SOH

SCHMIDT | VON DER OSTEN | HUBER

NEWS

Insolvenzrecht in bewegten Zeiten

Wenn der Sprint zum Marathon wird ...

Das E-Rezept

Wann werden Verordnungen elektronisch?

Influencer Marketing

Ein Trend von gestern?

Wer trägt das Pandemie-Risiko?

Mietzahlungsverpflichtung trotz Schließung?

Internal Investigations

Aufklärung von Regelverstößen durch das betroffene Unternehmen

Mobiles Arbeiten

Die Pandemie als Innovationskatalysator

Kartellrecht 4.0

Algorithmen als Kartellsünder?

2020 AUSGABE NR. 16

Liebe Leserinnen und Leser,

mit 2020 neigt sich ein Jahr dem Ende, das für uns alle eine Zäsur darstellt.

Seit Monaten beherrschen die Auswirkungen der Covid 19-Pandemie und ihre Bekämpfung die öffentliche Debatte und unser aller Leben. Sie wissen, dass auch wir bei SOH die Gefahren von Beginn an sehr ernst genommen haben. Gleichzeitig gilt es, sich nicht ausschließlich auf die Krise zu konzentrieren, sondern auch vorausschauend für die Zeit danach zu planen – für unsere Mandanten und für SOH.

Nach den ersten zehn Monaten stellen wir dankbar fest: Wir sind bislang gut durch das Jahr gekommen. SOH ist durchgehend für alle Mandanten uneingeschränkt einsatzbereit gewesen. Wir haben Sie alle nach Kräften unterstützen können.

Besonders dankbar sind wir, dass Ihre Nachfrage nach unserer Beratung ungebrochen ist. Der Beginn des Jahres war dabei zunächst durch sehr dynamische Fragestellungen rund um Themen wie Kurzarbeit, die Anwendung ordnungsbehördlicher Verfügungen und die Absicherung von Lieferketten geprägt. Spätestens seit dem Sommer rücken zunehmend strategische Themen in den Vordergrund: Wir alle befassen uns mit den Konsequenzen, die wir aus den Erfahrungen der letzten Monate für unser Geschäftsmodell ziehen müssen und damit, wie wir auf den enormen Schub reagieren, den die Pandemie der Digitalisierung des Wirtschaftslebens gegeben hat.

Als Unternehmer haben wir bei SOH hierauf mit nennenswerten Investitionen in unsere IT-Infrastruktur reagiert, um u. a. flexibles, digitales Arbeiten zu ermöglichen und physische Besprechungen bestmöglich durch Webex, Zoom und Teams zu ersetzen. Und auch in unser Personal haben wir weiter erheblich „investiert“: Gleich vier neue, hoch kompetente anwaltliche Berater sind im Laufe des Jahres zu uns gestoßen. Damit wachsen wir um mehr als 10 % inmitten einer angespannten wirtschaftlichen Gesamtsituation. Stolz sind wir darauf, weil dies Ausdruck Ihres Vertrauens in unsere anwaltlichen Dienstleistungen ist.

Von einem Pharma-Unternehmen ist Frau Dr. Corinna Schmidt-Murra zu uns gestoßen, die unseren sehr erfolgreichen medizinrechtlichen Bereich verstärkt. Herr Dr. Felix Aden war bis zu seinem Wechsel zu uns mehrere Jahre in einer Frankfurter Großkanzlei tätig und bereichert unsere Corporate/M&A-Abteilung, die sich in diesem Jahr besonders positiv entwickelt hat. Mit Herrn Alexander Herrfurth (öffentliches und privates Baurecht) und Herrn Dr. Paul Tophof (individuelles und kollektives Arbeitsrecht) haben wir uns mit zwei vielversprechenden Berufseinsteigern verstärkt. Traditionell stellen sich Ihnen unsere Neuzugänge in diesen SOH News mit eigenen Beiträgen vor.

Trotz allem war das Jahr 2020 also ein für SOH erfolgreiches Jahr. Nicht zuletzt wurden unser Einsatz und unsere Entwicklung durch das renommierte Branchenmagazin JUVE gewürdigt, das uns in diesem Jahr erstmalig für die bundesweite Auszeichnung als „Kanzlei des Jahres für den Mittelstand“ nominiert hat. Dass am Ende einer der vier anderen Wettbewerber den Zuschlag erhalten hat, ändert nichts daran, dass wir uns bereits über die Nominierung als Anerkennung unserer Tätigkeit freuen.

Wir sind entschlossen, diese positive Entwicklung fortzusetzen, Corona weiter zu trotzen und Sie nach Kräften dabei zu unterstützen, dass 2021 ein erfolgreiches Jahr wird. Wir wünschen Ihnen und Ihren Lieben frohe Weihnachten und einen guten Rutsch in ein glückliches und gesundes neues Jahr!

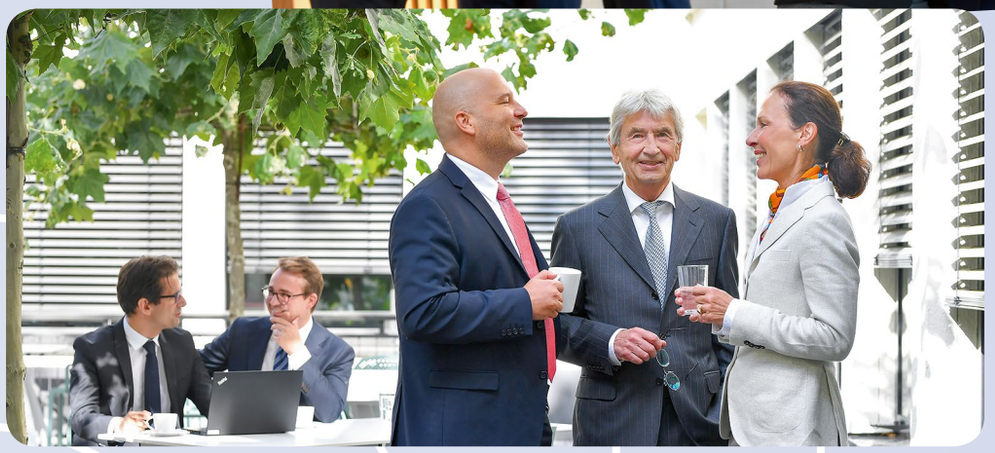
Dr. Till Wegmann

Dr. Jochen Lehmann

Dr. Alexander Remplik

SOH NEWS NR. 16

Glückauf 2021!



Ein Jubiläum der besonderen Art

Prof. Dr. iur. Regine Cramer, Fachanwältin für Medizinrecht, darf in diesem Jahr auf ein Jubiläum besonderer Art zurückblicken. Vor 25 Jahren wurde ihr am 04.07.1995 die akademische Würde einer Doktorin der Rechte durch die Universität zu Köln verliehen, nachdem sie ihre Dissertation über das Thema „Strafrechtliche Grenzen der Therapiefreiheit in der Heilbehandlung durch den Heilpraktiker“ vorgelegt hatte.

Seit Aufnahme ihrer Tätigkeit bei SOH vor mehr als 20 Jahren hat sie mit Nachdruck und Erfolg die Interessen der medizinischen Fakultät der Universität Duisburg/Essen und zahlreicher Krankenhäuser in der Bundesrepublik vertreten; seit einigen Jahren begleitet sie auch die Universitätsklinik in Jena in Arzthaftungssachen.

Hervorzuheben ist ihre Mitgliedschaft in der Gendiagnostikkommission am Robert-Koch-Institut (RKI) und in der Arbeitsgruppe „Arzthaftungsrecht“ der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltsverein.

Seit mehr als 10 Jahren versieht Regine Cramer zudem ihren Lehrauftrag im Fachbereich der medizinischen Fakultät der Universität Duisburg/Essen, um Medizinstudenten die für ihre spätere Berufsausübung notwendigen Kenntnisse der rechtlichen Rahmenbedingungen ihrer Tätigkeit zu vermitteln.

