BGB nur noch unter erschwerten Voraussetzungen möglich. Anders als das Reichsgericht misst die heutige Rechtsprechung dem Grundsatz der Vertragstreue eine weitaus höhere Bedeutung als der Vertragsgerechtigkeit zu.

Für eine Vertragsanpassung oder -aufhebung wegen gestörter Geschäftsgrundlage ist heutzutage die Frage nach der Zumutbarkeit der ursprünglichen Bedingungen von entscheidender Bedeutung. Laut BGH soll nur dann nachträglich in bestehende Verträge eingegriffen werden, wenn sich anders ein untragbares, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin unvereinbares Ergebnis nicht vermeiden lässt. Die Vertrags- und insbesondere die Preisanpassung ist somit heute nur noch eine Art ultima ratio.

Sehr genau schauen die Gerichte dabei auf die vertragliche Risikoverteilung. Eine Vertragsanpassung scheidet immer dann aus, wenn sich durch Veränderung der Umstände ein Risiko verwirklicht, das eine Partei im Vertrag freiwillig übernommen hat. Dabei trägt der Schuldner einer Leistung nach Ansicht der Rechtsprechung grundsätzlich das Risiko von Leistungserschwerungen, also auch das Risiko erhöhter Bezugs- und Herstellungskosten. Das gilt vor allem für Fälle, in denen feste Preise für einen bestimmten Zeitraum vereinbart sind. Nach Ansicht des BGH sind solche Festpreise auch bei unerwarteten Kostenerhöhungen bindend. Manche Gerichte

gehen sogar so weit, in einer Festpreisabrede eine Art Preisgarantie zu erkennen, selbst wenn dergleichen nicht ausdrücklich geregelt wurde. Steigende Selbstkosten des Lieferanten jedenfalls berechtigen grundsätzlich nicht zu einer Vertragsanpassung, weil es sich dabei nach der Rechtsprechung um ein Risiko handelt, das der Lieferant mit Vereinbarung von Festpreisen freiwillig übernommen hat. Schließlich, so der BGH, könne der Lieferant hierfür jederzeit Vorsorge durch eigene Einkaufsverträge oder durch Vereinbarung von Änderungsklauseln treffen.

Folglich scheidet eine nachträgliche (einseitige) Anpassung vereinbarter Festpreise heute in der Regel auch dann aus, wenn der Preis für den Lieferanten nicht mehr kostendeckend ist. Gerichte haben in entsprechenden Fällen sogar Verluste aus einzelnen Geschäften wegen gestiegener Kosten i. H. v. 10 % des Gesamtjahresumsatzes des Lieferanten als „unproblematisch“ angesehen, solange eine konkrete Existenzgefährdung nicht nachgewiesen war.

Außerdem wird in den ergangenen Entscheidungen regelmäßig darauf hingewiesen, dass selbst erhebliche Preisschwankungen bei Rohstoffen oder Energie in der Wirtschaftsgeschichte nicht ungewöhnlich und vom gewissenhaften Unternehmer vorherzusehen seien. Das gelte auch dann, wenn sich Preise über längere Zeit nur wenig verändert hätten. Ein Lieferant trage generell das Risiko, seine vertraglichen Verpflichtungen über die Vertragslaufzeit zu dem vereinbarten Preis kostendeckend erbringen zu können.

Angesichts dieser strengen Rechtsprechung kommt eine (einseitige) Preisanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage heute faktisch nur noch dann infrage, wenn die Leistung wegen

## Handelsrecht

wirtschaftlicher Unmöglichkeit auch verweigert werden könnte oder ein Festhalten an den Vertragspreisen für den Lieferanten konkret existenzgefährdend ist.

Umso größer ist die Bedeutung von Anpassungsmechanismen in langfristigen Lieferverträgen. Solche Verträge sollten künftig nicht mehr ohne entsprechende Regelungen abgeschlossen werden. Die Gestaltungsvarianten sind vielfältig. Einerseits kann man unmittelbar bei der Preisgestaltung ansetzen, indem beispielsweise bestimmte Preisbestandteile von Anfang an variabel sein sollen. Aber auch echte Preisankpassungsklauseln können in Verträge aufgenommen werden, wobei deren Wirksamkeit bei Formular-/Musterverträgen (AGB) je nach Formulierung problematisch sein kann. Hier kommt es – wie immer bei AGB – auf Details an. Idealerweise benennen Preisankpassungsklauseln aber in jedem Fall konkrete Szenarien, in denen es zu einer Preisankpassung kommen soll und definieren transparent die anzuwendende Berechnungsweise. Je detaillierter und verständlicher die Anpassungsvoraussetzungen und das Anpassungsverfahren beschrieben werden, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass die Bestimmungen im Fall der Fälle auch einer gerichtlichen Überprüfung standhalten. Schließlich können aber auch Verhandlungspflichten der Parteien für bestimmte Fälle aufgenommen werden, etwa in dem Sinne, dass bei wesentlichen Änderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse und der Berechnungsgrundlagen eine angemessene Preisankpassung erfolgen soll.

*Für sämtliche Fragen zur Gestaltung von Lieferverträgen oder zu Handlungsoptionen bei gestiegenen Bezugspreisen und Preiserhöhungen steht Ihnen gern zur Verfügung:*

**Dr. Hans-Georg Schreier, LL.M.**  
**0221 650 65-180**  
**[hans-georg.schreier@loschelder.de](mailto:hans-georg.schreier@loschelder.de)**





## Beurkundungserfordernisse in der gesellschaftsrechtlichen Beratung von GmbHs

**Bei der Umsetzung von unternehmerischen Maßnahmen ist stets die Frage zu klären, ob die beabsichtigte Maßnahme bestimmten Formerfordernissen unterliegt. Gerade bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHs) ist die notarielle Beurkundung von besonderer Bedeutung, da diese u. a. im GmbHG für eine Reihe von Rechtsgeschäften vorgeschrieben ist. So ist beispielsweise bereits die Gründung einer GmbH ebenso notariell zu beurkunden wie die spätere Änderung ihres Gesellschaftsvertrags. Daneben gibt es eine Reihe von Rechtsgeschäften, bei denen sich nicht in allen Fällen ohne Weiteres bestimmen lässt, ob das Rechtsgeschäft schon – oder noch nicht – der notariellen Beurkundung bedarf. Dieser Beitrag geht der Frage nach, welche Beurkundungspflichten bei Unternehmenstransaktionen von GmbHs in Form von Share Deals und Asset Deals bestehen.**

### Share Deal

Beim sogenannten Share Deal wird ein Unternehmen durch den Erwerb der Gesellschaftsanteile an der das Unternehmen betreibenden Gesellschaft erwerben. Handelt es sich bei der Gesellschaft um eine GmbH, sind sowohl der Kaufvertrag (§ 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG) als auch die Abtretung der Geschäftsanteile (§ 15 Abs. 3 GmbHG) notariell zu beurkunden. Nicht selten werden der Kauf und die Abtretung der Geschäftsanteile in demselben Vertrag vereinbart, Kauf und Abtretung können aber auch in separaten Verträgen geregelt werden. Wichtig ist dabei, dass sowohl der Kaufvertrag als auch der Abtretungsvertrag notariell beurkundet werden.

### Gesamtbeurkundungsgrundsatz

Kauf und Abtretung sind jedoch nicht die einzigen Rechtsgeschäfte, die beim Share Deal notariell zu beurkunden sind. Die Beurkundungspflicht kann sich darüber hinaus auf andere Rechtsgeschäfte und Nebenabreden erstrecken, die eigentlich keiner Beurkundungspflicht unterliegen, die aber im Hinblick auf den Kaufvertrag abgeschlossen werden und ohne die der Vertrag nicht abgeschlossen würde. Dies können zum Beispiel Dienstverträge mit Geschäftsführern, Dienstleistungsverträge für Übergangsleistungen (sog. Transitional Service Agreements) sowie alle sonstigen im Zusammenhang mit der Transaktion stehenden Rechtsgeschäfte sein.

Nach der in der Rechtsprechung herausgebildeten Formel ist ein (eigentlich nicht beurkundungsbedürftiges) Rechtsgeschäft dann zu beurkunden, wenn es mit einem beurkundungspflichtigen Geschäft rechtlich zusammenhängt. Dies ist nach ständiger Rechtsprechung dann anzunehmen, „wenn die Vereinbarungen nach dem Willen der Parteien derart voneinander abhängig sind, dass sie miteinander stehen und fallen sollen“ (sog. Gesamtbeurkundungsgrundsatz). An der Gesamtbeurkundungspflicht ändert auch eine Trennung der Vereinbarungen in mehrere Dokumente bzw. Urkunden nichts.

### Rechtsfolge

Die (absichtliche oder versehentliche) Nichtbeachtung der Beurkundung des Kaufvertrags und/oder der sonstigen Nebenabreden führt zu deren Nichtigkeit. Nichtig sind dabei nicht nur die

nicht beurkundeten Rechtsgeschäfte, sondern wegen des Verstoßes gegen den Gesamtbeurkundungsgrundsatz auch die beurkundeten Rechtsgeschäfte. Aufgrund dieser einschneidenden Auswirkungen sollten Rechtsgeschäfte, die auch nur entfernt im Zusammenhang mit dem beurkundungsbedürftigen Kaufvertrag stehen, vorsorglich ebenfalls beurkundet werden.

Sollte die Beurkundung eines oder mehrerer Rechtsgeschäfte einmal vergessen worden sein, werden sämtliche Rechtsgeschäfte durch die formgerechte (d. h. notariell beurkundete) Abtretung der Geschäftsanteile nachträglich geheilt (§ 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG). Um jedoch nicht auf die nachträgliche Heilungswirkung vertrauen zu müssen, sollte darauf geachtet werden, sämtliche beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfte zu beurkunden. Dies schafft Rechtssicherheit und beugt Streitigkeiten vor.

### Asset Deal

Beim sogenannten Asset Deal wird ein Unternehmen in Form der einzelnen Vermögensgegenstände erworben, aus denen es besteht, wie z. B. Grundstücken, Gebäuden, Anlagen, Maschinen oder Patenten (englisch: Assets). Der Asset Deal ist grundsätzlich nicht formbedürftig.

Anders ist es, wenn für die Veräußerung einzelner Vermögensgegenstände die notarielle Beurkundung vorgeschrieben ist, wie z. B. bei Geschäftsanteilen an einer GmbH (§ 15 Abs. 3, 4 GmbHG; s. o.) oder Grundstücken (§ 311b Abs. 1 BGB). Im Ausgangspunkt ist zwar nur die Veräußerung der Geschäftsanteile oder des Grundstücks notariell zu beurkunden. Allerdings gilt der Grundsatz der Gesamtbeurkundung auch hier. Sofern also der formbedürftige Teil (Geschäftsanteile, Grundstück) und der nicht formbedürftige Teil des Rechtsgeschäfts (alle anderen Vermögensgegenstände) miteinander „stehen und fallen“ sollen, sind die Veräußerungen aller Vermögensgegenstände notariell zu beurkunden.

