SOH

SCHMIDT | VON DER OSTEN | HUBER

NEWS

Gleicher Kiez – neues Büro

SOH meets „Rü 26“

„Big Data“ im Gesundheitswesen

Krankschreibung per WhatsApp?

Urlaubsanspruch

Neues zu Verfall und Übertragbarkeit

Geschäftsführerhaftung

Handlungsbedarf erkennen – Haftungsfallen vermeiden!

Internet und Datenschutz

Cookies nur mit aktiver Einwilligung

2019 AUSGABE NR. 15

Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

ein für SOH besonders ereignisreiches Jahr neigt sich dem Ende zu.

Im Vordergrund stand für uns natürlich, nach über 65 Jahren an „unserem“ Haumannplatz in unsere neuen Büroräume auf der Rüttenscheider Straße 26 in Essen (in unmittelbarer Nähe des Museums Folkwang) zu ziehen.

Schon seit einiger Zeit zeichnete sich ab, dass die Räumlichkeiten am Haumannplatz dem dynamischen und stetigen Wachstum von SOH nicht dauerhaft Rechnung tragen konnten. Die Möglichkeit des Umzugs verdanken wir daher in erster Linie Ihnen, liebe Leserinnen und Leser, als unseren Mandanten und dem Vertrauen, das Sie in unsere anwaltlichen und notariellen Dienstleistungen setzen – dafür möchten wir uns an dieser noch einmal besonders bei Ihnen bedanken.

Durch den Standortwechsel haben wir die bestehenden Strukturen deutlich optimieren und modernisieren und Platz für weiteres Wachstum schaffen können.

Einige erste Impressionen von unserem Umzug bekommen Sie in diesen SOH-News.

Vor allem freuen wir uns aber, wenn wir Sie möglichst bald in unseren neuen Räumlichkeiten persönlich begrüßen dürfen.

Neu zum SOH-Team gestoßen sind in diesem Jahr Herr Dr. Hauke Hein, der unser Arbeitsrechtsteam verstärkt, Herr Dr. Philip Koch (im Bereich Handels- und Gesellschaftsrecht) und Frau Carolina von Kempis (Medizinrecht). Frau von Kempis ist zugleich die erste Teilnehmerin unseres „SOH-Promotionsprogramms“, mit dem wir jungen, begabten Juristinnen und Juristen die Möglichkeit eröffnen, ihre Dissertation flexibel neben ihrer Tätigkeit als Berufseinsteiger bei SOH anfertigen zu können. Alle drei Neuzugänge stellen sich in diesen SOH-News mit Beiträgen aus ihren jeweiligen Fachbereichen vor.

©Anatoliy - stock.adobe.com

Und noch eine Mitteilung in eigener Sache: Mit Wirkung zum 31.03.2020

wird Herr Dr. Notker Lützenrath seine Aufgabe als Geschäftsführer von SOH niederlegen. Herr Dr. Lützenrath möchte sich wieder ganz seinen Mandaten widmen. Herr Dr. Lützenrath hat die Entwicklung von SOH in den letzten Jahren und unseren Standortwechsel wesentlich mitgestaltet, wofür wir uns bereits an dieser Stelle herzlich bei ihm bedanken.

Wir wünschen – wie immer an dieser Stelle – viel Spaß beim Lesen und Ihnen und Ihren Lieben gesegnete Weihnachten!

Dr. Till Wegmann

Dr. Jochen Lehmann

Dr. Alexander Remplik

Gleicher Kiez – neues Büro: SOH meets „Rü 26“

Wer privat schon einmal umgezogen ist, der weiß, dass ein Umzug einer minutiösen Planung bedarf.

Wir haben die Erfahrung gemacht, dass ein Umzug einer Unternehmenstransaktion gleicht:

1. Je größer, desto komplexer und
2. wenn die Juristen die Formalien (Signing) über die Bühne gebracht haben, geht die eigentliche Arbeit erst los (Closing).

Da unsere Expertise im Bereich der Unternehmenstransaktionen und nicht im Umzugsgewerbe liegt, wurde uns schnell klar, dass wir für dieses Großprojekt die Hilfe von Fachleuten benötigen.

Alle Fotos: Georg Pieron

Mit ihrer Unterstützung hat das fast 80 Personen starke SOH-Team den Umzug am 11./12. Oktober erfolgreich gemeistert und Abschied von „unserem“ Haumannplatz genommen, um in unserem neuen „Zuhause“ auf der Rüttenscheider Straße 26 die Arbeit für unsere Mandanten bereits am folgenden Montag, dem 14. Oktober, in schon fast unheimlicher Normalität wieder aufzunehmen.

Dass unser Umzug so gut geklappt hat, ist ein Verdienst aller Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von SOH und unserer professionellen Helfer – dafür ein großes Dankeschön!

Insbesondere danken wir:

- den Herren Pauly und Grützmacher vom Umzugsunternehmen Hilbrans GmbH & Co. KG in Duisburg für die reibungslose Abwicklung des Umzugs mit über 8.000 (!) Umzugskisten,
- den Herren Knickenberg und Romeike sowie Frau Heger von der combine design GmbH in München für die Gestaltung der – wie wir finden – sehr stilvollen Inneneinrichtung unserer neuen Räumlichkeiten und so manchen praktischen Rat abseits ihres eigentlichen Auftrags,
- Herrn Kümmerlein und seinem Team der binary GmbH für den wirklich reibungslosen Umzug unserer gesamten IT-Landschaft sowie
- last but not least unserer neuen Vermieterin PI Verwaltung GmbH dafür, dass sie es gewagt hat, die Gebäude an der Rü 26 grundlegend zu renovieren und dann an eine Anwaltskanzlei zu vermieten!

Neu im SOH-Team

Dr. Hauke Hein

Herr Dr. Hauke Hein verstärkt SOH seit September 2019 und berät unsere Mandanten im Arbeitsrecht. Nach einer Promotion im Aktien- und Kapitalmarktrecht und mehrjähriger Arbeit an einem arbeits- und gesellschaftsrechtlichen Lehrstuhl der Universität Marburg, führte das Referendariat den gebürtigen Westfalen zu einer der führenden Wirtschaftskanzleien nach Düsseldorf und New York. Wir freuen uns, ihn nunmehr als Rechtsanwalt bei SOH in Essen zu begrüßen.

Dr. Philip Koch

Herr Dr. Philip Koch verstärkt seit November 2019 unser Team. Nach knapp zehn Jahren Tätigkeit in einer mittelständischen Sozietät in Essen und dreijähriger Mitarbeit bei einem Duisburger Insolvenzverwalter ist er zu uns gewechselt. Seine Beratungsschwerpunkte liegen im Handels- und Gesellschaftsrecht, der Prozessführung und im Insolvenzrecht.

Carolina v. Kempis

Frau v. Kempis verstärkt seit August 2019 unser Team im Bereich des Medizinrechts. Sie war zunächst in einer medizinrechtlichen Kanzlei im Rheinland tätig und hat berufsbegleitend einen LL.M. im Medizinrecht erworben. Ihr Schwerpunkt bei SOH liegt im Arzthaftungsrecht. Sie strebt im Rahmen des SOH-Promotionsprogramms eine Promotion an der Universität Düsseldorf an.

Unser Mandant:

Yusen Logistics

©Yusen Logistics

Yusen Logistics Co. Ltd. wurde 1955 gegründet und beschäftigt derzeit weltweit ca. 24.000 Mitarbeiter an mehr als 550 Standorten in 44 Ländern. Die Unternehmensgruppe ist einer der Weltmarktführer in der Logistikbranche; die diversifizierten Dienstleistungen reichen von Supply Chain Management und Consulting über Kontraktlogistik bis hin zur Gefahrstofflogistik und allen Formen von nationalen und internationalen Transporten.

In Deutschland ist die Yusen Logistics (Deutschland) GmbH mit 650 Mitarbeitern an 9 Standorten tätig und wird umfassend durch SOH beraten, insbesondere in allen vertrags-, transport- und arbeitsrechtlichen Fragestellungen.

Kaufmännischer Leiter Dr. Stefan Karenfort über die Zusammenarbeit: „An SOH schätzen wir besonders die unkomplizierte und zielgerichtete Betreuung und Beratung, immer mit dem Ziel, auch wirtschaftlich ein optimales Ergebnis zu erzielen, ohne dabei die Kosten aus dem Blick zu verlieren."