In Anerkennung ihrer Verdienste ist Regine Cramer im Jahre 2019 die Berechtigung erteilt worden, die Bezeichnung „Honorarprofessorin“ zu führen. Die Mandanten und die Sozietät haben die Ehrung als besondere Anerkennung der stetigen Einsatzbereitschaft von Regine Cramer für unsere Mandanten und den wissenschaftlichen Nachwuchs der medizinischen Fakultät der Universität geschätzt. Wir wünschen ihr weiterhin eine erfolgreiche Tätigkeit im Medizin- und Gesundheitsrecht.

Neu im SOH-Team

Dr. Corinna Schmidt-Murra

Seit Januar 2020 verstärkt Dr. Corinna Schmidt-Murra unser Team im Medizinrecht. Zuvor war sie über fünf Jahre in einer Wirtschaftskanzlei in Köln im Bereich des Prozess- und Gesundheitsrechts sowie mehr als zwei Jahre als Syndikusanwältin für einen internationalen Pharmakonzern tätig. Ihre Beratungsschwerpunkte liegen neben dem allgemeinen Medizinrecht im Arzneimittel- und Medizinprodukterecht, Heilmittelwerberecht und der Healthcare-Compliance.

Dr. Felix Aden LL.M.

Back to the roots: Mit dem gebürtigen Essener Dr. Felix Aden konnte SOH im Juni 2020 einen Neuzugang im Bereich Handels- und Gesellschaftsrecht verzeichnen. Zuvor war Herr Dr. Aden über drei Jahre bei einer internationalen Sozietät in Frankfurt am Main im Bereich Prozessführung und Schiedsgerichtsbarkeit tätig. Herr Dr. Aden wurde an der Universität Genf mit einer rechtsvergleichenden Arbeit promoviert. Außerdem hat Herr Dr. Aden einen LL.M. an der Duke Law School (Durham/USA) erworben.

Alexander Herrfurth

Herr Alexander Herrfurth ist im Juli 2020 zu unserem Team im Öffentlichen Recht und Immobilienrecht gestoßen. Nach Abschluss seines Studiums der Verwaltungswissenschaften an der FHöV in Dortmund und der Rechtswissenschaften an der Universität Bochum sammelte er während seiner Promotion zum Planungsrecht Erfahrungen als Wissenschaftlicher Mitarbeiter in führenden Wirtschaftskanzleien in Düsseldorf.

Dr. Paul Tophof

Auch der arbeitsrechtliche Bereich freut sich über einen weiteren Neuzugang: Seit September 2020 ist Herr Dr. Paul Tophof bei SOH tätig. Nach seinem Studium in Heidelberg und Bochum promovierte er an einem arbeitsrechtlichen Lehrstuhl an der Universität Bochum, wo er auch als wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig war. Sein Referendariat absolvierte am Landgericht Bochum mit Stationen beim Bundesjustizministerium in Berlin sowie bei führenden Wirtschaftskanzleien in Düsseldorf und Hamburg.

Wir freuen uns über unsere Neuzugänge und begrüßen sie mit einem herzlichen „Glückauf“!

In eigener Sache:

Lauter Auszeichnungen mitten im Krisenjahr

Das Jahr 2020 wird für SOH nicht nur mit der Corona-Krise verknüpft sein. In diesem Jahr wurde SOH auch so oft ausgezeichnet wie noch nie:

Im Januar listete uns die international anerkannte Ranking-Agentur „Legal500“ als „Führende Kanzlei“ für die Region „Ruhrgebiet Westfalen“. Dies zeigt die starke Stellung von SOH in unserem Heimatmarkt.

Das „Karrieremagazin für junge Juristen Azur“ hat uns im März aufgrund der Ergebnisse der bundesweiten Associate-Umfrage u.a. zusammen mit McKinsey & Company als „Top Arbeitgeber“ in der Region Nordrhein-Westfalen ausgezeichnet. Unsere jungen Anwälte leisten also nicht nur sehr gute Arbeit, sondern sie fühlen sich auch wohl bei uns. Das hat uns besonders gefreut.

Im Rahmen von individuellen Rankings, die auf Empfehlungen von Kollegen beruhen, wurden ausgezeichnet: Im Mai für den Bereich Medizinrecht unsere Kollegen Prof. Dr. Franz-Josef Dahm, Prof. Dr. Regine Cramer und Dr. Stefan Bäune durch das Magazin „WirtschaftsWoche“ als „beste Anwälte für Ärzte, Kliniken und Versicherer“. SOH ist deshalb lt. der „WirtschaftsWoche“ „Top Kanzlei Medizinrecht“. Im Juni für den Bereich Biotechnologie Dr. Roland Flasbarth und für den Bereich Öffentliches Wirtschaftsrecht Dr. Christian Wilkening als „Deutschlands Beste Anwälte 2020“. Dieses Ranking wird alljährlich vom Handelsblatt in Kooperation mit der Ranking-Agentur Best Lawyers durchgeführt. Wir sind stolz, dass wir uns mit diesen Kollegen „schmücken“ können.

Der Höhepunkt war schließlich die Nominierung von SOH durch das renommierte Branchen-Magazin „Juve“ für die bundesweite Auszeichnung als „Kanzlei des Jahres für den Mittelstand“. Auch wenn der Preis letztlich an einen der vier Mitbewerber ging: Die Nominierung unterstreicht, dass wir – abseits unserer hochgeschätzten Großmandate – für unsere zahlreichen mittelständischen Mandanten weit über die Grenzen des Ruhrgebietes hinaus erfolgreich tätig sind.

Wir sind dankbar für die tollen Referenzen, die unsere Mandanten erteilt und damit die Nominierung möglich gemacht haben. Wir werden alles daran setzen, 2021 hieran anzuknüpfen.

Unser Mandant:

DR SMILE

Essener Know-how für die Berliner Start-Up-Szene

©Dr. Smile

DrSmile gilt als einer der am schnellsten wachsenden Anbieter von kieferorthopädischen Behandlungslösungen in Europa. Das Unternehmen ist spezialisiert auf die Erstellung von transparenten Zahnschienen zur Korrektur von leichten bis mittleren Zahnfehlstellungen, sogenannten „Alignern“. Das Unternehmen, 2016 gegründet, arbeitet in über 35 deutschen Städten mit Zahnärzten daran, erste Anlaufstelle für schöne Zähne zu sein. Die Gründer, Jens Urbaniak und Christopher von Wedemeyer, kommen aus der Berliner Start-Up-Szene und haben mit ihrem Ansatz inzwischen europaweit Aufsehen erregt.

„Bei immer mehr Menschen steigen die ästhetischen Ansprüche an ihre Zähne“, stellt Urbaniak fest, „diese können wir mit unserer modernen Behandlung bedienen.“

DrSmile hat von Beginn an auf das breite Know-how und die Branchenkenntnisse von SOH im Gesundheitsmarkt gesetzt. „Wir sind auf Empfehlung zu SOH gekommen. Aufgrund der Erfahrung im hoch regulierten Gesundheitssektor und des breiten Beratungsangebots zu allen für uns wichtigen Aspekten haben wir uns früh für SOH entschieden. Das Corporate-SetUp und die Begleitung der regulatorisch anspruchsvollen Vereinbarungen mit unseren Partnern haben wir dort in guten Händen gewusst“, so Christopher von Wedemeyer.