### Veräußerung des gesamten Vermögens

Werden im Rahmen des Asset Deals keine Gegenstände veräußert, für die das Gesetz notarielle Beurkundung vorschreibt, kann die Transaktion trotzdem beurkundungsbedürftig sein. Dies folgt aus der unscheinbaren Regelung des § 311b Abs. 3 BGB, wonach „ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil seines gegenwärtigen Vermögens zu übertragen [...], der notariellen Beurkundung“ bedarf. Diese allgemeine Regelung ist nach ganz überwiegender Auffassung auch auf den Erwerb von Unternehmen im Wege eines Asset Deals anwendbar. Verpflichtet sich daher eine Gesellschaft, ihr gesamtes gegenwärtiges Vermögen (oder einen Bruchteil hiervon) zu veräußern, so bedarf der entsprechende Verpflichtungsvertrag zu seiner Wirksamkeit der notariellen Beurkundung.

Eine Veräußerung des ganzen Vermögens ist dann anzunehmen, wenn das Vermögen im Ganzen und ohne Berücksichtigung einzelner Posten veräußert wird. Die ständige Rechtsprechung spricht von einer Veräußerung des Vermögens in „Bausch und Bogen“. Nicht unter die Regelung des § 311b Abs. 3 BGB fallen daher solche Verträge, in denen die zu übertragenden Vermögensgegenstände konkret und einzeln bezeichnet sind. Dies gilt selbst dann, wenn diese Einzelgegenstände zusammen das gesamte Vermögen des Verkäufers ausmachen sollten. Werden die Gegenstände nämlich konkret aufgeführt, weiß der Verkäufer genau, was er veräußert und ist insofern nicht schutzbedürftig.

Problematisch können in diesem Zusammenhang die oftmals verwendeten sog. Catch-all-Klauseln sein, wonach der Verkäufer nicht nur die explizit im Vertrag aufgeführten Vermögensgegenstände veräußert, sondern auch sämtliche anderen Vermögensgegenstände, die zu dem Unternehmen gehören, auch wenn sie in dem Kaufvertrag nicht explizit aufgeführt sind. Mit der Aufnahme einer solchen – in der Praxis

## M&A

üblichen – Sicherheitsklausel lässt sich das Beurkundungserfordernis aus § 311b Abs. 3 BGB nicht mehr zuverlässig ausschließen. Zwar ist die Beurkundungspflicht im Zusammenhang mit Catch-all-Klauseln umstritten. Die wohl herrschende Meinung geht allerdings von einem Beurkundungserfordernis aus, da in diesen Fällen gerade das Vermögen im Ganzen übertragen werden soll. Bei Verwendung solcher Klauseln, sollte ein Asset Deal daher vorsorglich beurkundet werden.

### Rechtsfolge

Wird die notarielle Beurkundung nicht vorgenommen, so ist das Rechtsgeschäft nichtig. Im Gegensatz zu den Fällen der Verpflichtung zur Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen oder von Grundstücken wird die fehlende Beurkundung bei einem Verstoß gegen § 311b Abs. 3 BGB jedoch nicht durch die formgerechte Übertragung der einzelnen Vermögensgegenstände geheilt. Vielmehr bleibt die rechtsgeschäftliche Verpflichtung zur Übertragung des gesamten Vermögens unwirksam. Die Rückabwicklung des durchgeführten Rechtsgeschäfts kann von beiden Parteien verlangt werden. Dabei dürfte der mit der späteren Rückabwicklung anfallende Aufwand die zuvor gesparten Notargebühren deutlich übersteigen.

### Fazit

Formbedürftige Rechtsgeschäfte kommen in der Geschäftspraxis der GmbH ständig und in vielen Facetten vor. Ein wesentlicher Anwendungsbereich sind dabei Unternehmenstransaktionen. Bedenkt man die Rechtsfolgen einer unterlassenen Beurkundung (insb. im Rahmen des Asset Deals), sollten Rechtsgeschäfte stets im Hinblick auf etwaige Formerfordernisse geprüft werden. Häufig wird es im Ergebnis angezeigt sein, die notarielle Beurkundung des Rechtsgeschäfts zumindest vorsichtshalber zu wählen. Dies entspricht der überwiegenden Praxis, um ungewünschte Streitigkeiten im Nachgang zu vermeiden.

*Bei sämtlichen Fragen zu Beurkundungserfordernissen stehen Ihnen gerne zur Verfügung:*

**Dr. Felix Ebbinghaus, LL.M.**

0221 650 65-224

[felix.ebbinghaus@loschelder.de](mailto:felix.ebbinghaus@loschelder.de)

**Thomas Mäuser**

0221 650 65-224

[thomas.maeuser@loschelder.de](mailto:thomas.maeuser@loschelder.de)





# Öffentliches Wirtschaftsrecht

## Klimaklagen – Stand und Ausblick

**Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum Klimaschutzgesetz<sup>1</sup> hat hohe Wellen geschlagen. Dabei sind derartige „Klimaklagen“ kein Novum, sie erfahren nur verstärkt mediale Aufmerksamkeit. Die Rechtsprechung im Blick zu behalten, ist dabei auch für deutsche Unternehmen relevant, da sich vor allem die jüngeren Urteile verstärkt auf wissenschaftliche Erkenntnisse stützen und so rechtlich bisher existente Grenzen aufweichen. Aktuell ist vor allem der Ausgang des Verfahrens Lluïya ./. RWE vor dem OLG Hamm<sup>2</sup> interessant, da hier erstmals ein deutsches Gericht über eine unternehmerische Haftung für Klimawandelfolgen entscheidet.**

### Bisherige gerichtliche Praxis

Als Klimaklagen gelten solche gegen private Unternehmen oder Hoheitsträger, die das Ziel verfolgen, für durch den globalen Klimawandel eingetretene Schäden Ersatz zu erhalten oder künftige Schäden zu verhindern. Aufgrund der Praxisrelevanz wird im Folgenden vor allem auf die wesentlichen Entscheidungen aus dem europäischen Raum eingegangen. Vor deutschen und europäischen Gerichten sind Klagen bisher an der fehlenden Möglichkeit einer Verletzung subjektiver Rechte (Klagebefugnis) oder an dem Fehlen eines Zurechnungszusammenhangs zwischen unternehmerischem Handeln und verursachten Schäden gescheitert.

### Deutschland

Das Verwaltungsgericht Berlin hat noch 2019 verneint, dass die Möglichkeit bestünde, dass das Handeln der Bundesregierung die subjektiven Rechte dreier Familien von Bio-Landwirten sowie

von Greenpeace verletze<sup>3</sup>. Denn es fehlte an einem Gesetz, welches die angeblich verletzten Rechte festlegt. Auf den damals existenten Kabinettsbeschluss der Bundesregierung konnten die Kläger sich nicht berufen. Auch das angeführte Grundrecht auf Eigentum griff nicht durch, da das Verwaltungsgericht dem Gesetzgeber den anerkannten Einschätzungsspielraum zugestand und die getroffenen Maßnahmen jedenfalls als nicht vollkommen unzulänglich einordnete. Auch eine Klagebefugnis von Greenpeace als Umweltschutzorganisation („Anwälte der Natur“) wurde verneint. So konnten die Kläger mangels einer unmittelbaren Betroffenheit die Bundesregierung nicht zur Fortschreibung der Klimaziele verpflichten.

Grundsätzlich ist in Verfahren vor deutschen Gerichten erforderlich, dass die Möglichkeit der Verletzung eigener Rechte gegeben ist. Entsprechend eingeschränkt können Umweltschutzorganisationen klagen. Nach § 3 UmwRG können anerkannte Umweltvereinigungen nach § 2 UmwRG eine Umweltverbandsklage erheben und bestimmte behördliche Entscheidungen damit gerichtlich auf ihre Rechtmäßigkeit überprüfen lassen. Diese Überprüfung ist jedoch nur im Nachgang möglich, nicht gerichtet auf zukünftige behördliche Entscheidungen.

### Niederlande

Anders als das VG Berlin entschied der Oberste Gerichtshof der Niederlande, der Hoge Raad, vor zwei Jahren im Fall The State of the Netherlands ./. Stichting Urgenda („Urgenda“)<sup>4</sup>. Auf der Grundlage von Art. 2 und 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention verpflichtete das

Gericht die niederländische Regierung zu einer Treibhausgasreduzierung um mindestens 25% statt um 20% bis 2020 gegenüber 1990. So wurde erstmals eine Regierung erfolgreich durch eine Nichtregierungsorganisation verklagt: Der niederländische Staat habe seine ihm der Gesellschaft gegenüber obliegende Fürsorgepflicht verletzt, denn in der unzureichenden Abmilderung des Klimawandels liege ein Fall der „gefährlichen Sorgfaltspflichtverletzung“. Art. 2 und 8 EMRK, das Recht auf Leben und das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, sind im niederländischen Recht, anders als im deutschen Recht, direkt anwendbar und begründen nach Auffassung des Gerichts staatliche Schutzpflichten. Zur Konkretisierung dieser Schutzpflichten zog das Gericht das völkerrechtliche Schädigungsverbot („no-harm-principle“), Art. 21 der niederländischen Verfassung, der ein Umweltschutzgebot begründet, sowie das Vorsorgeprinzip aus dem Umweltrecht heran. Das Gericht bejaht die kausale Beziehung zwischen dem Nichthandeln der Regierung und dem fortschreitenden Klimawandel und lässt Zweifel an der Zurechenbarkeit zwischen staatlichem Handeln und zukünftigen Beeinträchtigungen aus zwei Gründen nicht gelten: Zum einen gelte im Umweltrecht das Vorsorgeprinzip; und zum anderen gäbe es keinen Rechtsschutz für globale Probleme, wenn diese immer aufgrund fehlender Kausalität verneint würden.