©Photographee.eu - stock.adobe.com

„Big Data“ im Gesundheitswesen bzw. Krankschreibung per WhatsApp?

Die fortschreitende Digitalisierung – welche durch das neue Digitale-Versorgung-Gesetz weiter gefördert werden soll – nimmt in Gestalt von mobilen Health-Gesundheits-Apps, Telemedizin, Systemmedizin und künstlicher Intelligenz (KI) zunehmend Einfluss auf das Gesundheitswesen. Dies wird zu grundlegenden Veränderungen mit Auswirkungen auf das Arzt-Patienten-Verhältnis führen.

SYSTEMMEDIZIN – „BIG DATA“

Der technische Fortschritt zeigt sich in der Entwicklung der sogenannten Systemmedizin, d. h. eines neuen Ansatzes zur Erfassung komplexer biologischer Vorgänge im menschlichen Körper und zur Erforschung von Krankheitsursachen. Ziel der Anlage großer Datenpools und deren Auswertung mithilfe von IT-Systemen ist die Entwicklung neuer Möglichkeiten der Prävention, Diagnose und Behandlung von Krankheiten. Dies ermöglicht u. a. die Erstellung eines ganzheitlichen Gesundheitsbildes für jeden einzelnen Menschen, so dass die optimale Therapie oder auch Krankheitsprävention für einen konkreten Patienten und nicht für eine konkrete Diagnose ermitteln werden kann.

Allerdings handelt es sich bei der Systemmedizin nicht um eine Standardbehandlung. Sie ist rechtlich derzeit noch als forschender Heilversuch zu klassifizieren, so dass die Beurteilung der systemmedizinischen Behandlung eines Patienten nach Heilversuchsrecht erfolgt. Diese rechtliche Einordnung bringt erhöhte Sorgfaltspflichten für den behandelnden Arzt mit sich. Insbesondere bestehen strenge Anforderungen an die Aufklärung von Patienten. Wird ein solcher individuell ausgerichteter Heilversuch zudem mehrfach in derselben oder in einer ähnlichen Konstellation wiederholt, ist zu beachten, dass gegebenenfalls Studienrecht zur Anwendung kommt.

KI – KÜNSTLICHE INTELLIGENZ

Die Kombination von Systemmedizin und dem Einsatz von KI in der Medizin verspricht weitere medizinische Fortschritte. Der Einsatz von KI-basierten Medizinprodukten bedeutet für den Patienten eine genauere und schnellere Diagnose und Behandlung. Für Ärzte und weitere Angehörige eines Heilberufs wird darüber hinaus auch eine erhebliche Steigerung der Effizienz der Arbeitsabläufe durch die schnellere Verfügbarkeit von Informationen möglich. Angesichts der Vorteile, die KI für die Behandlung von Patienten verspricht, bleibt abzuwarten, ob die bislang allein Ärzten und Zahnärzten vorbehaltene Behandlung von Patienten künftig – zumindest teilweise – von KI-Systemen erbracht werden kann. Dies läge auf einer Linie mit Entwicklungen in der jüngeren Vergangenheit. So wurde in der letzten Zeit bereits mehrfach von bestehenden rechtlichen Grundsätzen abgewichen, z. B. bei der Lockerung des Fernbehandlungsverbotes.

DIE FERNBEHANDLUNG …

Durch die auf dem 121. Deutschen Ärztetag im Mai 2018 erfolgte Lockerung des berufsrechtlichen Verbots für Ärzte, eine ausschließliche Fernbehandlung vorzunehmen, wurde die Etablierung telemedizinischer Versorgungsformen auch ohne persönlichen Erstkontakt zwischen Arzt und Patient ermöglicht. Dadurch wird eine Behandlung und insbesondere Beratung von Patienten durch den ausschließlichen Einsatz von Kommunikationsmedien möglich. Das jüngst am 07.11.2019 beschlossene Digitale-Versorgung-Gesetz (DVG) sieht einen weiteren Ausbau der Möglichkeit der Fernbehandlung vor. Bezüglich der Organisation, Umsetzung und rechtlichen Rahmenbedingungen einer Fernbehandlung sind bislang noch viele Fragen offen. Dies betrifft z. B. die Qualitätssicherung und die Abrechnung, aber auch die Frage, inwiefern einem Behandler bei der Fernbehandlung eines Patienten haftungsrechtliche Grenzen gesetzt sind. Abzuwarten bleibt, ob diese Fragen aus der Praxis durch das neue DVG beantwortet werden.

… UND DIE KRANKSCHREIBUNG PER WHATSAPP?

Mit der Lockerung des Fernbehandlungsverbotes sind weitere rechtliche Beschränkungen der Fernbehandlung in die Diskussion geraten. Ob auch Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen aus der Ferne ausgestellt werden können, wird im Hinblick auf die große Missbrauchsgefahr zurückhaltend bewertet. Derzeit ist eine solche „Online-AUB“ nur etwa für Erkältungsbeschwerden erhältlich. Mit wenigen Klicks können z. B. die entsprechenden Symptome durch den Patienten in einem Menü ausgewählt und so eine Erstbescheinigung für die Arbeitsunfähigkeit für bis zu drei Tage eingeholt werden. Diese wird dem Arbeitgeber entweder postalisch oder z. B. per WhatsApp übermittelt. Bei einer auf diese Weise zustande gekommenen Online-AUB hat allerdings der ausstellende Arzt keinen physischen Kontakt zum Patienten. Dies kann zur Folge haben, dass Online-AUB auch in Fällen ausgestellt werden, in denen keine (arbeitsrechtlich relevante) Krankheit des Arbeitnehmers vorliegt. Da die ärztliche Behandlung im physischen Kontakt mit dem Patienten weiterhin den „Goldstandard“ darstellt, ist die Zulässigkeit der Erstellung von Online-AUBs aus der Perspektive des ärztlichen Berufsrechts zweifelhaft. Darüber hinaus muss eine Online-AUB nach der bisherigen Rechtsprechung vom Arbeitgeber nicht zwingend akzeptiert werden.

MOBILE HEALTH

Für mobile Health-Anwendungen wie Gesundheits-Apps hat sich inzwischen ein riesiger Markt entwickelt. Dabei werden individuelle gesundheitsbezogene Daten von Nutzern selbstständig z. B. mittels App erhoben und ausgewertet. Bislang bestehen insbesondere noch keine rechtlich verbindlichen Qualitätskriterien bei Mobile Health-Anwendungen. Erleidet ein Nutzer einen Gesundheitsschaden durch eine fehlerhafte Software, kommt nicht nur eine Haftung des Herstellers, sondern auch des medizinischen Anwenders in Betracht.

Zukünftig soll durch das DVG eine ärztliche Verschreibung von Gesundheits-Apps ermöglicht werden. Die Kosten der Nutzung einer solchen App werden dabei von den Krankenkassen übernommen. Patienten sind daher angesichts des großen digitalen Gesundheitsangebotes auf eine Beratung und Empfehlung von geeigneten, sicheren mobile-Health-Anwendungen angewiesen.

AUSBLICK

Die Digitalisierung des Gesundheitssektors verspricht enorme Vorteile. Allerdings bedingt die rasante technische Entwicklung rechtliche Lücken und Unsicherheiten, insbesondere auch im Hinblick auf den Datenschutz und die Datensicherheit. Rechtliche Neuerungen bringt das DVG, welches u. a. einen zunehmenden Anschlusszwang von Gesundheitsakteuren an die Datenautobahn vorsieht – mit drohenden Honorarkürzungen für „Offliner“ ab dem 01.03.2020. Bei der Klärung offener Fragen zu Risiken und Nebenwirkungen der Digitalisierung im Gesundheitswesen unterstützen wir Sie gern.

Carolina v. Kempis

Neues zu Verfall und Übertragbarkeit von Urlaub

Arbeitgeber trifft nach aktueller Rechtsprechung eine Obliegenheit, Mitarbeiter rechtzeitig über verbleibende Urlaubsansprüche und die Rechtsfolgen des Verfalls und der Übertragung des Urlaubs aufzuklären, ansonsten verfällt der Urlaub nicht.