DrSmile hat alle durch die Konkurrenten angestrengten Prozesse bisher nicht aufhalten können. Nach einem beständigen Wachstumskurs ist aus dem Start-Up ein mittelständisches Unternehmen geworden, das über 250 Arbeitnehmer beschäftigt. Das Geschäftsmodell wird honoriert. Im Sommer dieses Jahrs ist das börsennotierte Schweizer Unternehmen Straumann Gruppe AG mit einer Beteiligung von 74,9 % in das Unternehmen eingestiegen. „Wir freuen uns, dass wir selbständig bleiben, aber mit einem starken Partner die Internationalisierung unseres Anspruchs über die DACH-Region hinaus umsetzen können. Wir freuen uns auf Europa“, erklärt Jens Urbaniak. Dabei setzt das Unternehmen unverändert auf die Expertise und das internationale Netzwerk von SOH.

Wenn der Sprint zum Marathon wird ...

Insolvenzrecht in bewegten Zeiten

©maxutov - stock.adobe.com

Im Frühjahr haben wir noch gehofft, COVID-19 im Sprint besiegen zu können. Jetzt wissen wir, dass es ein Marathon ist – und wir sind mittendrin. Trotz aktueller Aussetzung der Insolvenzantragspflicht ist das ein oder andere Unternehmen bereits in die Knie gegangen. Namhafte Beispiele für Insolvenzen aus diesem Jahr sind etwa GALERIA Karstadt Kaufhof, Esprit, AppelrathCüpper und der Küchenhersteller Poggenpohl. Einige von ihnen mögen bereits vor COVID-19 in die Krise geraten sein. Sie konnten nicht davon profitieren, dass der Gesetzgeber im März 2020 Unternehmensleiter von der Pflicht befreit hat, im Fall von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung einen Insolvenzantrag zu stellen. Denn diese Befreiung galt nur, wenn die Insolvenz auf den Folgen der Ausbreitung des Corona-Virus beruhte und wenn im Fall von Zahlungsunfähigkeit Aussichten auf deren Beseitigung bestanden. Damit sollte pandemiebedingt kriselnden Unternehmen die Gelegenheit gegeben werden, die Insolvenzreife durch Beanspruchung staatlicher Hilfen oder Inanspruchnahme von Krediten abzuwenden. Diese Schonfrist war zunächst befristet bis zum 30.09.2020.

Weil die COVID-19-Pandemie uns jedoch mit erheblichen Auswirkungen in der zweiten Jahreshälfte 2020 weiter begleitet, hat der Gesetzgeber die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht bis zum Jahresende in eingeschränktem Umfang verlängert: Nur noch im Fall einer pandemiebedingten Überschuldung muss keine Insolvenz beantragt werden. Ist das Unternehmen dagegen zusätzlich oder ausschließlich zahlungsunfähig, muss die Geschäftsleitung seit Oktober wieder einen Insolvenzantrag stellen, um eine straf- und zivilrechtliche Haftung zu vermeiden. Weil zahlungsunfähige Unternehmen ihre fälligen Zahlungsverpflichtungen nicht mehr erfüllen können, hat der Gesetzgeber diese aus gutem Grund aus der Verlängerung des Moratoriums ausgenommen. Aber auch für pandemiebedingt überschuldete Unternehmen kann berechtigterweise hinterfragt werden, ob für sie die geltende Aussetzung der Insolvenzantragspflicht legitim ist. Gesetzeskonformes Verhalten des Gegenübers unterstellt, konnte der Wirtschaftsverkehr in der Vor-Corona-Zeit darauf vertrauen, dass er kein überschuldetes Unternehmen ohne Fortführungsaussichten unter Vertrag nimmt. Denn ein solches Unternehmen musste vor Geltung der insolvenzrechtlichen „lex Corona“ einen Insolvenzantrag stellen, statt weiter am Wirtschaftsleben teilzunehmen und neue Verträge zu schließen. Nach geltendem Recht kann es sich dagegen auf die Corona-Schonfrist berufen und von einem Insolvenzantrag absehen, wenn es nicht zusätzlich zahlungsunfähig ist.

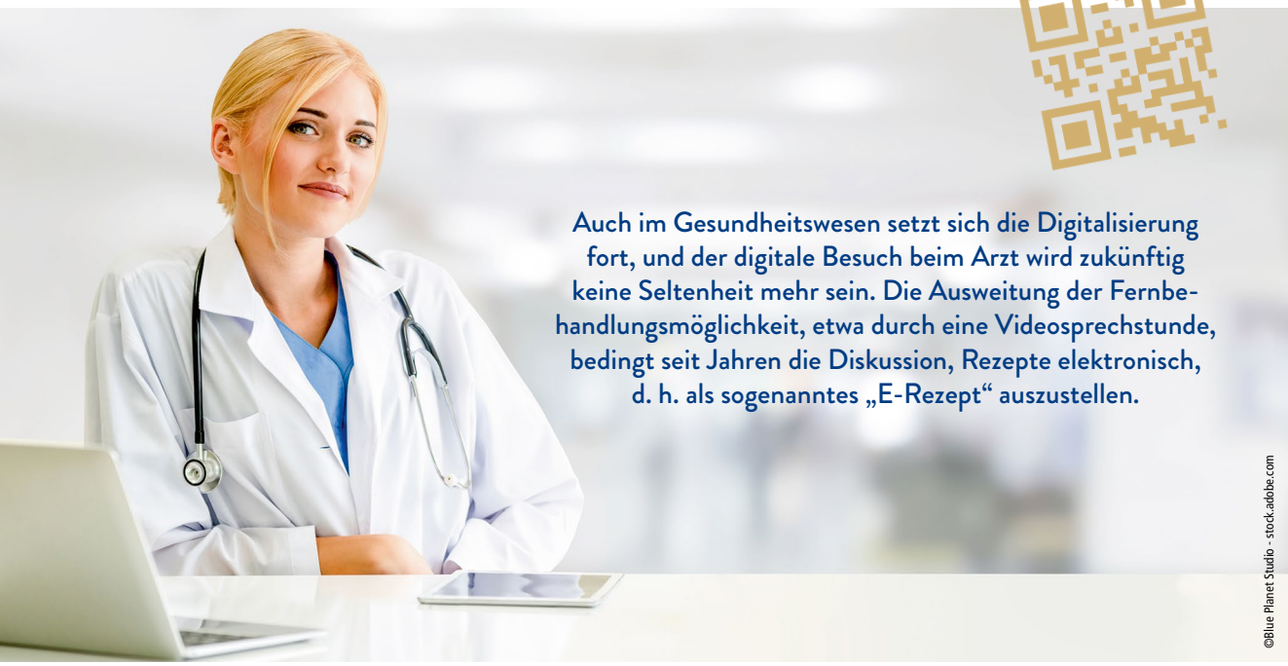
In ihrer Antwort auf eine Kleine Anfrage der FDP-Fraktion hat die Bundesregierung mitgeteilt, dass eine Verlängerung dieses Corona-Moratoriums in das Jahr 2021 hinein nicht beabsichtigt ist. Statt die Insolvenzantragspflicht weiterhin zu suspendieren, soll pandemiebedingt kriselnden Unternehmen mit dem Entwurf eines „Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts“ erleichternd unter die Arme gegriffen werden. Mit diesem Gesetz sollen Unternehmen in der Krise u. a. die Möglichkeit erhalten, belastende Verträge zu beenden, wenn der Vertragspartner einem Anpassungs- oder Beendigungswunsch nicht zustimmt. In dieser Form in bestehende Verträge einzugreifen, war bisher nur im Kontext eines förmlichen Insolvenzverfahrens möglich. Wird der Entwurf Gesetz, droht dieser Eingriff schon vorher. Mehr denn je ist es daher wichtig, sich schon bei der Vertragsgestaltung bestmöglich präventiv vor den Folgen einer möglichen Krise des Vertragspartners zu schützen.

Der COVID-19-Marathon fordert uns alle heraus. Lösungen für die rechtlichen Herausforderungen entwickeln wir gern mit Ihnen.

Dr. Britta Bultmann

SOH NEWS NR. 16

Das E-Rezept – wann werden Verordnungen elektronisch?