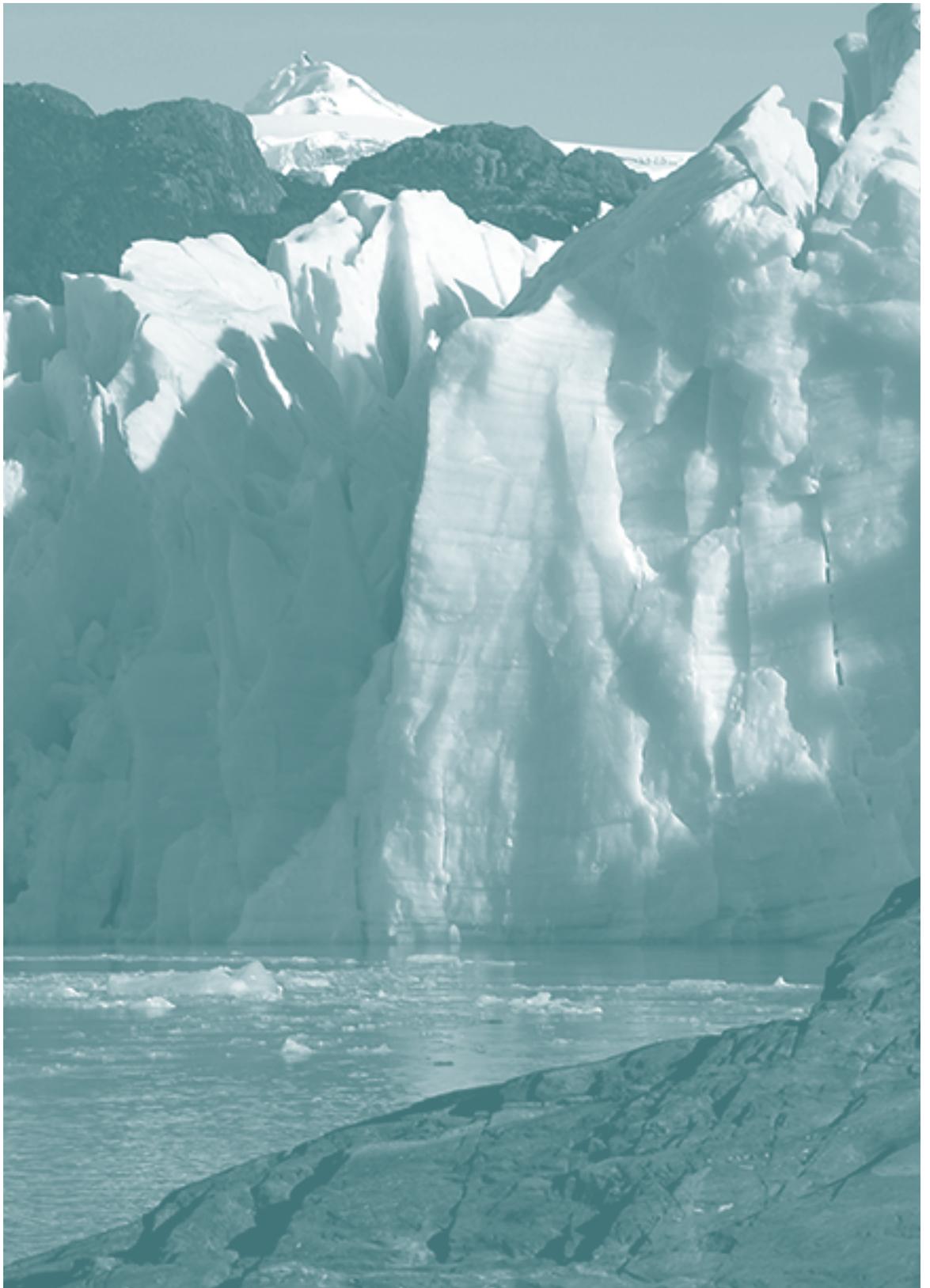
Eine Verbandsklagebefugnis wie in § 305a des 3. Zivilgesetzbuchs der Niederlande existiert in Deutschland nicht. Die Frage, wie weit die Verbandsklagebefugnis in Deutschland, dort wo sie im Einzelfall geregelt und möglich ist, reicht, ist jedoch eine Scheindebatte, da Klimaklagen in aller Regel auch von Privatpersonen erhoben werden, wie zuletzt vor dem BVerfG<sup>5</sup>. Diese Personen sind regelmäßig klagebefugt, da die

Möglichkeit besteht, dass sie in ihren eigenen Rechten wie Gesundheit oder Eigentum beeinträchtigt sind.

### Europa

Der Fall Urgenda ist kein Einzelfall: In Frankreich klagte eine französische Kommune auf effektive Maßnahmen zur Erreichung der von der Regierung aufgestellten Klimaschutzziele. Das oberste Verwaltungsgericht verpflichtete den französischen Staat anschließend, offenzulegen, wie die für rechtsverbindlich erklärten Ziele bis 2030 nach den vom Gericht aufgestellten Maßgaben erreicht werden können<sup>6</sup>. In einem ähnlich gelagerten Fall, der von der irischen Umweltschutzorganisation „Friends of the Irish Environment“ angestoßen wurde, prüfte der irische Supreme Court, ob die Regierung der sich selbst auferlegten Pflicht, einen transparenten und konkreten Plan zur Erreichung der Klimaziele vorzulegen, nachgekommen war. Im Juli 2020 entschied das Gericht, dass der bisherige Plan zu unkonkret sei und nicht ausreiche, die Klimaziele bis 2050 zu erreichen<sup>7</sup>. Die irische Regierung musste nachbessern. In Frankreich ist eine Klage gegen den Ölkonzern TOTAL noch anhängig, in dem auf der Grundlage der französischen allgemeinen Sorgfaltspflichtnorm (Code Commercial, Article L-255-102-4) argumentiert wird, dass Unternehmen ihrer klimabezogenen Sorgfaltspflicht nachkommen müssen und dies inhaltlich tun, indem sie ihre eigenen direkten und indirekten Emissionen transparent machen, ihre Verantwortung im Hinblick auf den Klimawandel wahrnehmen und sowohl einen Reduktionsplan beschließen als auch eine entsprechende Unternehmensstrategie umsetzen<sup>8</sup>.

Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat Klimaklagen beschieden. Aktuell sind



mehrere Klimaklagen vor dem EGMR anhängig, deren Ausgang offen ist. Darunter ist auch eine Klage von sechs portugiesischen jungen Erwachsenen gegen alle EU-Staaten sowie Norwegen, Russland, Großbritannien, die Türkei, die Schweiz und die Ukraine. Sie wollen erreichen, dass der EGMR die Staaten dazu verpflichtet, ihre nationalen Ziele höher zu setzen und die von ihnen und ihren international tätigen Konzernen weltweit verursachten Emissionen zu reduzieren<sup>9</sup>. Das Verfahren wird „mit Priorität“ vom Gericht betrieben.

### Die aktuelle Rechtsprechung

In Deutschland sind die Gerichte insbesondere bei Individualklagen bisher zwar zurückhaltender als US-amerikanische oder niederländische Gerichte gewesen. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24. März 2021<sup>10</sup> stützt sich jedoch, ebenso wie das Urteil der Rechtbank Den Haag vom 26. Mai 2021 maßgeblich auf wissenschaftliche Erkenntnisse zum Klimawandel und bezieht diese in die rechtliche Bewertung ein.

Im Urteil gegen Shell wurde durch die Rechtbank Den Haag als erster Instanz aus der zivilrechtlichen „ongeschreven zorgvuldigheidsnorm“ (engl. „standard of care“) eine Pflicht des Unternehmens zur Reduzierung seiner CO<sub>2</sub>-Emissionen um netto 45% bis 2030 im Vergleich zu 2019 hergeleitet<sup>11</sup>. Der „standard of care“ ist im deutschen Recht vergleichbar mit den Verkehrssicherungspflichten im Deliktsrecht, das bedeutet, das Gericht hat die niederländische Schwesternorm zu § 823 BGB herangezogen, um eine Pflicht des Unternehmens zur Verringerung von Treibhausgasemissionen gegenüber anderen Subjekten des Privatrechts (im sog. privatrechtlichen Horizontalverhältnis) zu begründen. Anknüpfungspunkte für die Verpflichtung des Unternehmens

waren wissenschaftliche Studien, Prognosen des Weltklimarates sowie (umwelt-)völkerrechtliche Standards und menschenrechtliche Schutzpflichten. Hinsichtlich des Verpflichtungsumfangs waren die Emissionen aller scopes relevant. Shell wurde verpflichtet, auch bei seinen Zulieferern die Einhaltung seiner – zu verschärfenden – unternehmensinternen Policy sicherzustellen. Die Frage des Ursachenzusammenhangs wurde hingegen nicht vertieft erörtert. Zudem hat das Gericht Shells Pflichten maßgeblich aus völkerrechtlichen Grundsätzen abgeleitet. In Deutschland erlangen völkerrechtliche Normen regelmäßig erst durch ihre Umsetzung in nationales Recht Geltung. In den Niederlanden sind solche Normen direkt anwendbar. So wurde erstinstanzlich eine völkerrechtliche Bemühenspflicht von Staaten in eine verfassungs- oder deliktsrechtliche Erfolgspflicht dieser Staaten bzw. Unternehmen transformiert. Ob die Berufungsinstanz sich der Entscheidung anschließt, bleibt abzuwarten.

Das BVerfG leitet in seinem Beschluss die staatliche Pflicht, Treibhausgasemissionen zu mindern aus dem Grundgesetz her und sieht Art. 20a GG durch das Paris-Ziel und das Klimaschutzgesetz konkretisiert. Daraus folge die Pflicht des Gesetzgebers, die notwendigen Reduktionen von CO<sub>2</sub>-Emissionen bis hin zur Klimaneutralität vorausschauend in grundrechtsschonender Weise über die Zeit zu verteilen. Die Klagebefugnis bejaht das BVerfG, anders als das VG Berlin zwei Jahre vorher durch eine vergleichsweise weite Auslegung des „Betroffenseins“. Hinsichtlich der natürlichen Personen bestehe die Möglichkeit, dass Art. 2 und 14 des Grundgesetzes verletzt seien, insbesondere da die Möglichkeit eines Verfassungsverstoßes auch dann vorliegt, wenn das Risiko eines künftigen Schadens besteht, weil ein einmal in Gang gesetzter Verlauf nicht mehr

korrigierbar sei. Das BVerfG sieht diese eingriff-sähnliche Vorwirkung als gegeben und stellt fest, dass die Grundrechte als intertemporale Freiheits-sicherung bereits heute die Grundrechte der Beschwerdeführenden vor einer einseitigen Ver-lagerung der durch die Art. 20a GG aufgegebenen Treibhausgas-minderungs-last in die Zukunft schützen. In allen Lebensbereichen müssen laut BVerfG „Entwicklungen einsetzen, die ermög-lichen, dass von Grundrechten auch später noch gehaltvoll Gebrauch gemacht werden kann.“

Das BVerfG und zuvor der Hoge Raad haben im Grunde die im Pariser Klimaschutzübereinkom-men fehlende Erfolgspflicht mitsamt Emissions-kontingent „nachgeliefert“. Von diesen beiden Klagen sind klimaschutz-motivierte Klagen gegen Unternehmen zu unterscheiden, wie im Urteil gegen Shell. Denn hier ist erstmals die Rechtbank Den Haag weiter gegangen, indem sie die aus dem Pariser Übereinkommen abgeleiteten Emis-sionsminderungspflichten einem privaten Unter-nehmen auferlegt hat.