©bildkistl - stock.adobe.com

DIE RECHTLICHE AUSGANGSSITUATION

Bisher von vielen Arbeitgebern gelebte Praxis war die Führung von Urlaubskonten, die der Arbeitnehmer einsehen konnte oder deren Stand ihm zu bestimmten Zeitpunkten mitgeteilt wurde. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) bestand für den Arbeitgeber kein Anlass, weitergehende Maßnahmen zu treffen.

Grundsätzlich ist Urlaub im laufenden Kalenderjahr zu nehmen und zu gewähren. Das Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) sieht ein grundsätzliches Übertragungsverbot vor. Eine gesetzliche Ausnahme und eine Übertragung auf einen Übertragungszeitraum sieht das Gesetz nur als absolute Ausnahme vor. Ist ein Arbeitnehmer lange Zeit erkrankt und kann deshalb seinen Urlaub nicht nehmen, verfällt nach der Rechtsprechung des BAG sein Urlaubsanspruch zudem erst 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres. Nach der auf Basis dieser Regelungen ergangenen (früheren) Rechtsprechung des BAG verfiel der Urlaub also nur dann nicht, wenn ausnahmsweise ein Übertragungsgrund vorlag.

DIE ENTSCHEIDUNGEN DES EUGH UND DES BAG

Nach den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 06.11.2018 (Az. C-619/16; C-684/16) steht nunmehr fest, dass den Arbeitgeber Obliegenheiten treffen, wenn er sich auf den Verfall von Urlaubsansprüchen berufen möchte. Der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers verfällt demnach nicht bereits dann, wenn er keinen Urlaubsantrag stellt, obwohl es ihm möglich gewesen wäre.

In seinen Urteilen betont der EuGH die Bedeutung des Arbeitnehmergrundrechts auf bezahlten Urlaub und stellt sich schützend vor den Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber könne (auch unbewusst) Anreize setzen, Urlaub nicht zu nehmen. Er müsse vielmehr proaktiv solchen Anreizen entgegenwirken. Allerdings müsse der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer auch nicht dazu zwingen, Urlaub zu nehmen.

In der Folge dieser Entscheidungen des EuGH verlangt das BAG nunmehr in einem Urteil vom 19.02.2019 ebenfalls, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in die Lage versetzen müsse, seinen Urlaub tatsächlich nehmen zu können.

Ganz neu ist in diesem Zusammenhang schließlich ein Urteil des Landesarbeitsgerichts (LAG) Hamm vom 24.07.2019. Keine Mitteilungsobliegenheit besteht für den Arbeitgeber danach dann, wenn der langfristig erkrankte Arbeitnehmer nicht vor Ablauf der 15 Monate seit Ablauf des Urlaubsjahres gesundet und dazu in der Lage sein wird, seinen Urlaub zu nehmen.

INHALT UND ART DER MITTEILUNG

Da der EuGH nur die groben Umrisse der Mitteilungspflicht des Arbeitgebers umrissen hat, dürften sich Arbeitgeber nun fragen, wie eine Mitteilung an den Arbeitnehmer aussehen muss. Da der Arbeitgeber beweisen muss, das „Erforderliche“ getan zu haben, sollte die Mitteilung in jedem Falle förmlich erfolgen. Ein allgemeiner Hinweis, ein Aushang oder eine „Rundmail“ an alle Arbeitnehmer, den Urlaub zu nehmen, wird insoweit nicht ausreichen. Vielmehr bedarf es der individuellen Mitteilung an jeden Arbeitnehmer, die auf den jeweiligen Einzelfall zugeschnitten sein muss.

Inhaltlich sollte eine solche Mitteilung dem Arbeitnehmer aufzeigen, wie viel Urlaub ihm jährlich und für das verbleibende Jahr noch zusteht. Ferner muss der Arbeitnehmer ausdrücklich dazu aufgefordert werden, seinen Urlaub im laufenden Kalenderjahr bzw. im Übertragungszeitraum in Anspruch zu nehmen. Schließlich ist der Arbeitnehmer darüber aufzuklären, dass der Urlaub verfällt, wenn er nicht genommen wird. Dabei sollte genauestens dargelegt werden, zu welchem konkreten Zeitpunkt der Urlaub verfällt. Da insbesondere tarifvertragliche Regelungen unterschiedliche Verfallsstichtage haben können, dürfte es sich anbieten, zwischen gesetzlichen Ansprüchen nach dem BUrlG und darüber hinausgehenden übergesetzlichen, einzelvertraglichen oder tarifvertraglichen Urlaubsansprüchen zu differenzieren. Zu guter Letzt ist der Arbeitnehmer darauf hinzuweisen, dass eine Übertragung nur unter bestimmten Voraussetzungen erfolgen kann. Dabei ist sowohl auf die gesetzliche Übertragung bei betrieblichen oder besonderen persönlichen Gründen als auch auf die von der Rechtsprechung entwickelte Übertragungsmöglichkeit bei Langzeiterkrankung hinzuweisen. An dieser Stelle empfiehlt es sich, so genau wie möglich zu arbeiten.

Eine solche Mitteilung muss schließlich jedes Jahr aufs Neue an sämtliche Arbeitnehmer versandt oder ihnen übergeben werden. Schon zu Beweiszwecken bietet sich dabei eine schriftliche Mitteilung an. Aus unserer Sicht sollte eine solche Mitteilung zudem rechtzeitig – möglichst zu Beginn eines jeden Kalenderjahres – erfolgen, so dass sichergestellt ist, dass alle Mitarbeiter ihren vollen Urlaubsanspruch auch tatsächlich in Anspruch nehmen können. Bei Arbeitnehmern, die aus einer langen Arbeitsunfähigkeit an den Arbeitsplatz zurückkehren, sollte die Mitteilung zum Urlaub umgehend nach Rückkehr erfolgen. Nimmt ein Arbeitnehmer den Urlaub in der Folgezeit dann nur teilweise in Anspruch, bedarf es keiner Aktualisierung der Mitteilung für das laufende Jahr mehr.

FOLGEN DER NICHTBEACHTUNG

Unmittelbare Folge einer Nichtbeachtung dieser Mitteilungsobliegenheiten ist, dass der Urlaub auf das Folgejahr übertragen wird. Der Arbeitgeber verliert durch die Nichtbeachtung seiner Mitteilungsobliegenheiten also die Möglichkeit, sich auf den Verfall des Urlaubs zu berufen. Auf diese Art und Weise kann es zu einer (mitunter erheblichen) Ansammlung von Urlaubsansprüchen kommen. Aufgelaufene Urlaubsansprüche werden vor allem dann virulent, wenn der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet, da dann eine Abgeltung aller angesammelten Urlaubsansprüche erfolgen muss.

Ungeklärt ist bisher noch die Frage, ob angesammelte Urlaubsansprüche verjähren können. Dieser Frage kommt insbesondere dann Bedeutung zu, wenn Arbeitnehmer aus den vergangenen Jahren (im schlimmsten Fall Jahrzehnten) ganz erhebliche Urlaubsansprüche angesammelt haben.

Aus unserer Sicht sprechen gute Argumente dafür, dass ein endgültiger Verfall auch solcher Ansprüche bereits 15 Monate nach Ende des jeweiligen Urlaubsjahres eintritt. Denn nach der Rechtsprechung des BAG erlischt der Urlaubsanspruch von Langzeiterkrankten nach dieser Zeit. Bei gesunden Arbeitnehmern kann dann eigentlich nichts anderes gelten. Aus Arbeitgebersicht und aus Gründen der Rechtssicherheit wäre eine solche Klarstellung durch die Arbeitsgerichte zwar zu begrüßen; darauf verlassen sollte man sich aber nicht.

Umso wichtiger ist es für Arbeitgeber, die neuen Mitteilungsobliegenheiten zu beachten und dafür zu sorgen, dass es erst gar nicht zu einer Ansammlung von Urlaubsansprüchen kommt.

Wir unterstützen Sie bei Fragen zum Thema „Urlaubsverfall“ und der Formulierung von Mitteilungsschreiben selbstverständlich gern.

Dr. Hauke Hein

Konjunkturflaute, Brexit, Handelskrieg, Weltwirtschafts-krise, Unternehmenskrise – Geschäftsführerhaftung?

Handlungsbedarf für Geschäftsführer erkennen und Haftungsfallen vermeiden!