©Blue Planet Studio - stock.adobe.com

Auch im Gesundheitswesen setzt sich die Digitalisierung fort, und der digitale Besuch beim Arzt wird zukünftig keine Seltenheit mehr sein. Die Ausweitung der Fernbehandlungsmöglichkeit, etwa durch eine Videosprechstunde, bedingt seit Jahren die Diskussion, Rezepte elektronisch, d. h. als sogenanntes „E-Rezept“ auszustellen.

DAS E-REZEPT

Das E-Rezept ist die digitale Version der bekannten papierbasierten Verschreibung von Arzneimitteln und anderen Leistungen, die zu Lasten der gesetzlichen und privaten Krankenversicherungsträger verordnet werden können. Es erfordert – anstelle einer eigenhändigen Unterschrift – eine qualifizierte elektronische Signatur des verschreibenden Arztes, die dieser auch mit Hilfe seines elektronischen Arztausweises erstellen kann. Die gesetzlichen Grundlagen für die Ausstellung von E-Rezepten sind bereits länger existent. Abrechnungshindernisse in der gesetzlichen Krankenversicherung haben jedoch dazu geführt, dass von dem E-Rezept in der Praxis bisher kaum Gebrauch gemacht wurde.

DAS E-REZEPT WIRD TEIL DER GESETZGEBERISCHEN AGENDA

Um dem erklärten Ziel der Digitalisierung des Gesundheitswesens näher zu kommen, verpflichtete der Gesetzgeber zunächst mit dem Gesetz für mehr Sicherheit in der Arzneimittelversorgung („GSAV“) und später mit dem Digitale-Versorgung-Gesetz („DVG“) die Vertragspartner der gemeinsamen Selbstverwaltung, die notwendigen vertraglichen Regelungen für die Verwendung von elektronischen Verschreibungen für Arzneimittel und später auch für weitere Versorgungsleistungen zu schaffen. Zugleich sollte die Gesellschaft für Telematik („gematik“) bis Ende Juni 2020 die erforderlichen technischen Festlegungen für die Übermittlung ärztlicher Verordnungen für apothekenpflichtige Arzneimittel in elektronischer Form treffen.

WANN KOMMT DAS E-REZEPT?

Mit dem Anfang Juli 2020 beschlossenen Patientendaten-Schutz-Gesetz („PDSG“) gibt der Gesetzgeber nunmehr einen zeitlichen Fahrplan für die Verwendung von E-Rezepten in der ärztlichen Praxis vor. Spätestens ab dem 1. Januar 2022 müssen Ärzte und Zahnärzte Verschreibungen von Arzneimitteln in elektronischer Form ausstellen. Gleichermaßen sind Apotheken ab diesem Zeitpunkt verpflichtet, Arzneimittel auf der Grundlage eines E-Rezepts abzugeben. Bereits ab Juli 2021 sollen das E-Rezept und die dazugehörige App der gematik gesetzlich Versicherten zur Verfügung stehen. Schon jetzt existieren mehrere Modellvorhaben, die das E-Rezept in landes- und bundesweiten Pilot-Projekten mit verschiedenen Partnern erproben.

DER WEG DES E-REZEPTS VOM ARZT IN DIE APOTHEKE

Das PDSG zeichnet auch den Weg des E-Rezeptes vom Arzt in die Apotheke über die von der gematik zu entwickelnde Telematikinfrastruktur: Das E-Rezept stellt der Arzt zukünftig als QR-Code aus. Der Patient kann hierbei entscheiden, ob ihm der QR-Code an eine E-Rezept-App auf seinem mobilen Endgerät übermittelt oder als Papierausdruck zur Verfügung gestellt wird. Nur noch ausnahmsweise soll ein Rückgriff auf die altbekannte Papierversion möglich sein, namentlich bei Hausbesuchen oder wenn technische Probleme im Einzelfall eine elektronische Erstellung der Verordnung verhindern. Wird das E-Rezept auf dem Smartphone gespeichert, kann der Patient die Informationen entweder einer lokalen oder einer Online-Apotheke elektronisch übermitteln. Die Apotheke prüft die Verfügbarkeit und informiert, ob das gewünschte Medikament zur Abholung oder zum Versand zur Verfügung steht. Erst dann entscheidet der Patient, ob er den QR-Code der Apotheke verbindlich zuweist. Holt der Patient das Medikament in einer lokalen Apotheke ab, muss er nur noch den QR-Code – auf Papier oder digital – vorzeigen.

DIE E-REZEPT-APP

Mit der Entwicklung einer zentralen App zur Nutzung des E-Rezepts hat der Gesetzgeber ebenfalls exklusiv die gematik beauftragt. Über eine Schnittstelle soll jedoch auch eine Weiterleitung der Daten zur Nutzung anderer Apps von Drittanbietern wie Verbänden, Krankenkassen oder privaten Unternehmen ermöglicht werden. Die Rahmenbedingungen für den Zugang von Drittanbietern formuliert das PDSG allerdings nur äußerst vage dahingehend, dass die Verfügbarkeit, Integrität, Authentizität und Vertraulichkeit der Telematikinfrastruktur nicht beeinträchtigt werden dürften.

DAS MAKEL-VERBOT

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen vor allem solche Drittanbieter ausgeschlossen werden, deren App eine unzulässige Beeinflussung der freien Apothekenwahl durch Gewährung oder Versprechen eines wirtschaftlichen Vorteils zur Folge hätte. Zu diesem Zweck erstreckt das PDSG mit dem sogenannten Makelverbot das Zuweisungsverbot für Rezepte auch auf Dritte. Verschreibungen, auch in elektronischer Form, dürfen nicht gesammelt, an Apotheken vermittelt oder weitergeleitet werden, wenn dafür ein Vorteil, etwa in der Form eines Entgelts gewährt wird. Das Apothekengesetz untersagte bereits zuvor generell Absprachen von Apotheken mit Ärzten oder anderen Personen, die sich mit der Behandlung von Krankheiten befassen, die eine Zuweisung von Verschreibungen zum Gegenstand haben.

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen durch das Makelverbot die freie Apothekenwahl gewährleistet bleiben und Verwerfungen im Apothekenmarkt verhindert werden. Eine E-Rezept-App wird sich folglich daran messen lassen müssen, ob der Patient frei wählen kann, bei welcher Apotheke er Verschreibungen einlöst und zudem, ob ein etwaiges Entgelt für das Makeln von Rezepten oder aber für andere Leistungen mit einem Mehrwert bezahlt wird.

Flankiert wird das Makelverbot durch ein sozialrechtliches Verbot, wonach es Vertragsärzten und Krankenkassen untersagt ist, Versicherte dahingehend zu beeinflussen, Verordnungen bei einer bestimmten Apotheke oder einem sonstigen Leistungserbringer einzulösen. Eine Ausnahme besteht, soweit das Gesetz die Zuweisung ausdrücklich erlaubt oder aus medizinischen Gründen im Einzelfall eine Empfehlung geboten ist. Zulässig bleiben damit bei Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen beispielsweise Zuweisungen im Rahmen von Heimversorgungsverträgen einer Apotheke oder bei der Behandlung mit Zytostatika oder von Hämophilie-Patienten.

AUSLÄNDISCHE VERSANDAPOTHEKEN

Dem Verbot des Makelns von E-Rezepten unterwirft das PDSG ausdrücklich auch ausländische Versandapotheken. Anlass gab hierzu eine BGH-Entscheidung, wonach das Verbot einer Absprache mit Ärzten bezüglich der Zuweisung von Verschreibungen nur auf inländische Apotheken anzuwenden sei.

Das E-Rezept steht damit kurz davor, ein Teil unseres Alltags zu werden. Die Entwicklungen des Marktes mit E-Rezept-Apps und die Beteiligung ausländischer Versandapotheken lassen hierbei noch einige Innovationen erwarten.