Die noch ausstehende Entscheidung im Fall des peruanischen Landwirts, der RWE verklagt hat (Lluyia ./. RWE)<sup>32</sup>, hat das Potenzial, die rechtlichen Rahmenbedingungen für die unternehmerische Haftung von Unternehmen für den Klimawandel maßgeblich fortzubilden. In diesem Fall geht es – anders als beim Urteil gegen Shell – um Ersatz der Kosten von Maßnahmen zur Abwen-dung zukünftig erwarteter klimawandelbedingter Schäden: Der Landwirt möchte im Rahmen einer zivilrechtlichen Schadenersatzklage von RWE 0,47% der Kosten für Schutzmaßnahmen seines Hauses ersetzt haben. Durch die Folgen des Kli-mawandels schmilzt ein Gletscher in den Anden, dessen Schmelzwasser Haus und Dorf bedroht. RWE verursacht nach den Zahlen des Weltklima-rates (IPCC) 0,47% der globalen Treibhausgas-

emissionen. Anders als die Vorinstanz war das OLG Hamm der Ansicht, dass es für die zivilrecht-liche Störereigenschaft nicht auf den Umfang des Beitrags zum Klimawandel oder darauf ankommt, ob die vorgenommene Handlung (das Fördern von Braunkohle) rechtmäßig ist. Aller-dings ist höchst umstritten, ob und inwieweit das Handeln von RWE ursächlich für die Gletscher-schmelze ist. Zwar ist ein Nachweis zu diesem Beweis-thema schwer, jedoch hat die Forschung seit dem Beweisbeschluss des OLG Hamm wich-tige neue Erkenntnisse erzielt. Sowohl der aktuellste Sachstandsbericht des Weltklimarats (IPCC) vom 9. August 2021, der die Korrelation zwischen menschlichen Handelns und den Klimawandelfolgen belegt, als auch eine Studie eines Forscherteams der Universität Oxford hat den Rückgang konkret dieses Gletschers und das dadurch steigende Überflutungsrisiko model-liert. Danach sei es zu mehr als 99% sicher, dass sich der Rückzug des Gletschers, der zu dem Flutrisiko führt, nicht allein mit natürlichen Ver-änderungen erklären lasse. Diese Ergebnisse dürften die Durchsetzung des Anspruchs gegen RWE erleichtern. Aktuell ist geplant, dass die Richter und Anwälte zur Ortsbesichtigung in die Anden reisen, der für September 2021 angesetzte Termin verzögert sich aufgrund der Pandemie.

### Relevanz für (deutsche) Unternehmen und Ausblick

In Deutschland haben die Klimaklagen bisher keine beträchtlichen Auswirkungen; im Reporting und Controlling spielt der Klimawandel eine eher geringe Rolle und eine Änderung der Unter-nnehmenspraxis wurde dadurch, anders als z. B. in den USA, bisher kaum bewirkt. Denn rechtlich ist weiterhin aufgrund der oben dargestellten Hürden eine unmittelbare Haftung deutscher Unternehmen für den globalen Klimawandel und

dessen Folgen schwer darstellbar. Ausgeschlossen ist eine solche Entwicklung jedoch nicht.

Das ist insbesondere deswegen der Fall, weil die Klimaschutzbezogenen Sorgfaltspflichten, so wie sie im Urteil gegen Shell dargestellt wurden, sich auch im deutschen Recht materiell nach den deliktsrechtlichen Grundsätzen begründen lassen. Das Verwaltungsgericht Berlin würde heute nach dem Beschluss des BVerfG und aufgrund des existenten Klimaschutzgesetzes möglicherweise die Zulässigkeit der Klage bejahen. Es bleibt jedoch die Hürde, dass – anders als in den Niederlanden – keine umfassende Verbandsklagebefugnis existiert. Eine solche Befugnis von Verbänden als „Anwälten der Natur“ hat auch das BVerfG nochmals abgelehnt.

Deutsche Unternehmen können vor allem durch die Gesetzgebung Grenzen erwarten, neben dem neu formulierten Klimaschutzgesetz z. B. durch eine Umweltverträglichkeitsprüfung mit höheren Anforderungen. Eine gesetzliche Regelung ist auch positiv zu bewerten, da eine Festlegung der Mindestbedingungen jedenfalls bei ihrer Befolgung von einer Haftung für Klimaschäden oder anderen Rechtsfolgen befreit.

Zwar hat das Klimaschutzgesetz grundsätzlich keine einklagbaren Rechte vorgesehen. Möglicherweise werden Unternehmen aber zukünftig selbständig effektive Selbstverpflichtungen zum Klimaschutz setzen, und diese, auch aus ökonomischen Gründen (Einpreisen von Klagerisiken, Zertifikatehandel) befolgen. Die internationale Debatte um unternehmerische Sorgfaltspflichten als solche, wie z. B. im Gesetzgebungsverfahren des deutschen Lieferkettengesetzes gesehen, ist auch viel umfangreicher als die hier behandelten Gerichtsentscheidungen. Denn in Fällen wie gegen Shell geht es hinsichtlich der Emissionen

um ein Unternehmen, welches am Anfang der Wertschöpfungskette steht und (auch deswegen) sein Geschäftsmodell möglicherweise grundlegend umstellen muss.

Eine Prognose dahingehend, ob die Gerichte den teilweise weiten Vorschlägen aus der Literatur zur Haftung in Zukunft folgen werden, ist schwierig. Ausgehend von der Entscheidung des BVerfG und dem deutschen dualistischen System (wonach völkerrechtliche Normen nicht unmittelbar anwendbar, sondern nur Auslegungshilfe sind), ist in Deutschland kurzfristig nicht mit einer erfolgreichen Klagewelle gegen emittierende Unternehmen zu rechnen. Gleichwohl bestehen auch für kleinere und mittelgroße Unternehmen konkrete Risiken. Denn nach dem Sachstandsbericht des IPCC vom 9. August 2021 und der Entscheidung des BVerfG könnte sich der Gesetzgeber berechtigt sehen, eine unternehmerische Haftung festzulegen, wenn diese ihr Unternehmen nicht entlang der Ziele des Pariser Klimaabkommens ausrichten. Vorbeugende Maßnahmen wie die Umsetzung einer entsprechenden Policy sowie die Erfüllung regulatorischer Auflagen sind daher von zentraler Relevanz. Entsprechend der scopes besteht der größte Handlungsbedarf für Unternehmen, die in der Exploration sowie der Verarbeitung fossiler Energieträger tätig sind. In deren Unternehmensrichtlinien niedergelegte Klimaziele werden in besonderem Maße nachverfolgt. In die dort niedergelegten Werte sind die Emissionen auf allen Stufen der Lieferkette (alle scopes) einzubeziehen, denn nur diese Werte erlauben es nach den Ergebnissen der Forschung, die Erderwärmung auf 1,5 Grad verglichen mit dem Niveau vor der Industrialisierung zu begrenzen.

Dazu, inwieweit die Grundrechte zwischen Privaten zur Anwendung kommen und wie die

Frage der Zurechnung gelöst wird, lässt sich noch keine Rechtsprechungslinie erkennen. Deutlich geworden ist, dass der Klimawandel bei den Gerichten „angekommen“ ist. Der globale Klimaschutz ist mittlerweile auch bei Infrastrukturvorhaben zu berücksichtigen, was deutsche Gerichte lange Zeit verneint hatten. Im Rahmen der Umweltverträglichkeitsprüfung ist der Klimaschutz Schutzgut und auch nach dem neuen § 13 KSG besteht eine Berücksichtigungspflicht, die aufgrund des Zielmaßstabs der Sektorziele in § 4 KSG über eine bloße Darstellungspflicht nach dem UVPG hinausgeht. Klimaschutzbezogene Pflichten werden voraussichtlich auch für die Lieferkette zukünftig eine Rolle spielen, wobei eine substantielle Regelung am ehesten auf europäischer Ebene zu erwarten ist.

Nachdem am 9. August 2021 der Weltklimarat seine neuesten naturwissenschaftlichen Erkenntnisse veröffentlicht hat, aus denen die Dringlichkeit staatlichen Handelns hervorgeht, ist nicht auszuschließen, dass Gerichte zukünftig eine bedeutendere Rolle spielen werden, nämlich dann, wenn Regierungen nach Bewertung der Wissenschaft zu langsam tätig werden. Daher empfehlen wir Unternehmen, vorbeugend tätig zu werden und in ihren Richtlinien Treibhausgase einzupreisen, indem ein stringenter Weg zu „net zero“ vorgegeben und umgesetzt wird.

*Bei sämtlichen Fragen zu umweltrechtlichen Themen steht Ihnen gerne zur Verfügung:*

**Dr. Cedric C. Meyer**  
0221 650 65-222  
cedric.meyer@loschelder.de

<sup>1</sup> Beschluss vom 24. März 2021, Az. 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20.

<sup>2</sup> OLG Hamm, Verfahren anhängig unter Az. I-5 U 15/17, 2 O 285/15.

<sup>3</sup> VG Berlin, Urteil vom 31.10.201, Az. 10 K 412/18, BeckRS 2019, 35475.

<sup>4</sup> Hoge Raad, Urteil vom 20.12.2019, Az. 19/00135, ECLI: NL:HR:2019:2007.

<sup>5</sup> Beschluss vom 24. März 2021, Az. 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20.

<sup>6</sup> Council of State, Commune de Grande-Synthe v. France, Az. N° 427301.

<sup>7</sup> High Court, Urteil vom 19.9.2019, Az. 2017 No 793 JR, Friends of the Irish Environment CLG/The Government of Ireland and the Attorney General; Berufung beim Irischen Supreme Court anhängig.

<sup>8</sup> Nanterre High Court, Les Amis de la Terre v. Total, Az. N°R.G.: 19/02833, N° Portalis DB3R-W-B7D-VIPX.

<sup>9</sup> Claudia Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 Other States, Request no 39371/20.

<sup>10</sup> vgl. Fn 4.

<sup>11</sup> Rechtbank Den Haag, Urteil vom 26.05.2021, Az. C/09/571932/HA ZS 19-379, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339.

<sup>12</sup> vgl. Fn 1.





# Öffentliches Baurecht

## Wer hat Angst vor dem Umwandlungsverbot? Eine Betrachtung der Genehmigungsvorbehalte für die Bildung von Wohnungseigentum

**So mancher Immobilieninvestor fühlte sich im vergangenen Jahr vom Schreckgespenst des sog. „Umwandlungsverbots“ heimgesucht: Mit dem Baulandmobilisierungsgesetz, das am 23. Juni 2021 in Kraft getreten ist, wurde eine neue Regelung zur Erschwerung der Bildung von Wohnungseigentum eingeführt. Aber handelt es sich hierbei wirklich um ein Verbot, wie es in der Presse häufig betitelt wurde? Und ist diese Art der Regelung wirklich so neuartig, wie man auf den ersten Blick denken mag?**

### Das Umwandlungsverbot nach dem Baulandmobilisierungsgesetz

Die Antwort auf die eingangs gestellten Fragen lautet zugleich ja und nein. Der neue § 250 BauGB zur Bildung von Wohnungseigentum in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten sieht an sich „nur“ vor, dass eine Genehmigung erforderlich ist, enthält also kein echtes Verbot. Ein genauerer Blick hierauf lohnt aber: Das Gesetz enthält eine Auflistung von (sehr eng gefassten) Fällen, in denen die Genehmigung in jedem Fall zu erteilen ist – zu nennen sind hier beispielsweise Zusammenhang mit einem Erbfall, Veräußerung an Familienmitglieder oder Mieter. Jenseits dieser eng umgrenzten Ausnahmefälle darf eine Genehmigung nur versagt werden, wenn dies für die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnraum erforderlich ist. Das klingt erst einmal – gerade aufgrund der negativen Formulierung – so, als wäre die Versagung nicht unbedingt die Regel.