Die Weltwirtschaft kühlt nach einer sehr langen und stetigen Phase des Aufschwungs ab. Handelskriege, Brexit und Technologiewechsel in der Automobilindustrie sind nur einige der Stichworte, die nahezu täglich als Gründe für eine drohende Rezession angeführt werden. Die aktuellen Entwicklungen bieten Anlass, auf erhebliche persönliche Haftungsrisiken für Geschäftsführer, Vorstände und andere Unternehmensleiter im Fall einer Unternehmenskrise hinzuweisen. Wie die Beratungspraxis zeigt, ist vielfach nicht bekannt, welche Regelungen der Gesetzgeber zur Haftung von Geschäftsführern vorgesehen hat – zumal diese durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) zu sehr scharfen Schwertern von Insolvenzverwalter geschmiedet wurden.

HANDLUNGSPFLICHTEN DES GESCHÄFTSFÜHRERS

Vereinfacht gesagt muss der Geschäftsführer einer GmbH (bzw. der Unternehmensleiter bei anderen juristischen Personen) kurzfristig einen Insolvenzantrag stellen, wenn das Unternehmen überschuldet oder zahlungsunfähig ist. Hierzu hat er drei Wochen Zeit, nachdem er einen Insolvenzgrund erkannt hat oder hätte erkennen müssen. Die Frage, ob Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vorliegt, bedarf einer detaillierten Einzelfallprüfung, gerade auch im Hinblick auf die möglichen Haftungsfolgen für den Geschäftsführer.

GRAVIERENDE HAFTUNGSGEFAHR

Das Gesetz sieht in § 64 Satz 1 GmbHG vor, dass der Geschäftsführer der Gesellschaft Zahlungen zu erstatten hat, die nach Eintritt der Insolvenzreife geleistet wurden. Das Gesetz spricht von „Zahlungen“ und nicht etwa von einem der Gesellschaft eingetretenen Schaden. Von wenigen Ausnahmekonstellationen abgesehen, ist es also zunächst einmal unerheblich, wofür die Zahlungen geleistet wurden. Der BGH hat den Anspruch als einen Anspruch „eigener Art“ definiert, was auch im Rahmen einer etwaig bestehenden Haftpflichtversicherung relevant wird. Kann ein Insolvenzverwalter darlegen, dass bei der Gesellschaft bereits zu einem Zeitpunkt vor Insolvenzantragstellung Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vorlag, kann er durch eine Auswertung der Kontoauszüge sehr einfach einen Zahlungsanspruch in erheblicher Höhe beziffern. Hierzu muss er lediglich die Zahlungsausgänge ab Eintritt des Insolvenzgrundes addieren. Doch damit nicht genug. Häufig, und gerade in Zeiten knapper Liquidität, nutzen Unternehmen ihnen eingeräumte Dispositionskredite. Gehen auf einem im Soll befindlichen Geschäftskonto Zahlungen ein, führt die darauf erfolgende Gutschrift zu einer Rückführung des Kontokorrentdarlehens. Der Vorgang stellt somit eine Zahlung an die Bank dar, die erstattungspflichtig sein kann. Der Geschäftsführer muss daher, um einer Haftung zu entgehen, aktiv verhindern, dass Zahlungen auf dem im Soll befindlichen Geschäftskonto der Gesellschaft eingehen. Hierzu muss er etwa ein neues Konto bei einer anderen Bank eröffnen und die Kunden und Geschäftspartner auffordern, nur noch auf dieses Konto zu zahlen.

KEINE SPEKULATION AUF KOSTEN DER GLÄUBIGER

Dieses Zahlungsverbot besteht unmittelbar mit Eintritt des Insolvenzgrundes und zwar unabhängig davon, ob der Geschäftsführer innerhalb der drei Wochen Insolvenzantrag stellt. Vermeiden kann er seine Haftung für geleistete Zahlungen dann nur durch eine Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, also ein Gelingen seiner Sanierungsbemühungen. Für einige Zahlungspflichten

bestehen Haftungsprivilegierungen. Der Geschäftsführer muss sich aber darüber im Klaren sein, dass Zahlungen keineswegs bereits dann „mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar“ (§ 64 Satz 2 GmbHG) sind, wenn sie aus seiner Sicht erforderlich sind, um „das Ruder noch einmal herumzureißen“. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH soll ein Geschäftsführer durch die Fortführung eines insolventen Unternehmens nicht auf Kosten der Gläubiger spekulieren dürfen. Um die Durchsetzung der Ansprüche nach § 64 GmbHG zu erleichtern, hat der BGH in diversen Entscheidungen Darlegungs- und Beweiserleichterungen für den klagenden Insolvenzverwalter geschaffen. Es handelt sich also um eine reale Gefahr der Inanspruchnahme.

GEMEINSAME HAFTUNG ALLER GESCHÄFTSFÜHRER

Die Haftung trifft jeden einzelnen Geschäftsführer des Unternehmens. Ob dieser Geschäftsführer aufgrund der internen Geschäftsverteilung tatsächlich auch die kaufmännische Verantwortung getragen hat, ist zunächst unerheblich. Grundsätzlich hat sich jeder Geschäftsführer laufend über die wirtschaftliche Situation des Unternehmens zu unterrichten. Im Rahmen eines Rechtsstreits kann sich ein Geschäftsführer also nicht mit Erfolg darauf berufen, er sei intern gar nicht verantwortlich gewesen und habe daher nicht gewusst, wie schlecht es um das Unternehmen stand. In einer jüngeren Entscheidung hat der BGH dies noch einmal bestätigt und die Anforderungen für einen erfolgreichen Enthaftungseinwand aufgezeigt. Ein solcher setzt zunächst eine eindeutige Ressortaufteilung und eine sich daraus ergebende Unkenntnis des Geschäftsführers voraus. Ferner muss sichergestellt worden sein, dass „für die Erledigung fachlich und persönlich geeignete Personen“ als Geschäftsführer zuständig waren. Die „Pflicht des zuständigen Geschäftsführers zur laufenden Unterrichtung der weiteren Geschäftsführer über die wesentlichen Angelegenheiten der Gesellschaft“ muss unberührt geblieben und die Unterrichtung in kurzen, den Umständen angemessenen Abständen erfolgt sein. Außerdem darf kein Anlass zu Zweifeln an den erteilten Informationen bestanden haben. Im Rahmen eines Prozesses wird die Einhaltung dieser Erfordernisse regelmäßig nur gelingen, wenn diese schriftlich dokumentiert oder anderweitig belegt werden können.

VERSICHERUNGSSCHUTZ DURCH D&O-POLICE?

Häufig wird zu Gunsten des Geschäftsführers eine Haftpflichtversicherung, die sog. D&O-Police, abgeschlossen. Diese kam in der Vergangenheit nach allgemeiner Auffassung auch für Ansprüche gegen den Geschäftsführer nach § 64 GmbHG auf. Hieran bestehen jedoch nach einer Entscheidung des OLG Düsseldorf aus dem letzten Jahr Zweifel. Nach Ansicht des Gerichts deckt eine D&O-Police grundsätzlich nur eine Haftung für Schäden ab, die der Gesellschaft entstanden sind. Der § 64 GmbHG diene dagegen in erster Linie den Gläubigerinteressen. Ein Schaden der Gesellschaft muss durch eine einzelne Zahlung gerade nicht entstanden sein. Diese Entscheidung des OLG Düsseldorf ist allerdings noch nicht rechtskräftig.

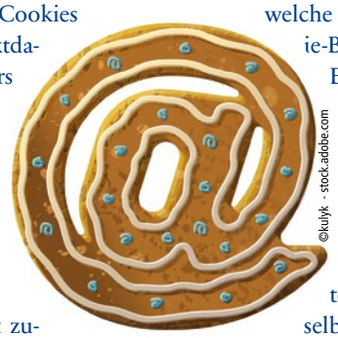
PRAXISHINWEIS

Bei Anzeichen einer Krise ist die Geschäftsführung in der Pflicht, das Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zu prüfen. Eine Ressortaufteilung innerhalb der Geschäftsführung kann eine persönliche Haftung ggf. ausschließen, sollte aber schriftlich fixiert und eine regelmäßige Informationserteilung und Kontrolle durch die übrigen Geschäftsführer gut belegbar sein. Besteht eine D&O-Police, sollte mit dem Versicherer geklärt werden, ob auch etwaige Zahlungen des Geschäftsführers erstattet werden, die nach Eintritt der Insolvenzreife geleistet werden.