Dr. Corinna Schmidt-Murra

Influencer Marketing – ein Trend von gestern?

Henry Ford soll bereits vor Jahrzehnten gesagt haben:
„Ich weiß, die Hälfte meiner Werbung ist herausgeworfenes Geld. Ich weiß nur nicht, welche Hälfte.“

Wahrscheinlich gilt das auch heute noch – zumal Werbung allgegenwärtig ist, ein Wirtschaftsfaktor ohnegleichen. Sie begegnet uns tagtäglich, gewollt oder ungewollt – in Printmedien, im Fernsehen und Radio und seit geraumer Zeit im Internet.

Werbung dient dem Werbenden, den Absatz seiner Produkte zu steigern. Sie trägt aber auch dazu bei, den Verbraucher zu informieren und seine Kaufentscheidungen vorzubereiten. Deshalb ist Werbung legitim.

Diese Janusköpfigkeit von Werbung zeigt sich beim Problem der sog. Schleichwerbung: Dann kann der Verbraucher Werbung nicht mehr als solche erkennen. Er kann nicht mehr beurteilen, ob neben dem Informationsaspekt auch versteckte Eigeninteressen desjenigen mitspielen, der ihm ein Produkt vorstellt.

Das hat der Gesetzgeber schon vor Jahren zum Anlass genommen, im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) festzuschreiben, dass Werbung als solche erkennbar sein muss. Werbung darf nicht verkappt als uneigennützige Information des Verbrauchers daherkommen. Mit anderen Worten: Wer wirbt und dabei eigene wirtschaftliche Zwecke verfolgt, muss dies kenntlich machen.

Hier kommen die sog. Influencer ins Spiel: Cathy Hummels, Vreni Frost, Toni Kroos oder die Lochis sind einem Millionenpublikum bekannt, wenn auch zumeist in anderem Zusammenhang. Aber nicht nur sie, sondern auch „Kidfluencer“ oder „Petfluencer“ treten als Testimonials für bestimmte Zielgruppen, die sog. Community auf. All diese „Promis“ verbindet, dass sie versuchen, die tatsächlichen oder vorgeblichen Vorzüge bestimmter Produkte einem breiten Publikum nahezubringen, und dabei ihre Bekanntheit als Werbeargument oder zumindest als Türöffner einsetzen. Dabei ist die Akzeptanz derartiger Kommunikation erstaunlich hoch, auch und gerade bei jungen Verbrauchern. So sollen nach einer Erhebung des Bundesverbands Digitale Wirtschaft (BVDW) ca. 25 % der Verbraucher täglich (!) mindestens einmal Kontakt mit

einem Influencer haben. Dass es dabei zumindest vereinzelt zu „Schummeleien“ kommt, wird in der Branche als offenes Geheimnis kolportiert. So ist vom Einsatz von sog. Bots, Avataren oder „Fake-Followern“, von „Pods“ und „Fraud Communities“ die Rede, mit deren Hilfe die Attraktivität des vorgestellten Produkts gesteigert werden soll.

In Zeiten analoger Kommunikation war die Testimonial-Werbung rechtlich klar geregelt, da die Kommunikation über gesetzlich regulierte Kanäle, also Zeitungen, Fernsehen, Rundfunk oder die Presse erfolgte. Für diese Medien gab und gibt es Regeln, die die Interessen von Anbietern und Nachfragern zu einem angemessenen Ausgleich bringen. Bei jeder Art von Werbung galten und gelten die für alle gleich strengen Regeln des UWG. Verantwortlich für die Werbung war danach das Medium, auf dem geworben wurde. Und jegliche Werbung musste klar als solche erkennbar sein. Das Internet, insbesondere Social Media, und die damit verbundene weltweite Ausdrucksmöglichkeit jedes Individuums jenseits von klassischen medialen Kanälen haben das grundlegend geändert: Heute kann jeder Produkte vorstellen, Angebote „liken“ oder „dissen“, ohne dies zuvor mit dem Medium inhaltlich und rechtlich abzustimmen, auf dessen technischer Plattform seine oder ihre Äußerung erscheint.

Selbst wenn man nicht zur Fundamentalkritik neigt und z. B. die Tätigkeit von „Kidfluencern“ pauschal als Kinderarbeit bewertet, besteht die Gefahr, dass der Verbraucher sich übermäßiger Schleichwerbung ausgesetzt sieht. Er kann nicht mehr unterscheiden, ob mit Äußerungen wirtschaftliche Interessen des Influencers verfolgt werden oder ob es sich um eine rein private Meinungsäußerung handelt.

Nur im letzteren Fall fehlt es an einer Gefährdung des leistungsorientierten Wettbewerbs durch Schleichwerbung, weshalb es keiner Einschränkung der grundgesetzlich geschützten Meinungs- und Pressefreiheit durch die Regeln des UWG bedarf. Daher ist ein erbitterter Streit entbrannt, wie die Tätigkeit von Influencern einzuordnen ist. So reklamierte Cathy Hummels 2019 anlässlich eines Rechtsstreits um ihre Influencertätigkeit vor dem Landgericht München für sich: „Ich sehe mich mehr oder weniger als Frauenzeitschrift“ und nahm damit das grundgesetzliche Presseprivileg für sich in Anspruch – wahrscheinlich nicht ohne entsprechende Hintergedanken.

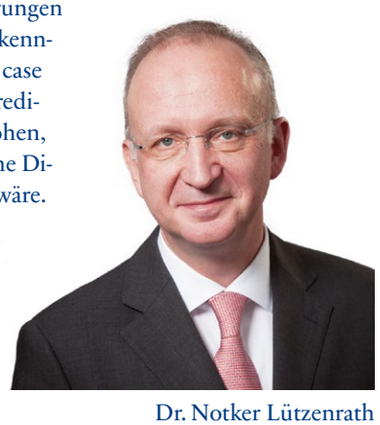
Obgleich eine höchstrichterliche Einordnung der Tätigkeit von Influencern noch aussteht, hat sich inzwischen eine vorläufige Sichtweise herausgebildet:

Wenn ein Influencer Vorteile vom Unternehmen erhält, dessen Produkte er vorstellt, betreibt er Werbung – und zwar in eigener Sache und gleichzeitig für dieses Unternehmen. Gleiches gilt, wenn das Unternehmen einem Influencer die vorgestellten Produkte kostenfrei zur Verfügung stellt, zumindest wenn diese hochwertig sind. Soweit besteht Einigkeit. Ob aber nur harte, unmittelbar in Euro und Cent messbare Vorteile für den Influencer ausreichen oder auch der Umstand, dass „nur“ die Marken des beworbenen Unternehmens verlinkt oder hervorgehoben werden und damit „traffic“ auf dessen Website erzeugt wird, ist umstritten. Die strenge Lesart geht davon aus, dass auch dann Schleichwerbung vorliegen soll mit der Folge, dass die strikten Werberegeln des UWG eingreifen.

Letztlich hat die Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung der Untergerichte den Gesetzgeber auf den Plan gerufen. Das Bundesjustizministerium hat im Frühjahr 2020 einen Gesetzgebungsvorschlag zur „Abgrenzung von nichtkommerzieller Kommunikation […] von geschäftlichen Handlungen“ vorgelegt. Danach soll ein kommerzieller Zweck einer geschäftlichen Handlung nur dann ausgeschlossen sein, wenn diese „vorrangig der Information und Meinungsbildung dient und kein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung gewährt wurde“.