Klar ist aber auch, dass die Voraussetzung für die Ablehnung einer Genehmigung – Erforderlichkeit für die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnraum – viel Raum für Interpretation gibt. So lässt die Berliner Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen auf ihrer Internetseite zur Erläuterung der Umwandlungsverordnung (siehe hierzu sogleich noch) verlautbaren, dass die Begründung oder Teilung von Wohneigentum damit grundsätzlich verboten sei. Da die Regelung erst vor wenigen Monaten in Kraft getreten ist, gibt es auch noch keine Praxiserfahrungen, so dass negativ gewendet noch viel Unsicherheit herrscht, positiv betrachtet aber auch viel Argumentationsspielraum besteht, ohne die Notwendigkeit, gegen eine gefestigte Behördenpraxis angehen zu müssen.

Letztlich kann es sein, dass der Unterschied zu einem Verbot mit Ausnahmen marginal, wenn nicht sogar inexistent ist. Es ist zu vermuten, dass dies von Bundesland zu Bundesland, vielleicht sogar von Gemeinde zu Gemeinde, unterschiedlich sein wird, je nach politischer Ausrichtung und dem entsprechenden Inhalt eventueller Verwaltungsvorschriften, mit denen die Ministerien die Anwendung steuern.

Bei aller Vorsicht im Hinblick auf die tatsächliche Umsetzung ist derzeit aber auch noch zu bemerken, dass der Genehmigungsvorbehalt nach § 250 BauGB in weiten Teilen Deutschlands noch gar nicht greift. Denn er setzt voraus, dass die Landesregierungen per Verordnung festlegen, wo sich

die Gebiete mit angespannten Wohnungsmärkten befinden. Solange es diese Verordnungen nicht gibt, hat auch der Genehmigungsvorbehalt keinen Anwendungsbereich. Das Land Berlin, das bereits im Herbst seine Umwandlungsverordnung veröffentlichte, ist tatsächlich bislang das einzige Bundesland, das dieses Erfordernis umgesetzt hat, und zwar indem das gesamte Gebiet des Landes Berlin als Gebiet mit angespanntem Wohnungsmarkt festgelegt wird. Hamburg plant nach eigenen Angaben zeitnah den Erlass einer Umwandlungsverordnung; diese Ankündigung ist aber auch schon wieder ein paar Monate alt.

Zeitlich wird der Genehmigungsvorbehalt nach § 250 BauGB, sobald er im jeweiligen Bundesland operabel ist, für alle Begründungen von Wohnungseigentum gelten, die noch nicht im Grundbuch vollzogen sind. Denn die Genehmigung ist Voraussetzung für die Eintragung ins Grundbuch. Ist eine Aufteilung beabsichtigt, so genügt es demnach nicht, noch schnell eine Abgeschlossenheitsbescheinigung vor Inkrafttreten der Verordnung zu erwirken. Das Verfahren zur Begründung von Wohnungseigentum muss grundsätzlich abgeschlossen sein. Ob die Eintragung im Grundbuch erfolgt sein muss oder ob – wie in vergleichbaren Fällen – die Antragstellung ausreicht, wird noch zu klären sein.

### Andere Genehmigungsvorbehalte

Ist denn nun das „Umwandlungsverbot“, das durch das Baulandmobilisierungsgesetz eingeführt wurde, wirklich so innovativ? Auch hier lautet die Antwort ja und nein.

Tatsächlich gab es schon vorher Genehmigungsvorbehalte für die Begründung von Wohnungseigentum. Sicherlich die praktisch größte Bedeutung haben dabei die Erhaltungssatzungen nach

§ 172 BauGB, teilweise auch als Milieuschutzsatzung bezeichnet. Auch im Bereich dieser Satzungen kann gegebenenfalls die Umwandlung in Wohnungseigentum einer Genehmigung bedürfen. Auch hier braucht es dafür einer Verordnung der jeweiligen Landesregierung. Hier endet dann auch die Parallele: Während beim neuen Umwandlungsverbot der Genehmigungsvorbehalt automatisch greift, wenn die Verordnung in Kraft getreten und ein Gebiet mit angespanntem Wohnungsmarkt betroffen ist, muss dies bei den Erhaltungssatzungen von der Gemeinde für jedes einzelne Satzungsgebiet einzeln angeordnet werden. Das hat dazu geführt, dass die Städte sehr unterschiedlich, zum Teil sehr zurückhaltend mit dieser Möglichkeit umgegangen sind – in Köln gibt es beispielsweise nur zwei solche Satzungen, in Berlin dagegen allein in Charlottenburg-Willmersdorf sieben.

Die Sinnhaftigkeit des Genehmigungsvorbehalts bei Erhaltungssatzungen ist stark politisch umstritten; so besteht etwa in NRW diese Möglichkeit gar nicht mehr, weil die Landesregierung die erforderliche Umwandlungsverordnung 2020 (bewusst) ersatzlos auslaufen ließ. Dass ein Bundesland im Hinblick auf das Umwandlungsverbot nach § 250 BauGB trotz der Verankerung im Baulandmobilisierungsgesetz gänzlich vom Erlass einer solchen Verordnung absehen wird, gilt hingegen als eher unwahrscheinlich.

Last but not least sind die Voraussetzungen für die Erteilung einer Genehmigung im Bereich der Erhaltungssatzung deutlich weniger streng: So ist die Genehmigung zu erteilen, wenn ein Absehen von der Begründung von Wohnungseigentum oder Teileigentum wirtschaftlich nicht mehr zumutbar ist. Daneben wurde in der Praxis gerne von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, sich zu verpflichten, innerhalb von sieben Jahren ab der Begründung von Wohnungseigentum

## Öffentliches Baurecht

Wohnungen nur an die Mieter zu veräußern;  
Folge ist ein Anspruch auf Genehmigung. Eine vergleichbare Regelung gibt es in § 250 BauGB nicht.

Neben den Erhaltungssatzungen gibt es auch bisher weitere, allerdings auch im Hinblick auf die Funktion deutlich andere Bereiche, in denen es einen Genehmigungsvorbehalt für die Begründung von Wohnungseigentum gibt: Es handelt sich zum einen um die Grundstücksverkehrsordnung, die nur in den neuen Bundesländern Anwendung findet und auch nur auf Grundstücke, die nach dem 28. September 1990 zum ersten Mal verkauft werden sollen. Die Bedeutung nimmt damit naturgemäß immer weiter ab. Zum anderen bedarf auch in von den Gemeinden festgesetzten Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktion nach § 22 BauGB die Begründung von Wohnungseigentum einer Genehmigung.

Zusammengefasst ist der Genehmigungsvorbehalt für die Begründung von Wohnungseigentum nicht völlig neu. In dieser Weite des Anwendungsbereichs und der Strenge der Regelungen geht er aber über das Bisherige deutlich hinaus.

*Für sämtliche Fragen zum öffentlichen Baurecht stehen Ihnen gerne zur Verfügung:*

**Dr. Maike Friedrich, LL.M.**  
0221 650 65-334  
[maike.friedrich@loschelder.de](mailto:maike.friedrich@loschelder.de)

**Dr. Philipp M. P. Schrage**  
0221 650 65-222  
[philipp.schrage@loschelder.de](mailto:philipp.schrage@loschelder.de)





# Wettbewerbsrecht

## #werbung – BGH trifft Grundsatzentscheidungen zur Kennzeichnungspflicht von Influencern

**Produktempfehlungen mehr oder weniger bekannter und beliebter Persönlichkeiten haben sich in den letzten Jahren zu alltäglichen Begleitern der Nutzer von Instagram, YouTube und anderen sozialen Medien entwickelt. Influencerinnen und Influencer, die ihre Follower an ihrem Leben teilhaben lassen und nebenbei die Produkte ihrer Geschäftspartner vermarkten, erzielen mit ihren Posts Millionenumsätze. Dabei bewegen sie sich häufig noch in einer rechtlichen Grauzone, da zentrale Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Influencer-Marketing noch nicht höchstrichterlich entschieden sind. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat nun in drei Grundsatzentscheidungen jedenfalls geklärt, unter welchen Voraussetzungen Influencerinnen und Influencer ihre Beiträge als Werbung kennzeichnen müssen (BGH, Urteile vom 09.09.2021, Az. I ZR 90/20, I ZR 125/20, I ZR 126/20).**

### Hintergrund

Die drei Verfahren vor dem BGH betrafen Instagram-Posts der erfolgreichen Influencerinnen Luisa-Maxime Huss, Leonie Hanne und Cathy Hummels. Kläger war in allen drei Fällen der Verband Sozialer Wettbewerb e. V. (VSW). Der VSW beanstandete die Verwendung sogenannter „Tap Tags“ in den Beiträgen. Tap Tags sind Markierungen, die erst sichtbar werden, wenn der Nutzer eine Stelle des Bildes antippt. Die Markierung enthalten einen kurzen Text, häufig nicht mehr als einen Namen. Influencer nutzen Tap Tags, um die Hersteller von Produkten zu kennzeichnen, die in den jeweiligen Beiträgen präsentiert werden. Durch ein weiteres Tippen auf das Tap Tag gelangt der Nutzer auf das Instagram-Profil

oder eine Webseite des markierten Unternehmens. Der VSW bewertete die Verwendung der Tap Tags ohne Werbehinweis als unzulässige Schleichwerbung und nahm die Influencerinnen auf Unterlassung und Ersatz einer Abmahnpauschale in Anspruch.

Luisa-Maxime Huss veröffentlicht auf Instagram Bilder von Sportübungen sowie Fitness- und Ernährungstipps. Darüber hinaus bietet sie auf ihrer Webseite Fitnesskurse und Personaltrainings an und betreibt dort einen Online-Shop. Ihr Instagram-Profil enthält einen Hinweis auf die entsprechende URL. Die Klage des VSW betraf einen Beitrag, in dem eine Himbeer-Marmelade abgebildet und mit einem Tap Tag versehen war. Beim Antippen des Tap Tags wurde der Nutzer auf das Instagram-Profil des Herstellers weitergeleitet. Für den Beitrag erhielt Luisa-Maxime Huss von dem Hersteller eine Gegenleistung.

Leonie Hanne unterhält einen von Instagram als authentisch verifizierten Account, den sie überwiegend kommerziell nutzt und den ca. 1,7 Mio. Nutzer abonniert haben. Sie veröffentlicht dort insbesondere Bilder von sich selbst mit kurzen Begleittexten zu den Themen Beauty, Mode, Lifestyle und Reisen. Für den von dem VSW beanstandeten Beitrag hat sie keine Gegenleistung erhalten.