Dr. Phlilip Koch

Internet und Datenschutz: Cookies nur mit aktiver Einwilligung

„Cookies“ sind in aller Munde – nicht nur zur Weihnachtszeit, sondern auch, wenn es um Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre im Internet geht. Im letztgenannten Kontext versteht man unter Cookies nicht (Weihnachts-)Kekse, sondern Textdateien, die in den Systemen des Besuchers einer Website abgelegt werden, um ihn – z. B. bei einem erneuten Besuch der Seite – wiederzuerkennen. In einem wegweisenden Urteil hat der EuGH nun entschieden, dass Cookies grundsätzlich eine aktive Einwilligung des Nutzers voraussetzen (Rs. C-673/17).


©kulyk - stock.adobe.com

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Verbraucherschutzverband wandte sich vor deutschen Gerichten dagegen, dass ein Online-Gewinnspielanbieter in einem Cookie-Banner mit einer von ihm voreingestellten Cookie-Einwilligung arbeitete. Der EuGH befand nun, dass keine wirksame Einwilligung des Websitebesuchers in das Speichern von Cookies vorliege, da der Websitebetreiber ein Ankreuzkästchen mit einem voreingestellten Häkchen verwendete. Der Nutzer müsse seine Einwilligung für den konkreten Fall und aktiv erteilen.

Einschränkend ist zu beachten, dass das Einwilligungserfordernis nicht für Cookies gilt, die unbedingt für den technischen Betrieb der Website erforderlich sind (z. B. Cookies im Warenkorb eines Onlineshops); damit bedürfen allein technisch nicht erforderliche Cookies, wie etwa Tracking-, Marketing- und Convenience-Cookies, einer aktiven Einwilligung des Websitebesuchers.

Nach diesem Urteil ist zudem ein Hinweis erforderlich, mit dem der Nutzer transparent darüber aufgeklärt wird, welche Daten ein Cookie zu welchem Zweck verarbeitet, wie lang die erhobenen Informationen gespeichert bleiben und wer für die Datenverarbeitung durch ein Cookie verantwortlich ist. Werden auch personenbezogene Daten verarbeitet, müssen zusätzlich die Informationspflichten aus der Datenschutzgrundverordnung erfüllt werden. Das Gericht äußert sich nicht dazu, ob die notwendigen Informationen im Cookie-Banner selbst gegeben werden müssen, oder ob eine Verlinkung auf den Datenschutzhinweis ausreicht. Gute Gründe sprechen für letzteres, wobei die künftige Entwicklung zu beobachten ist.

Webseitenbetreiber sollten nun überprüfen, ob und welche Cookies sie einsetzen, und ihre Cookie-Banner entsprechend den Vorgaben des EuGH anpassen. Die wenigsten Cookie-Banner dürften den Vorgaben des EuGH genügen. Ein Hinweis darauf, dass der Websitebesucher mit der Nutzung der Seite in die Datenverarbeitung durch Cookies einwilligt, reicht genauso wenig aus wie eine bereits voreingestellte Einwilligung. Bereits im Cookie-Banner selbst – und nicht erst in der Datenschutzerklärung – muss die Möglichkeit eröffnet werden, dem Einsatz von Cookies aktiv durch das Markieren eines Häkchens zuzustimmen. Schließlich gilt es sicherzustellen, dass die Webseite ohne den Einsatz von Cookies – ggf. mit Einschränkungen der Funktionalität – auch dann genutzt werden kann, wenn der Cookie-Banner vom Nutzer ignoriert wird.

Für die Internetsurfer ist das Urteil des EuGH möglicherweise ein Pyrrhus-Sieg: Die zu erwartende Flut an Cookie-Bannern und Einwilligungserklärungen kann dazu führen, dass „barrierefreies“ Surfen im Internet in Zukunft kaum mehr möglich sein wird – zumindest bis zum (noch nicht absehbaren) Inkrafttreten der ePrivacy-Verordnung, die im gegenwärtigen Entwurf die Möglichkeit vorsieht, durch Einstellungen des Browsers eine Einwilligung zum Einsatz von Tracking-Cookies gezielt und für Websitebetreiber verbindlich zu formulieren.

Dr. Hans-Jörg Schulze

Dr. Martin Minkner

Note 6 für Bewertungsaufforderung in Rechnungs-E-Mail

Aufrufe wie „Bitte bewerten Sie uns auf … .“ in E-Mails sind Werbung und ohne Einwilligung des Kunden unzulässig.

Jeder kennt es: Bevor verbindliche Kaufentscheidungen getroffen werden, erkundigt man sich im Netz über das Unternehmen und das Produkt. Kundenbewertungen stellen vor allem beim Online-Shopping das wohl wichtigste Entscheidungskriterium dar. Entsprechend buhlen viele Händler aktiv um positive Bewertungen ihrer Kunden. Es ist jedoch Vorsicht geboten: Wer Kunden ungefragt per E-Mail eine Kundenzufriedenheitsbefragung zukommen lässt, verletzt das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kunden. Daran ändert sich auch nichts, wenn die Bewertungsanfrage im Zusammenhang mit der Übersendung einer Rechnung für den Kauf eines zuvor erworbenen Produkts übermittelt wird, wie der BGH nunmehr klargestellt hat (Urteil vom 10.07.2018, Az. VI ZR 225/17).

©WrightStudio - stock.adobe.com

Was war passiert? Der Kunde eines Amazon Marketplace-Händlers erhielt nach Erwerb eines Artikels eine E-Mail mit dem Betreff „Ihre Rechnung zu Ihrer Amazon Bestellung …“ und folgendem Inhalt: „Sehr geehrte Damen und Herren, anbei erhalten Sie Ihre Rechnung im PDF-Format. Vielen Dank, dass Sie den Artikel bei uns gekauft haben. Wir sind ein junges Unternehmen und deshalb auf gute Bewertungen angewiesen. Deshalb bitten wir Sie darum, wenn Sie mit unserem Service zufrieden waren, uns für Ihren Einkauf eine 5-Sterne Beurteilung zu geben. … .“

Der Kunde sah in der E-Mail eine unaufgeforderte unerlaubte Zusendung von Werbung, die in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht eingreife, und klagte auf Unterlassung – mit Erfolg.

Während die Vorinstanzen das Begehren des Klägers noch zurückgewiesen hatten, da die Bewertungsaufforderung im Zusammenhang mit dem zuvor getätigten Kauf stehe und die damit eingehende Belästigung äußerst gering sei, kamen die Karlsruher Richter zu einem anderen Ergebnis: Von einer unerheblichen Bagatelle könne nicht ausgegangen werden. Der Kunde müsse sich zumindest gedanklich mit der in der E-Mail enthaltenen Kundenzufriedenheitsanfrage beschäftigen und könne die Bewertungsaufforderung nicht schlicht ignorieren. Die E-Mail sei daher als rechtswidriger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu werten, auch wenn sie im Rahmen des Rechnungsversands erfolgte. Mögliche Folgen – wenn das Beifügen einer Kundenzufriedenheitsbefragung zu Rechnungs-E-Mails Schule mache – spielten für die Bundesrichter ebenfalls eine Rolle: Denn billige man ein solches Handeln, könnten sich Mitbewerber zur Nachahmung veranlasst sehen. Es sei mit einem Umsichgreifen dieser Werbeart zu rechnen, was sich für Kunden zu einer nicht hinnehmbaren Belästigung aufsummieren könne. Diesem Szenario wollte der BGH offenbar vorbeugen.

Fazit: Die Rechtsprechung bleibt bei ihrer strengen Linie. Ohne vorherige ausdrückliche Zustimmung des Adressaten sind Werbe-E-Mails grundsätzlich verboten. Händlern ist dringend zu empfehlen, Bewertungsaufforderungen per E-Mail nur zu versenden, wenn die Empfänger vorab – beispielsweise über ein Double-Opt-In-Verfahren – in den Erhalt eingewilligt haben.

Dr. Cay Fürsen

©tomertu - stock.adobe.com

Rechtssicheres Recruiting

Der Fachkräftemangel führt dazu, dass Arbeitgeber häufiger und über verschiedene Kanäle Stellen ausschreiben müssen, um geeignete Arbeitnehmer zu finden.

Dabei sind insbesondere das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und der Beschäftigtendatenschutz zu beachten. Ein Arbeitgeber, der bei der Bewerbersuche diese rechtlichen Vorgaben nicht berücksichtigt, kann teure Fehler machen.