Mit dieser Unterscheidung zwischen Werbung und bloßer Meinungsäußerung werden „millionenschwere“ Influencer, die im Durchschnitt 10 bis 12 Euro für 1.000 Aufrufe erhalten, nur schwer leben wollen. Denn wenn bei ihnen ein oben beschriebenes oder ein vergleichbares Vergütungsmodell vorliegt, ist eine Entgeltlichkeit im Sinne der Pläne des Gesetzgebers gegeben. Der Influencer müsste dann in seinem Beitrag klar zum Ausdruck bringen, dass es sich um Werbung handelt – so wie dies in den klassischen Medien seit jeher üblich ist. Der Nutzer hätte dann im Internet vermehrt mit Warnhinweisen wie „Werbung“ oder „Advertorial“ zu rechnen. Das allerdings könnte die „Credibility“ des Influencers bei seinen Zielgruppen deutlich herabsetzen – ein von ihm oder ihr höchst unerwünschter Effekt. Als Folge wären die Influencer-Vergütungsmodelle in ihrer heutigen Form vielleicht nicht mehr aufrechtzuerhalten.

Für die Unternehmen, die auf Influencer setzen, erhält die eingangs wiedergegebene Frage von Henry Ford, auf welche Werbung man verzichten wolle, eine neue Bedeutung: Wer fürchten muss, dass seine Werbung nicht bis zum Endverbraucher vordringt, sondern aufgrund ihres offensichtlichen werblichen Charakters („Achtung: Werbung!“) von vornherein abgelehnt wird, ist gegebenenfalls weniger bereit, hierfür etwas zu zahlen – also tendenziell schlechte Zeiten für Influencer? Nicht unbedingt! Denn rein tatsächlich wird der Einfluss von Influencern unweigerlich zunehmen. Sie sollten aber künftig nicht mehr „unter dem Radar“ agieren, sondern ihre Äußerungen offen als Werbung kennzeichnen. Im best case kann das ihre „Credibility“ sogar erhöhen, so dass das Ford’sche Dilemma vom Tisch wäre.



Dr. Notker Lützenrath

Mietzahlungsverpflichtung trotz Schließung wegen COVID-19?

Ob der Mieter trotz Schließungsverpflichtung wegen der Corona-Pandemie zur Zahlung der Miete verpflichtet bleibt, hängt von den Umständen des konkreten Einzelfalls ab.

Im Frühjahr mussten fast alle Ladengeschäfte aufgrund der landesrechtlich angeordneten Schließungsverfügungen für den direkten Kundenverkehr geschlossen bleiben. Aktuell ist etwa der Betrieb von Gastronomie – mit Ausnahme des Außer-Haus-Verkaufs – untersagt. In der Folge versuchten einige der betroffenen Gewerbemieter, ihre dadurch erlittenen Verluste durch Weigerung der Fortzahlung der Miete abzufedern. Daher stellt sich die Frage der gerechten Risikoverteilung: Wer soll das finanzielle Risiko bei Eintritt einer nicht vorhersehbaren Pandemie tragen: Der Mieter oder der Vermieter?

Mit dieser Frage setzen sich vermehrt auch die Gerichte auseinander und kommen dabei zu durchaus unterschiedlichen Ergebnissen. So hat u. a. das Landgericht Heidelberg (Az. 5 O 66/20) juristisch sauber die rechtlichen Möglichkeiten des gewerblichen Mieters, die Miete einzubehalten, geprüft und im Ergebnis überzeugend abgelehnt. Anders sah es etwa das Landgericht München (Az. 3 O 4495/20), das ein Recht des Mieters auf Minderung der Miete bejahte.

KEIN MANGEL DER MIETSACHE

Vorausgesetzt, der Mietvertrag enthält keine Haftungsausschlüsse bzw. -beschränkungen oder eine sog. Force Majeure-Klausel, bestimmt sich die Mietzahlungspflicht vorrangig nach dem mietrechtlichen Sachmängelrecht. Durch hoheitliche Maßnahmen bewirkte Gebrauchsbeschränkungen stellen nur dann einen Mangel dar, wenn sie unmittelbar mit der *Beschaffenheit*, dem Zustand oder der Lage der Mietsache im Zusammenhang stehen. Die Lockdown-Anordnung dient jedoch dem Schutz der Bevölkerung vor der Ausbreitung des Corona-Virus. Sie knüpft mithin nicht unmittelbar an die Mietsache, sondern vielmehr an die Art der Nutzung (bspw. Betrieb einer Gastronomie) und das damit einhergehende Infektionsrisiko an. Die Mieträumlichkeiten eignen sich für den Vertragszweck in gleicher Weise wie vor dem Lockdown. Untersagt ist der konkrete Betrieb, und zwar losgelöst von der Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der Mietsache. Das LG Heidelberg stellte – anders als das LG München – daher zurecht fest, dass dieser Umstand in den Risikobereich des Mieters fällt und daher kein Sachmangel vorliegt.

KEINE UNMÖGLICHKEIT

Die Gerichte weisen das Verwendungsrisiko der Mietsache grundsätzlich dem Mieter zu. Die Vermieterleistung erschöpft sich in der Bereitstellung der Mietsache im gebrauchstauglichen Zustand. Die Hauptleistungspflicht des

Illustration: ©Re Gara - stock.adobe.com · Foto: ©Семен Саливанчук - stock.adobe.com

Vermieters wird daher trotz der angeordneten Schließung nicht unmöglich. Denn der Vermieter hat die Mietsache in gebrauchstauglichem Zustand bereitgestellt.

ANSPRUCH AUF VERTRAGSANPASSUNG?

Ob die Gerichte mit dem Rechtsinstitut der Vertragsanpassung adäquat auf die Konstellation des angeordneten Lockdowns reagieren können, ist umstritten. Zwar war der Vermieter bis zum 30.06.2020 zumindest temporär nicht berechtigt, einen Mietvertrag wegen eines auf die Corona-Pandemie zurückzuführenden Zahlungsrückstandes zu kündigen. Ein Zahlungsverweigerungsrecht des Mieters sah diese Regelung allerdings nicht vor. Eine solche Regelung ist für 2021 – Stand jetzt – ebenfalls nicht geplant.

In der gerichtlichen Entscheidungspraxis war diese Frage bisher ebenso wenig relevant wie die Frage, ob die Parteien ein Recht des Mieters zu einer geänderten Mietzahlungspflicht vereinbart hätten, wenn sie die Möglichkeit des Auftretens einer weltweiten Pandemie bedacht hätten. Denn eine Vertragsanpassung zugunsten des Mieters kommt nur dann in Betracht, wenn diesem ein unverändertes Festhalten an der vertraglich vereinbarten Mietzahlung unter Abwägung aller Umstände unzumutbar ist. Eine solche Unzumutbarkeit wurde – bisher jedenfalls – gerichtlich verneint.

Entscheidend ist, inwieweit die eingetretenen – unvorhersehbaren – Umstände üblicherweise in das Risiko der betroffenen Vertragsparteien fallen, wie nahe sie den eingetretenen Veränderungen stehen und inwieweit es den Vertragsparteien zumutbar oder überhaupt möglich gewesen wäre, entsprechende Vorkehrungen zu treffen. Grundsätzlich trägt der Mieter das Verwendungsrisiko. Im Gewerbemietrecht gehört dazu vor allem die Chance, mit dem Mietobjekt Gewinne zu erzielen. Diese Risikoverteilung schließt – abgesehen von extremen Ausnahmefällen – regelmäßig die Möglichkeit aus, sich bei fehlender Realisierung der Chance (Ausbleiben der Einnahmen) auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu berufen. Hier muss der Mieter ausführlich und nachvollziehbar darlegen, in der eigenen Existenz gefährdet oder jedenfalls in einem solchen Ausmaß wirtschaftlich betroffen zu sein, dass ein weiteres Festhalten am unveränderten Mietvertrag unter Berücksichtigung aller Umstände unzumutbar ist.