Auch Cathy Hummels veröffentlicht auf Instagram regelmäßig Bilder von sich selbst mit kurzen Begleittexten, vor allem zu Themen wie Mode, ihrem Leben als Mutter eines Kleinkinds, Yoga oder Reisen. Die Beiträge, für die sie von den verlinkten Unternehmen bezahlt wird, kenn-

## Wettbewerbsrecht

zeichnet sie mit dem Hinweis „Bezahlte Partnerschaft mit [...]“. Den streitgegenständlichen Beitrag hat sie veröffentlicht, ohne hierfür eine Gegenleistung erhalten zu haben.

### Rechtlicher Rahmen

Sowohl das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) als auch das Telemediengesetz (TMG) und der Medienstaatsvertrag (MStV) verbieten Schleichwerbung. Das Verbot dient dazu, den Nutzer vor den Gefahren zu schützen, die aus einer Fehleinschätzung über den werblichen Zweck eines bestimmten Angebots resultieren. Diese bestehen darin, dass die Nutzer den kommerziellen Zweck des Handelns zugunsten eines anderen Unternehmens nicht erkennen, sondern vielmehr annehmen, die Empfehlung beruhe auf der persönlichen Wertschätzung des Produkts. Die Nutzer messen der Empfehlung eines (vermeintlich) unabhängigen Dritten einen deutlichen größeren Stellenwert bei als den Äußerungen des Produktherstellers selbst oder eines offensichtlich als solchen auftretenden Werbeträgers. Bei Beiträgen von Influencerinnen und Influencern stellt sich das Problem in besonderem Maße, da diese häufig einen betont privaten Charakter bewahren.

Ein allgemeines wettbewerbsrechtliches Verbot der Schleichwerbung enthält § 5a Abs. 6 UWG. Danach handelt unlauter, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt. Eine „geschäftliche Handlung“ im Sinne des UWG muss nicht zwingend zugunsten des eigenen Unternehmens erfolgen, sondern kann auch in einem Verhalten zugunsten eines fremden Unternehmens liegen.

Daneben bestehen spezifische medienrechtliche Voraussetzungen an die Verbreitung von Werbung. Gem. § 6 Abs. 1 Nr. TMG haben Anbieter von

Telemedien – hierzu zählen auch Influencer, die Accounts in sozialen Medien unterhalten – bei sogenannten „kommerziellen Kommunikationen“ darauf zu achten, dass diese als solche klar zu erkennen sind. Eine ähnliche Bestimmung enthält § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV, nach der Werbung als solche klar erkennbar und vom übrigen Inhalt der Angebote eindeutig getrennt sein muss.

### Entscheidungen

Der BGH hat nun entschieden, dass die Beiträge bekannter Influencerinnen und Influencer in sozialen Medien regelmäßig nur dann als Werbung gekennzeichnet werden müssen, wenn der Beitrag zugunsten eines fremden Unternehmens gepostet wird und sie hierfür eine Gegenleistung erhalten. Bei Beiträgen, die nur zugunsten des eigenen Unternehmens veröffentlicht werden, ergebe sich der kommerzielle Zweck, das eigene Unternehmen zu fördern, regelmäßig bereits aus den Umständen. Dies begründet der BGH wie folgt:

Influencer, die mittels eines sozialen Mediums wie Instagram Waren vertreiben, Dienstleistungen anbieten oder das eigene Image vermarkten, betreiben ein Unternehmen. Die Veröffentlichung von Beiträgen der Influencer in dem sozialen Medium ist daher geeignet, ihre Bekanntheit und ihren Werbewert zu steigern und damit ihr eigenes Unternehmen zu fördern.

Eine Pflicht zur Kennzeichnung der Beiträge zugunsten des eigenen Unternehmens besteht jedoch dann nicht, wenn ein durchschnittlicher Nutzer auf den ersten Blick und ohne jeden Zweifel erkennen kann, dass den Beiträgen ein kommerzieller Zweck insoweit zugrunde liegt, als sie auch der Wertsteigerung des Images der Influencerin dienen und damit dieser für bereits bestehende und künftige Werbepartnerschaft-



ten Vorteile bringen. Der angesprochene Nutzer des sozialen Mediums Instagram wisse, dass Influencer (wie Cathy Hummels) auch Werbeverträge abschließen und sich der Marktwert der Influencer nach der Zahl der Follower bemesse, die wiederum von der Attraktivität der Beiträge des Influencers abhängig sei.

Kennzeichnungspflichtig ist hingegen die Veröffentlichung eines Beitrags zugunsten eines fremden Unternehmens, wenn die Influencerin für den Beitrag eine Gegenleistung erhält. In diesen Fällen muss der kommerzielle Zweck des konkreten Beitrags, den Absatz von Produkten dieses Herstellers zu fördern, kenntlich gemacht werden, sofern sich dieser kommerzielle Zweck – was beim Influencer-Marketing allerdings nur selten der Fall sein wird – nicht bereits aus den Umständen ergibt.

Das Gleiche gilt, wenn die Influencerin einen Beitrag zugunsten eines fremden Unternehmens veröffentlicht, ohne hierfür eine Gegenleistung zu erhalten, der Beitrag dafür aber einen sogenannten „werblichen Überschuss“ aufweist. Dies ist der Fall, wenn der Beitrag nach seinem Gesamteindruck „übertrieben werblich“ ist, etwa, weil er ohne jede kritische Distanz allein die Vorzüge eines Produkts dieses Unternehmens in einer Weise lobend hervorhebt und den Rahmen einer sachlichen Information verlässt. Allein die Tatsache, dass Bilder, auf denen das Produkt abgebildet ist, mit einem Tap Tag versehen sind, soll für die Annahme eines solchen werblichen Überschusses regelmäßig nicht ausreichen. Bei einer Verlinkung auf eine Internetseite des Herstellers des abgebildeten Produkts soll hingegen regelmäßig ein werblicher Überschuss vorliegen

Hiervon ausgehend kam der BGH in dem Verfahren gegen Luisa-Maxime Huss zu dem Ergebnis, dass der streitgegenständliche Instagram-Beitrag gegen das Verbot der Schleichwerbung verstößt.

Der kommerzielle Zweck des Beitrags, den Absatz von Produkten des Herstellers der Himbeer-Marmelade zu fördern, sei nicht hinreichend kenntlich gemacht und ergebe sich auch nicht aus den Umständen (§ 5a Abs. 6 UWG). Die in dem Beitrag liegende kommerzielle Kommunikation bzw. Werbung sei auch nicht klar als solche zu erkennen (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG, § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV).

In den Verfahren betreffend die Beiträge von Leonie Hanne und Cathy Hummels konnte der BGH Verstöße gegen das Verbot der Schleichwerbung hingegen nicht feststellen. Soweit die Veröffentlichung der Beiträge der Influencerinnen zu Gunsten ihrer eigenen Unternehmen erfolgten, liege kein Verstoß gegen § 5a Abs. 6 UWG vor, weil sich der kommerzielle Zweck unmittelbar aus den Umständen ergebe. Soweit die Influencerinnen zu Gunsten fremder Unternehmen gehandelt haben, seien die Beiträge ebenfalls nicht zu beanstanden.

### Ausblick

Bereits jetzt steht fest, dass die Leitlinien, die der BGH in seinen Grundsatzentscheidungen aufgestellt hat, in dieser Form nur für kurz Zeit gelten. Am 28. Mai 2022 tritt das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes in Wettbewerbs- und Gewerberecht in Kraft, das auch den gesetzlichen Rahmen für die Pflichten zur Kennzeichnung von Beiträgen in sozialen Medien ändert.

Konkret erhält das wettbewerbsrechtliche Verbot der Schleichwerbung eine Einschränkung. Gemäß § 5a Abs. 4 Satz 2 UWG n.F. liegt ein kommerzieller Zweck bei einer Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens nicht vor, wenn der Handelnde kein Entgelt oder keine ähnliche Gegenleistung für die Handlung von dem fremden Unternehmen erhält oder sich versprechen lässt. Auf einen „werblichen Überschuss“ des Beitrags kommt es dann nicht mehr an. Auch im

## Wettbewerbsrecht

Rahmen des wettbewerbsrechtlichen Verbots der Schleichwerbung ist dann allein entscheidend, ob die Handelnden für die Produktempfehlung eine Gegenleistung erhalten.

Die bevorstehende Änderung des UWG trägt zur Rechtssicherheit bei und führt zu einer Liberalisierung des Wettbewerbsrechts. Speziell für Produktempfehlungen von Influencerinnen und Influencern wird sich durch die Gesetzesänderung im Ergebnis jedoch nichts ändern. Die Auseinandersetzungen des VSW mit den drei Influencerinnen wären auch nach neuem Recht gleich zu entscheiden.

Festzuhalten ist, dass nicht jede Produktempfehlung in sozialen Medien zwingend eine Pflicht zur Kennzeichnung als Werbung nach sich zieht. Erhalten Influencerinnen und Influencer für einen Beitrag allerdings eine Gegenleistung, sollte der Beitrag jedoch stets durch einen eindeutigen und unmissverständlichen Hinweis gekennzeichnet werden.

*Für sämtliche Fragen zur Werbung im Internet steht Ihnen gerne zur Verfügung:*

**Dr. Patrick Pommerening**  
0221 650 65-134  
[patrick.pommerening@loschelder.de](mailto:patrick.pommerening@loschelder.de)



S CORONA VIRUS CORONA

S CORONA

CORONA

CORONA

CORONA

# Versicherungsrecht

## Rechtsprechungsübersicht zur Betriebs-schließungsversicherung

**Die Frage, ob Betriebsschließungen infolge der Corona-Pandemie versichert sind, beschäftigt bundesweit weiterhin die Gerichte. Mittlerweile liegen zahlreiche Urteile der Landgerichte aber auch bereits einige oberlandesgerichtliche Urteile zu dieser Frage vor. Während einige Gerichte den Klagen der Versicherungsnehmer stattgeben, zeigt sich in der Rechtsprechung überwiegend eine versichererfreundliche Tendenz, sodass viele Gerichte die Klagen der Versicherungsnehmer mit unterschiedlichen Begründungen abweisen. Der folgende Beitrag soll einen Überblick über den Stand der Rechtsprechung zur Betriebsschließungsversicherung geben.**

### Allgemeines

Für die Betriebsschließungsversicherung besteht eine Vielzahl an Bedingungswerken, die im Wortlaut teilweise erheblich voneinander abweichen. Grundlage der Gerichtsentscheidungen ist daher stets nur das im streitgegenständlichen Einzelfall anwendbare Bedingungswerk. Damit sind die Entscheidungen als Einzelfallentscheidungen zu betrachten und nur insoweit miteinander vergleichbar, als dass den Fällen identische Versicherungsbedingungen zugrunde liegen.

### Streitstand in der Rechtsprechung

Die beiden Kernstreitpunkte sind zum einen, ob Betriebsschließungen auch dann versichert sind, wenn es keinen Krankheitsausbruch in dem streitgegenständlichen Betrieb gegeben hat (Vorliegen einer sog. „intrinsischen Gefahr“), zum anderen ob das Coronavirus ein versicherter Krankheitserreger im Sinne der Versicherungsbedingungen ist.