FALL 1:
Ein Dachdeckermeister, der zum ersten Mal in einem Jobportal eine Suchanzeige schaltet, meint, alles richtig zu machen, indem er einen „Dachdecker männlich/weiblich/divers“ sucht. Tatsächlich verhält er sich im Hinblick auf das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts korrekt.

Der Dachdeckermeister erhält sechs Bewerbungen auf seine Stellenausschreibung. Zwei Kandidaten lädt er zum Interview ein. Einen stellt er ein. Ein nicht eingeladener Bewerber hatte in seiner Bewerbung darauf hingewiesen, dass er zu 50 % schwerbehindert sei, diese Schwerbehinderung aber für die Tätigkeit als Dachdecker keine Rolle spiele. Der Hinweis auf die Schwerbehinderung war für den Dachdeckermeister bei der Auswahl irrelevant. Zwei andere Bewerber hatten mit interessanteren Anschreiben überzeugt.

Kurz nachdem der schwerbehinderte Bewerber die Absage erhielt, forderte er den Dachdeckermeister auf, ihm wegen Diskriminierung aufgrund seiner Behinderung Schadenersatz in Höhe von drei Bruttomonatsgehältern zu zahlen. Die Stelle als Dachdeckergeselle sei nicht bei der Agentur für Arbeit als für schwerbehinderte Menschen geeignet ausgeschrieben gewesen. Das sei ein Diskriminierungsindiz. Somit sei Schadenersatz zu leisten.

In der Tat ist ein Arbeitgeber verpflichtet, zu prüfen, ob die von ihm ausgeschriebene Arbeitsstelle für einen schwerbehinderten Menschen in Frage kommt. Sehr häufig wird das der Fall sein, da Schwerbehinderungen für die auszuübende Tätigkeit oftmals keine Rolle spielen. Insbesondere muss dabei geprüft werden, ob ein arbeitssuchend gemeldeter schwerbehinderter Mensch in Frage kommt. Der Arbeitgeber hat mit der Agentur für Arbeit Verbindung aufzunehmen. Ein Arbeitgeber, der diese Verpflichtung nicht beachtet, also eine offene Stelle nicht als für einen schwerbehinderten Menschen geeignet bei der Arbeitsagentur meldet, geht das Risiko ein, ein Diskriminierungsindiz gesetzt zu haben.

Der Dachdeckermeister muss nun beweisen, dass die Auswahl des Bewerbers diskriminierungsfrei, also ohne Berücksichtigung der Schwerbehinderung, erfolgt ist. Das kann durchaus schwierig sein. Denn es gilt eine Beweislastumkehr, was es für den Dachdeckermeister schwer macht.

FALL 2:
Ein mittelständisches Unternehmen, das Ingenieurdienstleistungen anbietet und über ein Team von 30- bis 35jährigen Ingenieuren verfügt, hatte lange überlegt, eine sehr gut qualifizierte 62jährige Ingenieurin einzustellen. Man entschied sich dennoch gegen sie. Der Geschäftsführer des Unternehmens meinte, der Bewerberin im Einzelnen erläutern zu müssen, warum er sie nicht eingestellt habe. Dabei führte er unter anderem aus, dass sie sich aufgrund ihres Alters in seinem eher jungen Team nicht wohl fühlen werde. Das war gut gemeint, kann aber von der Ingenieurin als Ansatzpunkt für einen Schadensersatzanspruch genutzt werden.

Grundsätzlich sollte bei Absagen nur mitgeteilt werden, dass die Bewerbung nicht berücksichtigt werden konnte. Wenn ein Arbeitgeber mehr sagt, muss er darauf achten, diskriminierungsfrei zu argumentieren.

Rechtssicheres Recruiting verlangt auch, die rechtlichen Vorgaben zum Beschäftigtendatenschutz zu berücksichtigen:

FALL 3:
Ein Einzelhändler erhielt 12 Monate nach der Absage gegenüber einer Bewerberin deren Anfrage, welche personenbezogenen Daten der Einzelhändler zu ihrer Person gespeichert habe. Der Einzelhändler antwortete, dass die schriftlichen Bewerbungsunterlagen zurückgesandt worden seien. Gespeichert seien nur noch die Einladung zum Vorstellungsgespräch sowie das Absageschreiben, mit dem die Bewerbungsunterlagen zurückgeschickt worden seien.

Damit ist ein Verstoß gegen datenschutzrechtliche Vorgaben belegt. Bewerberdaten müssen nämlich rechtzeitig gelöscht werden. Unter Berücksichtigung der Fristen des AGG – Ansprüche wegen Diskriminierung müssen binnen zwei Monaten angemeldet und dann binnen drei weiterer Monate eingeklagt werden – und der Postlaufzeit kann eine Frist von sechs Monaten als angemessen angesehen werden. Für eine längere Speicherung gibt es keine rechtliche Grundlage.

Die Argumentation, dass man Bewerbungsunterlagen noch behalte, da der Bewerber grundsätzlich interessant sei, für die angebotene Stelle aktuell aber nicht in Betracht gekommen sei, hilft nicht weiter. Denn eine Aufbewahrung der Bewerbungsunterlagen für zukünftige Bewerbungsverfahren ist nur mit Einwilligung des Bewerbers zulässig.

Vorsicht ist auch geboten bei sogenannten „Backgroundchecks“:

FALL 4:
Ein Arzt, der für seine überörtliche Gemeinschaftspraxis den Bereich HR verantwortet, hat sich angewöhnt, jeden Bewerber zunächst einmal zu googlen und über alle sozialen Medien auf „Herz und Nieren“ zu überprüfen. Er ist der Auffassung, dass das, was ein Bewerber in sozialen Medien preisgibt, von ihm genutzt werden dürfe.

Ein Arbeitgeber darf aber nicht nach privaten Sachverhalten, die für die Tätigkeit bei ihm irrelevant sind, fragen. Derartige Informationen darf er auch nicht aus sozialen Netzwerken beziehen. Nur wenn Daten in Karriereportalen eingegeben sind, dürfen diese genutzt werden. Daten aus anderen sozialen Netzwerken dürfen dagegen nicht ohne weiteres genutzt werden. Hier ist im Einzelfall zu entscheiden. Ein kompletter Backgroundcheck ist datenschutzrechtlich zumeist nicht zulässig.

Arbeitgeber bitten potentielle Arbeitnehmer gelegentlich auch um eine Schufa-Auskunft, ein polizeiliches Führungszeugnis oder ein Gesundheitsgutachten. Wenn ein solches Vorgehen geplant ist, sollte vorab rechtliche Beratung in Anspruch genommen werden, um den Recruitingprozess rechtssicher zu gestalten. Nur in bestimmten Fällen dürfen derartige Unterlagen angefordert werden.

FALL 5:
Die Recruiterin eines Konzerns, die Probleme hat, die benötigten Arbeitskräfte im Bereich IT zu finden, möchte das Mittel des Corporate Influencing nutzen. Mitarbeiter sollen im Rahmen ihres privaten Auftritts in sozialen Medien schildern, wie sehr sie die Arbeit bei ihrem Arbeitgeber schätzen, und ihren Freunden eine Bewerbung dort empfehlen. Dabei ist rechtliche Beratung erforderlich, um richtig zu agieren: Wenn ein Mitarbeiter freiwillig in seiner Freizeit seinen Arbeitgeber lobt, ist das nicht zu beanstanden. Die HR-Verantwortliche möchte aber, dass Art und Weise des Lobs in ihre Mitarbeiterwerbekampagne passen. Diejenigen Mitarbeiter, die sich äußern sollen, möchte sie zudem auswählen. Sie möchte diesen während ihrer Arbeitszeit Freiraum für die Posts geben. Ein solches Vorhaben ist kritisch zu sehen, da es sich bei solchen Beiträgen nicht mehr um private Äußerungen der Mitarbeiter handeln würde. Deren Äußerungen würden der Impressumspflicht unterliegen und müssten als Werbung gekennzeichnet werden.

Kreative Ideen beim Recruiting sind aufgrund des Fachkräftemangels angezeigt. Da verschiedenste gesetzliche Vorgaben zu beachten sind, ist es aber sinnvoll, die konkrete Vorgehensweise mit juristischer Beratung zu gestalten.