Im Rahmen der Abwägung sind die Interessen der Beteiligten konkret gegenüberzustellen. Bisher galt, dass die weltweite Corona-Pandemie für beide Seiten unvorhersehbar war, somit keiner Partei das Fehlen von Vorkehrungen vorgeworfen werden konnte. Sodann wurde individuell geprüft, wie die Interessen verteilt sind. Anhaltspunkte waren bisher die Fragen, ob die Räume durch den Mieter auch während des Lockdowns (anderweitig) genutzt wurden (etwa als Lager oder als Standort für den Außer-Haus-Verkauf), wie groß der Nettoumsatzrückgang für das konkrete Mietobjekt tatsächlich war und für welche Dauer die Schließung angeordnet war. Im vom Landgericht Heidelberg entschiedenen Fall sprach insbesondere der begrenzte Zeitraum der Schließung von nur 26 Arbeitstagen gegen eine Unzumutbarkeit.

AUSBLICK

Bisher wurde eine Vertragsanpassung für den Mieter von der Rechtsprechung abgelehnt. Die Rechtsfrage ist allerdings nicht verbindlich geklärt. Jeder Fall muss individuell betrachtet werden, ausschlaggebend ist immer eine Wertungsentscheidung. Dabei sind Fragen der Unangemessenheit von Leistung und Gegenleistung sowie der Vertragsgerechtigkeit abzuwägen. Danach kann das Risiko nicht nur von derjenigen Partei, die davon unmittelbar getroffen wird, sondern (auch) von der anderen Partei zu tragen sein. Es sind daher durchaus Konstellationen denkbar, in denen ein Anspruch des gewerblichen Mieters auf Vertragsanpassung bestehen kann. Den „üblichen“ Fall wird das allerdings nicht betreffen.

Ein am 29.09.2020 von der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN gestellter Antrag fordert daher eine gesetzgeberische Klarstellung. Betriebsschließungen in Folge eines landesrechtlich angeordneten Lockdowns sollen danach eine Vertragsanpassung zur Folge haben können (BT-Drs. 19/22898). Ähnlich äußerte sich auch Justizministerin Christine Lambrecht, die die Rechte der Gewerbemieter stärken will. Der Antrag wurde nach Beratung im Bundestag an die Ausschüsse überwiesen. Es bleibt abzuwarten, ob und wenn ja, in welchem Umfang die Rechte des gewerblichen Mieters bei landesrechtlich angeordneten Lockdowns in Zukunft gesetzlich gestärkt werden.

Alexander Herrfurth

SOH NEWS NR. 16

©Funtap - stock.adobe.com

Internal Investigations – Aufklärung von Regelverstößen durch das betroffene Unternehmen

EINLEITUNG

Bilanzbetrug bei Wirecard, Abschaltvorrichtungen bei Dieselfahrzeugen oder die unter dem Begriff *cum/ex* berühmt gewordene Mehrfacherstattung nur einmal abgeführter Kapitalertragssteuern – die Presse ist voller Berichte über echte oder scheinbare Regelverstöße, die aus Unternehmen heraus begangen werden.

Anderes als in vielen Industriestaaten gibt es in Deutschland kein Unternehmensstrafrecht, um das Fehlverhalten eines Unternehmens zu sanktionieren. Die Strafverfahren richten sich gegen Individuen (z. B. Martin Winterkorn oder Rupert Stadler). Unternehmen können allenfalls nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht mit einer Geldbuße belegt werden. Zivilrechtlich drohen einem Unternehmen, aus dem heraus Regelverstöße begangen werden, Schadensersatzforderungen der Geschädigten.

Erhält ein Geschäftsführer Informationen darüber, dass es in seinem Unternehmen zu Regelverstößen kommt, muss er dem im Interesse des Unternehmens, aber auch im Eigeninteresse nachgehen. Zur Aufklärung möglicher Regelverstöße haben sich in den vergangen Jahren interne Untersuchungen (*internal investigations*) etabliert.

ZIELSETZUNG EINER INTERNEN UNTERSUCHUNG

Eine interne Untersuchung dient dazu, ein mögliches Fehlverhalten aufzudecken und *für die Zukunft* abzustellen. Das ist beispielsweise der Fall, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein vom Unternehmen vertriebenes Produkt gegen gesetzliche Vorgaben verstößt (z. B. Einbau illegaler Abschalteinrichtungen, die die Einhaltung gesetzlicher Grenzwerte vorspiegeln). Eine interne Untersuchung soll also dazu beitragen, den gesetzmäßigen Zustand wiederherzustellen und mögliche Sanktionen oder Schadensersatzforderungen abzuwenden.

In vielen Fällen werden bereits abgeschlossene Sachverhalte einer internen Untersuchung unterzogen. Die interne Untersuchung bezieht sich (vordergründig) *auf die Vergangenheit*. Die Motivation besteht darin, einen bereits eingetretenen Reputationsschaden zu beheben. Ferner sollen Strukturen, die ein Fehlverhalten begünstigt haben, offengelegt und Regelverstöße für die Zukunft unterbunden werden (z. B. Aufklärung von Schmiergeldzahlungen beim DFB im Zusammenhang mit der Vergabe der Weltmeisterschaft 2006).

Schließlich kann eine interne Untersuchung dazu dienen, (Regress-)Ansprüche des Unternehmens durchzusetzen. Die Ansprüche können sich nach innen gegen Arbeitnehmer oder (ehemalige) Organe der Gesellschaft richten und/oder nach außen, also gegen andere Unternehmen, die an verbotenen Handlungen mitgewirkt haben (z. B. illegale Preisabsprachen).

RECHTLICHER RAHMEN

Eine ausdrückliche gesetzliche Pflicht, eine interne Untersuchung durchzuführen, sieht das deutsche Recht nicht vor. Allerdings kann sich die Pflicht eines Geschäftsleiters, einem verdächtigen Sachverhalt nachzugehen, aus der Legalitätspflicht (vgl. § 93 Abs. 1 AktG) ergeben. Danach hat der Geschäftsleiter *„für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der internen Richtlinien zu sorgen und [er] wirkt auf deren Beachtung im Unternehmen hin“* (vgl. Deutscher Corporate Governance Kodex, Grundsatz 5). Entsprechend sieht § 130 Abs. 1 OWiG eine Geldbuße vor, wenn ein Unternehmen die Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um in dem Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, deren Verletzung mit Strafe bedroht ist.

Ferner ist ein Geschäftsleiter verpflichtet, Ansprüche des Unternehmens zu verfolgen (vgl. § 93 Abs. 1, 4 Satz 3 AktG). Wird bekannt, dass im Unternehmen Straftaten begangen worden sind, dürften dem Unternehmen auch Schadensersatzansprüche gegen den oder die Täter zustehen. Erhält ein Geschäftsleiter Informationen, die auf einen Regelverstoß hindeuten, ist er also verpflichtet dem nachzugehen, den Sachverhalt aufzuklären und gegebenenfalls eine interne Untersuchung einzuleiten.

Die Einleitung einer internen Untersuchung sollte nicht nur als notwendiges Übel begriffen werden. Sie bietet einem Unternehmen auch die Chance, das Heft des Handelns wieder in die Hand zu nehmen. In aller Regel honorieren die Behörden die in einer internen Untersuchung zum Ausdruck kommende Kooperationsbereitschaft. Daher sieht der *Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft* vor, dass eine Verfolgungsbehörde bis zum Abschluss der internen Untersuchung von einer Verfolgung absehen kann (§ 41). Öffentlichkeitswirksame Hausdurchsuchungen können so vermieden werden. Ferner kann eine drohende Strafe um bis zu 50 % reduziert werden, wenn das Unternehmen eine interne Untersuchung durchführt und so zur Sachverhaltsaufklärung beiträgt (§ 17, 18).

STRATEGISCHE ERWÄGUNGEN

Kommt die Geschäftsleitung zum Ergebnis, dass ein bestimmter Sachverhalt aufzuklären ist, stellen sich strategische Folgefragen.