### Vorliegen einer intrinsischen Gefahr

Die meisten Landgerichte sind der Ansicht, dass die gängigen Versicherungsbedingungen keine Regelung dahingehend enthalten, dass nur intrinsische Gefahren versichert sind. Vielmehr sei es ausreichend, dass der streitgegenständliche Betrieb aufgrund einer Allgemeinverfügung der zuständigen Behörde geschlossen worden ist. Einige unterinstanzliche Gerichte sind hingegen der Ansicht, dass lediglich solche Betriebsschließungen versichert seien, die aufgrund einer konkreten Infektionsgefahr in dem streitgegenständlichen Betrieb angeordnet worden sind. Flächendeckende Schließungen seien aufgrund der Systematik und des Sinn und Zwecks der Versicherungsbedingungen nicht versichert.

In der obergerichtlichen Rechtsprechung zeigt sich mittlerweile jedoch eine andere Tendenz. So haben bereits einige Oberlandesgerichte (OLG) entschieden, dass nach den gängigen Versicherungsbedingungen lediglich betriebsinterne Gefahren versichert seien. U. a. haben das OLG Schleswig und das OLG Hamburg festgestellt, dass in der Betriebsschließungsversicherung nur konkrete, einzelfallbezogene Maßnahmen zur Bekämpfung einer gerade aus dem Betrieb erwachsenden Infektionsgefahr versichert seien.

Überzeugender ist hingegen die Ansicht des OLG Dresden wonach der Deckungsumfang der dort maßgeblichen Versicherungsbedingungen nicht auf intrinsische Gefahren beschränkt sei (so auch OLG Hamm).

### Coronavirus als versicherter Krankheitserreger

Am umstrittensten ist weiterhin die Frage, ob Betriebsschließungen aufgrund des Coronavirus versichert sind. Im Wesentlichen gab es zum Zeitpunkt des Ausbruchs der Coronapandemie drei gängige Bedingungswerke. In den am häufigsten verwendeten Versicherungsbedingungen ist geregelt, dass „die folgenden im Infektionsschutzgesetz in den §§ 6 und 7 namentlich genannten Krankheiten und Krankheitserreger“ versichert sind. Dem schließt sich ein Katalog an Krankheiten und Krankheitserregern an. In manchen Bedingungswerken ist die oben genannte Klausel noch durch das Wort „nur“ ergänzt,

sodass geregelt ist, dass „nur die folgenden im Infektionsschutzgesetz in den §§ 6 und 7 namentlich genannten Krankheiten und Krankheitserreger“ versichert sind. Schließlich gibt es Bedingungswerke, die hinsichtlich der versicherten Krankheiten und Erreger auf das IfSG in einer bestimmten Fassung verweisen.

Im Hinblick auf Versicherungsbedingungen, die eine Aufzählung der versicherten Krankheiten und Krankheitserreger enthalten, ist die überwiegende Anzahl der Landgerichte der Ansicht, dass diese Aufzählung abschließend sei und damit lediglich Schließungen aufgrund der dort ausdrücklichen genannten Krankheiten und Erreger versichert seien.

Ähnlich stellt sich auch die Rechtslage hinsichtlich der Versicherungsbedingungen dar, die auf das IfSG in einer bestimmten Fassung verweisen. Auch diesbezüglich sind viele Landgerichte der Ansicht, dass der Versicherungsschutz auf die Krankheiten und Krankheitserreger beschränkt ist, die ausdrücklich in der in Bezug genommenen Fassung des IfSG benannt sind.

Nach anderer Ansicht, der auch einige Landgerichte folgen, ist das Coronavirus auch in den oben genannten Konstellationen mitversichert. Begründet wird dies damit, dass die Aufzählung der Krankheiten und Erreger in den Versicherungsbedingungen nur deklaratorisch, aber keinesfalls abschließend sei. Darüber hinaus nehmen die Versicherungsbedingungen auf alle



Regelungen des IfSG Bezug, mithin auch die Öffnungsklauseln, sodass das Coronavirus auch darüber mit in die Versicherungsbedingungen einbezogen sei. Schließlich vertreten auch einige Landgerichte die Auffassung, dass die Versicherungsbedingungen jedenfalls missverständlich formuliert und damit intransparent und unangemessen benachteiligend seien und mithin einer AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB nicht standhalten.

Die meisten Oberlandesgerichte folgen der verbreiteten Ansicht der Landgerichte und vertreten die Meinung, dass Schließungen aufgrund des Coronavirus dann nicht versichert seien, wenn die Versicherungsbedingungen einen Katalog von Krankheiten und Krankheitserregern enthalten, da dieser Katalog abschließend sei. Entsprechende Bedingungen seien auch für den durchschnittlichen Versicherungsnehmer verständlich und halten daher einer AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB stand (so z. B. OLG Koblenz).

Anderer Ansicht ist hingegen das OLG Karlsruhe. Das Gericht stellt zwar fest, dass die in den Versicherungsbedingungen enthaltene Auflistung von Krankheiten und Krankheitserregern abschließend ist, kommt jedoch zu einer Unwirksamkeit der Klausel nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Das OLG Karlsruhe argumentiert dabei mit dem Wortlaut der streitgegenständlichen Versicherungsbedingungen. Der durchschnittliche Versicherungsnehmer verstehe den Verweis auf das IfSG so, dass jede Betriebsschließung auf Grundlage des IfSG versichert ist.

Hervorzuheben sind auch die Ausführungen des OLG Karlsruhe zu der Frage, ob eine Betriebsschließung auch dann vorliegt, wenn ein Hotelbetrieb im streitgegenständlichen Zeitraum weiterhin Übernachtungsgäste für geschäftliche Zwecke beherbergt hat. Das Gericht geht davon aus, dass entscheidend sei, ob sich die behördliche Anordnung im konkreten Fall faktisch wie eine Betriebsschließung ausgewirkt hat, was auch bei einer begrenzten Beherbergung von Geschäftsleuten in einem Hotel noch angenommen werden könne.

Weitestgehend Einigkeit unter den Gerichten besteht schließlich dahingehend, dass Schließungen aufgrund des Coronavirus jedenfalls dann nicht versichert seien, wenn die Versicherungsbedingungen einen Katalog von Krankheiten und Erregern beinhalten und festlegen, dass „nur“ die dort ausdrücklich genannten Krankheiten und Erreger versichert seien. Dieser Ansicht folgt auch das OLG Karlsruhe in einer weiteren Entscheidung und reiht sich damit in die landgerichtliche Rechtsprechung ein.

### Fazit

In der Rechtsprechung zeigt sich mittlerweile eine eindeutige Tendenz dahingehend, dass Klagen der Versicherungsnehmer zumeist zurückgewiesen werden. Wie der BGH diese Rechtsfragen sieht, ist weiterhin offen. Dem kann mit Spannung entgegengesehen werden.

## Versicherungsrecht

*Bei Fragen zur Betriebsschließungsversicherung  
und allgemein 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



## In eigener Sache

Sechs neue Partner, davon fünf „aus den eigenen Reihen“

Wir freuen uns sehr, dass wir zum 1. Januar 2022 fünf neue Partnerinnen und Partner aus den eigenen Reihen ernannt haben. Außerdem verstärkt ein Quereinsteiger die Partnerschaft.



Dr. Maike Friedrich, LL.M., ist Fachanwältin für Verwaltungsrecht und berät zu allen Fragen des öffentlichen Baurechts. Sie begleitet Investoren bei der Aufstellung von vorhabenbezogenen und Angebotsbebauungsplänen und unterstützt die öffentliche Hand in bauplanungsrechtlichen Fragestellungen. Der Schwerpunkt ihrer Arbeit liegt an der Schnittstelle von Bauplanungs- und Immissionsschutzrecht, insbesondere bei Fragen des Lärmschutzes. Maike Friedrich ist seit 2013 bei Loschelder.

Sie erreichen Frau Dr. Maike Friedrich, LL.M. unter:  
T +49 (0) 221 650 65-334  
F +49 (0) 221 650 65-249  
maike.friedrich@loschelder.de



Dr. Robert Kessler ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und berät Unternehmen in allen Bereichen des privaten Baurechts. Er übernimmt die Prozessführung in Haftungsfällen und vertritt Architekten und Ingenieure bei Honorarfragen. An der Schnittstelle von Privatem Baurecht und Immobilienrecht berät er baubegleitend Investoren und gestaltet Bau- und Planerverträge. Weitere Schwerpunkte bilden die Beratung und Prozessführung im Anlagenbau sowie die Spezialgebiete Produkthaftungsrecht und Bauproduktrecht. Robert Kessler ist seit 2015 bei Loschelder.

Sie erreichen Herrn Dr. Robert Kessler unter:  
T +49 (0) 221 650 65-482  
F +49 (0) 221 650 65-368  
robert.kessler@loschelder.de

## In eigener Sache



Dr. Marcel Kleemann berät im Gesellschaftsrecht, insbesondere bei Organhaftungsthemen, Compliance-Fragen, gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten und der Vorbereitung und Durchführung von Gesellschafter- und Hauptversammlungen. Zudem verfügt er über umfassende Erfahrung bei der Durchführung konzerninterner Ermittlungen. Marcel Kleemann ist seit 2017 für Loschelder tätig, nachdem er drei Jahre zuvor bei der internationalen Sozietät Linklaters gestartet war.

Sie erreichen Herrn Dr. Marcel Kleemann unter:  
T +49 (0) 221 650 65-266  
F +49 (0) 221 650 65-114  
marcel.kleemann@loschelder.de



Dr. Sandra Orlikowski-Wolf ist Fachanwältin für Versicherungsrecht und berät insbesondere zur D&O-Versicherung, Vermögensschadenhaftpflicht-, Betriebs- und Produkthaftpflichtversicherung und zum Bauversicherungsrecht. Der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit liegt in der Beratung und der gerichtlichen Vertretung bei großen Schadensfällen. Sandra Orlikowski-Wolf verfügt über langjährige Erfahrung in der Prozessführung, einschließlich Schiedsverfahren. Sie ist – nach drei Jahren bei der Sozietät Hengeler Mueller – im Jahr 2006 bei Loschelder eingestiegen und war seit 2019 Counsel.

Sie erreichen Frau Dr. Sandra Orlikowski-Wolf unter:  
T +49 (0) 221 650 65-206  
F +49 (0) 221 650 65-181  
sandra.orlikowski-wolf@loschelder.de



Dr. Hans-Georg Schreier, L.L.M., berät zu allen Fragen des Handelsrechts, insbesondere bei der rechtlichen Gestaltung komplexer Lieferbeziehungen sowie in Risiko- und Krisensituationen. Er verfügt über besondere Erfahrungen im Bereich der Produkthaftung und vertritt Mandanten regelmäßig vor staatlichen Gerichten und in Schiedsverfahren. Er verfügt außerdem über besondere Kenntnisse bei der Beratung von Finanzdienstleistern im Bereich der Leasing- und Refinanzierung. Hans-Georg Schreier ist seit 2014 bei Loschelder.