Dr. Almut Gathmann

Jetzt darf verhandelt werden – Architektenhonorare nach dem Urteil des EuGH

©kittchanut - stock.adobe.com

WIE FINDE ICH EINEN GUTEN UND PREISWERTEN ARCHITEKTEN?

Diese Frage beschäftigt alle Bauherrn. Im Hinblick auf die Kosten für den Architekten war sie bis zum Sommer in Deutschland eher theoretischer Natur oder erforderte Kreativität in der Vertragsgestaltung. Leistungen und Honorare für Architekten und Planer von Ingenieurleistungen sind in der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) 2013 geregelt. Bauherr und Architekt sind danach bei der Honorarvereinbarung nicht frei, sondern müssen sich nach § 7 HOAI innerhalb der Festsetzungen für Mindest- und Höchstsätze halten, sofern nicht ein Ausnahmefall vorliegt. Dabei bemisst sich das Honorar nach den Kosten des Bauvorhabens und den Planungsanforderungen, der sog. Honorarzone. Die Vereinbarung eines Pauschalhonorars wird zwar nicht ausgeschlossen, muss sich aber in dem vorgegebenen und im Zweifel gerichtlich überprüfbaren Rahmen halten. Wurde dieser als unbillig empfunden, etwa weil der Architekt in vielen vergleichbaren Bauvorhaben für einen Bauherrn tätig war oder auf standardisierte Bauvorlagen oder Bauvertragsgrundlagen zurückgreifen konnte, musste das Vorliegen eines Ausnahmefalls dokumentiert werden. Auch Vereinbarungen über die der Honorarberechnung zugrunde zu legenden Kosten des Bauvorhabens wurden als Korrektiv angewandt. Jede Unterschreitung der Mindestsätze der HOAI barg aber für den Bauherrn das Risiko der Unzulässigkeit, das heißt im Ergebnis einer Nachforderung des Architekten oder Fachplaners.

Hier hat ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 04.07.2019 neue Spielräume für Bauherren und Architekten geschaffen. Der EuGH sah dort die Festlegung von Mindestsätzen für das Honorar von Architekten und Fachplanern in § 7 HOAI als mit Europarecht nicht vereinbar an.

WAS HAT EINE DEUTSCHE HONORARORDNUNG MIT EUROPÄISCHEM RECHT ZU TUN?

Die EU-Kommission hatte geltend gemacht, das System der Mindest- und Höchsthonorare der HOAI hindere Architekten und Fachplaner aus anderen Ländern an einer Niederlassung in Deutschland. Es sei für sie weniger leicht, Kunden zu gewinnen, da sie Leistungen nicht zu Preisen unter den für die in Deutschland niedergelassenen Anbieter festgelegten Mindesttarifen bzw. höherwertige Leistungen zu Preisen über den Höchsttarifen anbieten dürften. Damit sei zwar die Niederlassung in Deutschland für einen ausländischen Architekten/Ingenieur nicht formal, aber tatsächlich behindert.

Die Bundesrepublik Deutschland hat erfolglos versucht, die verbindlichen Mindest- und Höchsthonorare mit dem Argument zu verteidigen, sie sollten die hohen Qualitätsstandards der Leistungen sichern und verhindern, dass ein Preis-Wettbewerb mit Dumping-Preisen auf Kosten der Qualität der Leistungen ginge. Damit würden zugleich Verbraucherinteressen geschützt.

Den EuGH hat diese Argumentation aus zweierlei Gründen nicht überzeugt. Zum einen könnten in Deutschland Architekten- und Ingenieurleistungen durch Dritte, beispielsweise durch Generalunternehmer erbracht werden, die nicht an die HOAI gebunden sind. Zum anderen wurde der Bundesrepublik Deutschland vorgehalten, sie habe nicht dargetan, warum zum Kunden- und Verbraucherschutz nicht weniger einschneidende Maßnahmen ausreichten, wie z. B. Kundenpreisorientierungen für die verschiedenen von der HOAI genannten Kategorien von Leistungen.

WELCHE AUSWIRKUNGEN HAT DIE ENTSCHEIDUNG DES EUGH NUN AUF DIE HONORARVEREINBARUNGEN DER ARCHITEKTEN UND INGENIEURE IN DEUTSCHLAND?

Die Entscheidung des EuGH hat keine unmittelbare bindende Wirkung für das deutsche Recht. Der Bundesrepublik Deutschland konnte nur aufgegeben werden, die Vorgaben des Urteils in nationales Recht umzusetzen. Abgesehen von einem Erlass des Bundesministeriums des Innern zur Behandlung bereits vergebener öffentlicher Aufträge vom 05.08.2019 ist eine nationale Umsetzung noch nicht absehbar.

Ob Architekten und Ingenieure entgegen bereits abgeschlossenen Vereinbarungen, in denen die Mindestsätze der HOAI unterschritten werden, das Mindesthonorar verlangen können, wird derzeit von den Gerichten noch unterschiedlich gesehen. Grundsätzlich ist der Weg für die freie Vereinbarung von Honoraren in Deutschland bereits jetzt offen. Auch danach kann es in Umsetzung der Entscheidung des EuGH keine verbindlichen Mindest- und Höchsthonorare mehr geben. Wahrscheinlich ist, dass die bisherigen Mindest- und Höchstsätze der HOAI als „Kundenpreisempfehlungen“ weiter bestehen bleiben und nur ihren zwingenden Charakter verlieren. Denn auch der EuGH hat durchaus anerkannt, dass die Festsetzung eines Honorarrahmens dazu beitragen kann, eine hohe Qualität der Planungsleistungen zu gewährleisten und die damit verfolgten Ziele (Qualität, Verbraucherschutz, Bausicherheit, Erhaltung der Baukultur) zu erreichen.

WAS IST DEM BAUHERRN ALSO BEIM ABSCHLUSS EINES ARCHITEKTEN- ODER INGENIEURVERTRAGES, DER LEISTUNGEN NACH HOAI ZUM GEGENSTAND HAT, ZU RATEN?

Zu beachten ist zunächst, dass keineswegs die gesamte HOAI, sondern nur die Verbindlichkeit der in der HOAI aufgeführten Honorare vom EuGH verworfen wurde. Damit kommen insbesondere den in der HOAI geregelten Leistungsbeschreibungen und Leistungsphasen weiter Geltung und Bedeutung zu. Sie sollten in jedem Vertrag zur Regelung der von dem Architekten/Ingenieur zu erbringenden Leistungen enthalten sein.

Ob dann ein Pauschalhonorar vereinbart wird oder eine Vergütungsregelung getroffen wird, die sich nach den Mindest- und Höchstsätzen der HOAI richtet, steht den Vertragsparteien frei. Hinsichtlich der Höhe der Vergütung kann beides zum gleichen Ziel führen; denn ein Pauschalhonorar wird sich nicht ausschließlich nach den Wünschen des Bauherrn richten, sondern – Stichwort „Kundenpreisempfehlungen“ – auch im Blick haben, was marktüblich ist. Ebenso kann auf eine nach den Honorarsätzen der HOAI ermittelte Vergütung ein offen ausgewiesener Nachlass gewährt werden, der nicht mehr in der Darstellung von angeblichen Ausnahmen oder Kostenvereinbarungen kaschiert zu werden braucht.

Welche Vorgehensweise sich in der Praxis durchsetzen wird, bleibt abzuwarten; ebenso, ob sich das Urteil des EuGH auf die Niederlassung anderer europäischer Architekten und Ingenieure in Deutschland bahnbrechend auswirken wird – was angesichts der Dichte der Anbieter in Deutschland bezweifelt werden darf.

Jedenfalls hat sich das Urteil des EuGH verbraucherfreundlich ausgewirkt, indem es den Weg für Vergütungsverhandlungen frei gemacht hat.

Dr. Christiane Wilkening

SOH NEWS NR. 15

Kein Städel-Paragraph auf dem Weg in die Gemeinnützigkeit

FALLSTRICKE BEI DER ERRICHTUNG EINER GEMEINNÜTZIGEN STIFTUNG VON TODES WEGEN

Im Jahre 1815 setzte der Frankfurter Bürger Städel ein von ihm gestiftetes Kunstinstitut zum Alleinerben ein. Die damals erforderliche obrigkeitliche Genehmigung wurde erst nach seinem Tode eingeholt. Man stritt, ob das Kunstinstitut Erbe geworden war. Der Streit endete mit einem Vergleich.