Sie erreichen Herrn Dr. Hans-Georg Schreier, L.L.M. unter:  
T +49 (0) 221 650 65-180  
F +49 (0) 221 650 65-181  
hans-georg.schreier@loschelder.de

## In eigener Sache



Sie erreichen Herrn Dr. Nils Derksen unter:  
T +49 (0) 221 650 65-224  
F +49 (0) 221 650 65-225  
nils.derksen@loschelder.de

### Verstärkung im Bereich Restrukturierung und Insolvenzrecht

Zum November 2021 hat Loschelder darüber hinaus Dr. Nils Derksen als Quereinsteiger in die Partnerschaft aufgenommen. Nils Derksen war zuletzt Principal Associate bei der internationalen Sozietät Freshfields Bruckhaus Deringer. Er verfügt über mehr als sieben Jahre Erfahrung in der rechtlichen Beratung bei Unternehmenstransaktionen in Krise und Insolvenz (Distressed M&A), außergerichtlichen und gerichtlichen Restrukturierungen sowie sämtlichen Fragen des Sanierungs- und Insolvenzrechts. Einen weiteren Schwerpunkt bildet die Beratung im Gesellschaftsrecht und M&A mit einem Fokus auf konzernrechtliche Umstrukturierungen (z.B. Carve-Outs).



### Neue Veröffentlichung des LOSCHELDER-Digitali- sierungsteams: Praxisleitfaden „Digitale Angebote – Neuer Rechts- rahmen für ihre Entwick- lung von der Idee bis zum Vertrieb“

Loschelder-Anwältin Dr. Kristina Schreiber ist Herausgeberin und Autorin des Praxisleitfadens. Die Loschelder-Anwälte Dr. Simon Kohm, Dr. Patrick Pommerening, Dr. Hans-Georg Schreier, LL.M. sowie die wissenschaftlichen Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen Hendrik Eppelmann, Julia Esser und Promotionsstipendiatin Claire Vierbuchen sind Mitautoren des in der 1. Auflage im C.H. Beck Verlag erschienenen Werkes. Enthalten sind zahlreiche Praxis-hinweise sowie Checklisten zur rechtskonformen Verwirklichung digitaler Geschäftsmodelle.

Ab dem 1. Januar 2022 müssen Verbraucherverträge über digitale Produkte neuen zivilver-

## In eigener Sache

tragsrechtlichen Regeln folgen. Diese Neuregelungen für das digitale Vertragsrecht sind erheblich und verlangen weitreichende Änderungen in Produkt- und Vertragsgestaltung. Auch auf Unternehmensverträge werden sich die Neuregelungen auswirken. Für das rechtskonforme Angebot digitaler Produkte müssen darüber hinaus eine Reihe weiterer Rechtsvorschriften beachtet werden: Die Rechtsvorgaben für digitale Geschäftsmodelle werden zunehmend komplexer.

Der neue Praxisleitfaden *Digitale Angebote* führt durch alle maßgeblichen Rechtsvorgaben, strukturiert nach dem Entwicklungszyklus digitaler Produkte von der Idee bis zur Marktfähigkeit. Er behandelt dabei alle relevanten Rechtsfragen, etwa bei der Produkt- und Vertragsgestaltung, dem Vertrieb und der anschließenden Pflege – etwa über Updates – und Gewährleistung. Behandelt werden neben den Neuregelungen im BGB diverse EU-rechtliche Vorgaben für digitale Produkte, etwa die Plattformo-Business-Verordnung, das IP-, IT- und Datenschutzrecht wie auch die Digitalregelungen der 10. GWB-Novelle. Der Praxisleitfaden erscheint voraussichtlich im Januar 2022.



### Neue Veröffentlichung mit LOSCHELDER-Beteiligung: 10. Auflage der Muster-sammlung „AnwaltFormulare“

Mit Dr. Thilo Klingbeil (†), Dr. Andreas Fink, Dr. Mirko Ehrich, Dr. Simon Kohm und Dr. Robert Kessler haben gleich fünf Loschelder-Rechtsanwälte Kapitel zur Mustersammlung „Anwalt-Formulare“ verantwortet. Die über 3.000 Seiten starke Mustersammlung wird von Dr. Thomas Heidel und Dr. Stephan Pauly herausgegeben und ist soeben im Deutschen Anwalt-Verlag in 10. Auflage erschienen. Sie richtet sich an Praktiker aus Kanzleien und Unternehmen.

Die Darstellung von Dr. Ehrich und Dr. Kessler zum privaten Baurecht bietet einen Überblick zum Ablauf eines Bauvorhabens und enthält nützliche Musterverträge und -texte zu Bauverträgen, Architekten- und Ingenieurverträgen sowie für Klagen und selbständige Beweisverfahren. Das von

Dr. Klingbeil (†) und Dr. Kohm beigetragene Kapitel zum Kartellrecht befasst sich mit allen praxisrelevanten Bereich der kartellrechtlichen Beratung, vom Kartellverbot über Fragen der Marktbeherrschung, Fusionskontrolle und Schadensersatzklagen. Der von Dr. Fink und Dr. Kohm verfasste Beitrag zum Vergaberecht bietet eine Kurzdarstellung der rechtlichen Grundzüge des Vergaberechts einschließlich eines Überblicks zum Nachprüfungsverfahren, zu den einschlägigen Rechtsmitteln und zu Eilanträgen.

---

### LOSCHELDER bloggt!

Seit kurzem informiert Loschelder auch unter <https://digitalisierungsrecht.eu/> praxisnah und aktuell über alle Rechtsfragen rund um die digitale Transformation und diskutiert unter <https://www.geheimnisblog.de> neue Entwicklungen im Bereich des Know-how-Schutzes.

## Veröffentlichungen

Dr. Robert Kessler

Anmerkung zu OLG Celle, Urteil v. 24.06.2020,  
Az. 14 U 20/20 – Bauüberwacher muss Witte-  
rungsschutz planen!  
IBR 2020, S. 469

---

Dr. Sandra Orlikowski-Wolf

Anmerkung zu OLG Frankfurt a. M.,  
Urteil v. 07.07.2021, Az. 7 U 19/21 – D&O-Versiche-  
rung: Vorläufiger Deckungsschutz im Rahmen  
einer Leistungsverfügung  
r+s 2021, S. 509 ff.

---

Dr. Detlef Grimm

Duales Studium; Nachvertragliche Wettbewerbs-  
verbote; Betriebsverfassungsrecht; EBR; SE-BR  
in: Lunk (Hrsg.), AnwaltFormulare Arbeitsrecht,  
4. Auflage, Bonn, 2021, S. 811 ff., S. 1014 ff., S. 1222 ff.

---

Dr. Detlef Grimm

Entgeltfortzahlung; Elterngeld, Elternzeit, Betreu-  
ungsgeld und Pflegezeit; Koalitions-, Arbeits-  
kampf- und Tarifrecht; Arbeitnehmerentsendung  
und Mindestlohn; Beschäftigtendatenschutz und  
Social Media  
in: Tschöpe (Hrsg.), Arbeitsrecht Handbuch,  
12. Auflage, Köln, 2021, S. 664 ff., S. 801 ff.,  
S. 2113 ff., S. 2835 ff., S. 2869 ff.

---

Dr. Detlef Grimm

Die neue datenschutzrechtliche Stellung des  
Betriebsrats  
ArbRB 2021, S. 279–282 (zusammen mit  
Tillmann Vitt)

---

Dr. Detlef Grimm

Keine Entschädigung gem. §56 IfSG für Unge-  
impfte in Quarantäne  
ArbRB 2021, S. 293

---

Dr. Simon Kohm / Dr. Andreas Fink

Kartellrecht  
in: Heidel/Pauly (Hrsg.), AnwaltFormulare,  
10. Auflage, DeutscherAnwaltVerlag, Bonn, 2021

---

Dr. Simon Kohm / Dr. Thilo Klingbeil

Kartellrecht  
in: Heidel/Pauly (Hrsg.), AnwaltFormulare,  
10. Auflage, DeutscherAnwaltVerlag, Bonn, 2021

---

Dr. Sandra Orlikowski-Wolf /

Dr. Elena Gubenko

Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Urteil v. 30.06.2021,  
Az. 12 U 4/21 – Leistungen aus Betriebsschlie-  
ßungsversicherung nach behördlicher Maßnahme  
wegen der Corona-Pandemie  
r+s 2021, S. 438

---

Dr. Kristina Schreiber

Ein neues Vertragsrecht für digitale Produkte  
MMR 8/2021, S. 601 f.

---

Dr. Sandra Orlikowski-Wolf

D&O-Versicherungsverträge in der Insolvenz der  
Versicherungsnehmerin (VN)  
r+s 2021, S. 365 ff.

---

Dr. Kristina Schreiber

Jugendschutz durch Datenschutz  
MMR 6/2021, S. 467 ff. (zusammen mit Bernadette  
Gottwald)

## In eigener Sache

Dr. Simon Kohm

Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urteil v. 10.02.2021,  
Az. VI-U (Kart) 8/19 – Zur Zulässigkeit eines Grund-  
urteils im Kartellschadensersatzprozess  
GRUR-Prax 2021, S. 298 (zusammen mit Marco  
Bickel)

---

Dr. Mirko Ehrich / Dr. Robert Kessler

Privates Baurecht  
in: Heidel/Pauly (Hrsg.), *AnwaltFormulare*,  
10. Auflage, DeutscherAnwaltVerlag, Bonn, 2021

---

Dr. Robert Kessler

Anmerkungen zu OLG Stuttgart,  
Urteil v. 09.07.2019, Az. 10 U 14/19 – Verstoß gegen  
anerkannte Regeln der Technik wird durch  
Zustimmung im Einzelfall nicht geheilt! / Rückbau  
und Neuerrichtung erforderlich: Mängelbesei-  
tigung unverhältnismäßig?  
IBR 2021, S. 348 / IBR 2021, S. 349

---

Dr. Robert Kessler

Anmerkung zu KG, Urteil v. 20.10.2017,  
Az. 21 U 84/16 – Zwei mögliche Auftraggeber: Kein  
Honorar trotz verwerteter Architektenleistungen!  
IBR 2021, S. 81

## **Impressum**

Herausgeber:  
LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE  
Partnerschaftsgesellschaft mbB

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

Konzept, Gestaltung:  
wiehl, Co.

Fotografie:  
iStock/gettyimages, Asbach

A close-up photograph of several metal parts, likely brass or aluminum, with a warm, golden-brown color. The focus is on two circular metal discs in the foreground. The left disc has the number '50' and a small logo engraved on its top surface. The right disc also has '50' engraved on it. The background is softly blurred, showing more of the same metal components. The overall lighting is soft and directional, creating highlights and shadows that emphasize the metallic texture.

Loschelder

Konrad-Adenauer-Ufer 11  
50668 Köln

0221 650 65-0  
[www.loschelder.de](http://www.loschelder.de)