Im Jahre 1997 bestimmte der A in seinem Testament, sein gesamtes Vermögen solle einer allgemein nützlichen A-Stiftung zukommen. Gefördert werden sollten ältere, durch nicht selbst verschuldete Armut bedrückte deutsche Mitbürger. Sein Geld dürfe nur in die Stiftung fließen und nicht dem deutschen Staat und auch nicht dem Finanzamt zukommen. Nach dem Tode des A im Jahre 2004 reichte der Nachlasspfleger des A einen Satzungsentwurf bei der Stiftungsaufsicht ein. Die A-Stiftung wurde im Jahre 2007 als rechtsfähig anerkannt. Die A-Stiftung wollte darüber hinaus seit dem Tod des A als steuerlich gemeinnützig anerkannt werden. Die Finanzverwaltung und letztinstanzlich der Bundesfinanzhof (BFH) beschieden dies abschlägig.

Nach geltendem deutschem Zivilrecht kann Erbe nur werden, wer im Zeitpunkt des Erbfalls lebt bzw. rechtsfähig ist. Eine Stiftung bedarf hierfür der sog. Anerkennung. Liegt

©fotogestoeber - stock.adobe.com

im Todesfall die Anerkennung nicht vor – wie in den Fällen des Bürgers Städel und des A – scheint auf den ersten Blick die Erbeinsetzung einer Stiftung zu scheitern.

Dies hat der Gesetzgeber nicht für zweckmäßig gehalten. Mit dem Begriff der „Anerkennung“ wollte das geltende Recht zu Städels Zeiten nur ausdrücken, dass die Genehmigung einer Stiftung zwecks polizeirechtlicher Prüfung erforderlich, aber nicht konstitutiv ist. In der Gesetzesbegründung zum BGB heißt es demgemäß konsequent: „Wird eine Stiftung unter Lebenden errichtet, liegt es am Willen des Stifters, ob der Erteilung der Genehmigung rückwirkende Kraft zukommen soll“. Für den Fall der Errichtung der Stiftung von Todes wegen hatte man damals den – seinerzeit berühmten – Fall des Bürgers Städel vor Augen, zu dem aber keine klare Rechtsmeinung bestand. Man schuf also zur Klarstellung den heutigen § 84 BGB, den sog. Städel-Paragraphen, demgemäß eine nach dem Tod des Stifters ausgesprochene Anerkennung für den Anfall der Erbschaft als rückwirkend erfolgt gelten sollte.

Mit diesem Kunstgriff knüpfte der Gesetzgeber an ein aus den römischen Quellen entwickeltes Rechtssprichwort an: „Das Kind im Mutterleib gilt als bereits geboren, soweit es ihm zum Vorteil gereicht (und soweit es lebend geboren wird) (nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur)“. Aus der Formulierung sollte nicht etwa hervorgehen, dass das Kind im Mutterleib allgemein als bereits rechtsfähig anerkannt wurde. Vielmehr sollte die Rechtsfähigkeit des geborenen Kindes für bestimmte Zwecke zurückbezogen werden.

Das heute geltende deutsche Steuerrecht gewährt einer Stiftung die Gemeinnützigkeit dann und nur dann, wenn ihre Satzung den Voraussetzungen der §§ 51 bis 68 der Abgabenordnung (AO) entspricht. Diese Anforderung ist unmittelbar einsichtig, denn ohne satzungsmäßige Bindung könnte eine Stiftung trotz langjähriger Übung nach ihrem Belieben eine andere Tätigkeit aufnehmen oder aber nach ihrer Auflösung ent-

gegen den Bestimmungen der AO verfahren. Daher muss die Satzung der Stiftung vollständig vorhanden sein, wenn die Rechtsfolgen der Gemeinnützigkeit eintreten sollen.

Im Falle des A konnte der 5. Senat des BFH in der Entscheidung vom 06.06.2019 bis zur Anerkennung der Stiftung das Vorhandensein einer ausreichenden Satzung nicht feststellen. Diese Satzung existiere erst nach Anerkennung der Stiftung. § 84 BGB (der Städel-Paragraph) könne das Fehlen der Satzung nicht ersetzen.

Das ist natürlich richtig, denn diese Rückbeziehung wirkt – wie dargelegt – bereits zivilrechtlich nur isoliert für die Vermögensausstattung durch den Erblasser. Erst recht lässt sich aus der Rückbeziehung nicht die Existenz einer „Vorstiftung“ in der Zeit zwischen Stiftungsgeschäft und Anerkennung ableiten.

Leider geht der 5. Senat des BFH in seinen Ausführungen nicht weiter und sagt insbesondere nicht, wie man es hätte richtig machen sollen. Hier ist der 10. Senat des BFH in einem Urteil vom 11.02.2015 deutlich großzügiger und weist den Weg, die Interimsphase zwischen dem Stiftungsgeschäft und der Errichtung der „endgültigen“ rechtsfähigen Stiftung (= Anerkennung) durch die Gründung einer unselbständigen Stiftung zu überbrücken. Dieser Weg – so der 10. Senat des BFH – müsse aber in der Gestaltung ausdrücklich gewählt werden.

Bei der Stiftung von Todes wegen wird allein das Vorhandensein einer ausformulierten Stiftungssatzung in der letztwilligen Verfügung für sich genommen auch nicht ausreichen. In diesem Falle bliebe nämlich offen, ob es sich um die Satzung der letztlich anerkannten Stiftung handelt. In Anlehnung an die Entscheidung des 10. Senats des BFH wäre an die Einsetzung eines Erben oder Vermächtnisnehmers mit der Auflage zu denken, das Zugewandte als (gemeinnützige) Treuhandstiftung zu verwalten und an die letztlich anerkannte Stiftung herauszugeben. Dabei sollte es rechtlich nicht problematisch sein, dass die genannte Auflage die Erbschaft bzw. das Vermächtnis aufzehrt. Bei der Gestaltung sind aber natürlich etwaige Schulden des Nachlasses und Aufwendungen des Treuhänders zu bedenken. In vielen Fällen wird sich freilich die Stiftung unter Lebenden als der leichter zu gestaltende und vor allem rechtssichere Weg darstellen.

Noch ein abschließender Blick auf die gescheiterte Gestaltung im Fall des 5. Senats des BFH: Dem Gericht genügte die (beschränkte) Rückbeziehung von § 84 BGB als Grundlage für die Körperschaftsteuerpflicht der Stiftung ab dem Tode des A. Offen bleiben in diesem Zusammenhang aber mögliche Steuerfolgen in Bezug auf das vom Erblasser der Stiftung zugedachte Vermögen, insbesondere im Zusammenhang mit der späteren Gemeinnützigkeit der Stiftung. So lässt sich beispielsweise fragen, ob für die Stiftung die erbschaftsteuerlichen Privilegierungen gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 16, § 29 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG greifen können, wenn sie erst später als gemeinnützig anerkannt wird, zivilrechtlich aber ja bereits (rückwirkend) Erbin – und damit Vermögensinhaberin – geworden ist. § 13 Abs. 1 Nr. 16b S. 2 ErbStG knüpft (leider) nur an den umgekehrten Fall des Wegfalls der Gemeinnützigkeit Rechtsfolgen an. Ertragsteuerlich und umsatzsteuerlich muss überlegt werden, ob das zugewendete Vermögen aus Betriebsvermögen des Erblassers kommt (dann kann bei Sachzuwendungen ertragsteuerlich das Buchwertprivileg des § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 5 ErbStG helfen). Bei der Übertragung von Privatvermögen fehlt es für eine Realisierung stiller Reserven dagegen an einer entgeltlichen Veräußerung. Auch Grunderwerbsteuer fällt nicht an, § 3 Nr. 2 GrEStG.

Die strenge (aber wohl richtige) Entscheidung des BFH und die vorstehend angesprochenen vielfältigen ertrag- und erbschaftsteuerlichen Aspekte machen deutlich, wie wichtig es bei einer Nachfolggestaltung unter Einsatz von gemeinnützigen Stiftungen ist, diese bereits zu Lebzeiten sorgfältig zu planen und vorzubereiten – Städels Paragraph allein richtet es nicht!

Dr. Rainer Burghardt

Dr. Alexander Remplik

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

SCHMIDT, VON DER OSTEN & HUBER
Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaft mbB

www.soh.de