Eine ganz entscheidende Weichenstellung ist, ob die Untersuchung durch Mitarbeiter des Unternehmens oder durch externe Berater durchgeführt werden soll. Bei einer Aufklärung durch eigene Mitarbeiter besteht die Gefahr einer gegenseitigen Verschonung. Jedenfalls kann in der Öffentlichkeit dieser Eindruck entstehen, sodass das Ziel der Untersuchung (Wiederherstellung der Reputation) gefährdet ist. Es hat sich daher etabliert, die Aufklärung unter Mitwirkung externer Berater zu betreiben.

Ferner ist zu erwägen, ab welchem Zeitpunkt und in welchem Ausmaß die Mitarbeiter des Unternehmens an der Aufklärung des Sachverhalts mitwirken und sich gegebenenfalls selbst belasten müssen. In diesem Zusammenhang können sich komplexe arbeitsrechtliche Fragen stellen.

Schließlich ist zu klären, wann und wie auf mögliche Mitverursacher eines möglichen Schadens zugegangen werden soll. Hier können sich Fragen des Gesamtschuldnerausgleichs und des Verjährungs- und Versicherungsrechts stellen.

ZUSAMMENFASSUNG

Bei internen Regelverstößen ist entschiedenes Handeln gefragt, um weiteren Schaden für das Unternehmen abzuwenden. Dabei stellen sich komplexe rechtliche Fragen, die Bezug zum Arbeits-, Aufsichts-, Straf-, Gesellschafts- und Versicherungsrecht aufweisen können. Daher ist die frühzeitige Einbindung der rechtlichen Berater zu empfehlen.

Dr. Felix Aden

Mobiles Arbeiten – die Pandemie als Innovationskatalysator

Sowohl die Digitalisierung als auch die Bedürfnisse von Beschäftigten und Arbeitgebern haben das mobile Arbeiten in den letzten Jahren befeuert. Es verwundert daher nicht, dass bereits viele – vor allem größere – Unternehmen es ihren Beschäftigten ermöglichen, außerhalb des Büros mobil zu Arbeiten. Aber was bedeutet mobiles Arbeiten überhaupt und was ist die derzeitige rechtliche Rahmensituation? Eine klare gesetzliche Regelung besteht trotz der hohen praktischen Relevanz nicht. Die Initiative des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales aus Oktober dieses Jahres, einen Rechtsanspruch auf mobiles Arbeiten einzuführen, hat keine Zustimmung gefunden. Es wird – jedenfalls für das Jahr 2021 – daher beim (ungeregelten) Status quo bleiben.

BEGRIFFSBESTIMMUNG

Weder für das mobile Arbeiten noch für das Arbeiten im „Homeoffice" bestehen gesetzliche Definitionen. Mobiles Arbeiten liegt nach allgemeiner Ansicht vor, wenn die Arbeitsleistung unabhängig von einem festen Arbeitsplatz an einem beliebigen Ort erbracht werden kann. Hierunter fällt zum Beispiel die Tätigkeit bei einem Kunden, auf Reisen, im Hotel, im Café oder auch zu Hause. „Homeoffice" ist eine Form des mobilen Arbeitens, bei dem den Beschäftigten die Möglichkeit eingeräumt wird, ihrer Tätigkeit mit mobilen Endgeräten zeitweilig auch von zu Hause nachzugehen.

Von der mobilen Arbeit ist die Telearbeit abzugrenzen. Telearbeitsplätze sind vom Arbeitgeber fest eingerichtete Bildschirmarbeitsplätze im Privatbereich der Beschäftigten, für die der Arbeitgeber eine mit den Beschäftigten vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit und die Dauer der Einrichtung festgelegt hat. Somit ermöglicht die Telearbeit gerade nicht die ortsunabhängige, also mobile Arbeit. Überdies ist sie in ihrer zeitlichen Gestaltung weniger flexibel als das mobile Arbeiten.

RECHTSANSPRUCH AUF MOBILES ARBEITEN?

Beschäftigte haben keinen allgemeinen Rechtsanspruch darauf, mobil zu arbeiten. Ein solcher Anspruch kann sich regelmäßig nur aus einer individual- oder kollektivrechtlichen Regelung ergeben. Darüber hinaus kann der Arbeitgeber etwa aufgrund der ihm obliegenden Rücksichtnahme- und Schutzpflichten gegenüber dem einzelnen Beschäftigten verpflichtet sein, mobiles Arbeiten im Einzelfall zu ermöglichen.

Andererseits kann der Arbeitgeber – vorbehaltlich anderweitiger Vereinbarungen – aufgrund seines Direktionsrechtes (§ 106 GewO) berechtigt sein, mobiles Arbeiten anzuordnen. Durch die Gerichte ist dies zwar noch nicht abschließend geklärt. Gerade in Zeiten von Corona wird jedoch die arbeitgeberseitige Anordnung, die Arbeitsleistung – sofern dies möglich ist – nicht im Betrieb zu erbringen, regelmäßig dem erforderlichen billigem Ermessen entsprechen.

EINHALTUNG DER ARBEITSZEIT

Auch für mobiles Arbeiten gilt das Arbeitszeitgesetz. Insbesondere die Regelungen zur werktäglichen Höchstarbeitszeit, zu Ruhepausen und zur Mindestruhezeit sowie zur Sonn- und Feiertagsruhe sind also einzuhalten – soweit es sich bei dem Beschäftigten nicht um einen leitenden Angestellten handelt, auf den das Arbeitszeitgesetz keine Anwendung findet. Für die Einhaltung des Arbeitszeitgesetzes ist grundsätzlich der Arbeitgeber verantwortlich. Aber wie? In gewissem Umfang darf er seine Überwachungspflichten auf die Beschäftigten delegieren. Dies gilt etwa für die Aufzeichnung der Arbeitszeit, die über die grundsätzlich zulässige Arbeitszeit von täglich acht Stunden hinausgeht.

Eine generelle Aufzeichnungspflicht der Arbeitszeit besteht hingegen (noch) nicht. Nicht geklärt ist in diesem Zusammenhang, wie der deutsche Gesetzgeber die aktuellen Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs zur Aufzeichnung der Arbeitszeit umsetzen wird. Der Europäische Gerichtshof entschied im Mai letzten Jahres, dass die Mitgliedsstaaten ein System zur Dokumentation der von jedem Beschäftigten geleisteten täglichen Arbeitszeit – also nicht nur Überstunden – einzurichten haben (EuGH v. 14.05.2019 – C-55/18). Insbesondere für die mobile Arbeit wird sich hier die Frage stellen, welche Rolle Arbeitgeber und Beschäftigte bei der Aufzeichnung spielen.

KOSTEN DER ARBEITSMITTEL

Grundsätzlich hat der Arbeitgeber auch für das mobile Arbeiten die erforderlichen Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen. Im Unterschied zur Telearbeit reichen insoweit technische Mittel in Form von mobilen

©goodluz - stock.adobe.com

Endgeräten. Bei einer vereinbarten Telearbeit muss der Arbeitgeber hingegen auch das notwendige Mobiliar bereitstellen.

Zum Teil verbinden manche Arbeitgeber die Möglichkeit des mobilen Arbeitens mit dem sog. BYOD („bring your own device"): Der Beschäftigte schafft die notwendigen Arbeitsmittel selbst an bzw. setzt seine bereits vorhandenen Mittel, etwa den eigenen Laptop oder das eigene Smartphone, zur Erbringung der Arbeitsleistung ein. Der Arbeitgeber erstattet dem Beschäftigten dann die Anschaffungs- und laufenden Kosten, ggf. im Rahmen einer Pauschale. Dies kann im Einzelfall für den Arbeitgeber kostengünstiger sein – etwa, weil er sich nicht mehr um die Anschaffung oder Wartung von mobilen Endgeräten kümmern muss. Aus datenschutzrechtlichen Gründen empfiehlt sich gleichwohl die Ausstattung mit ausschließlich für den betrieblichen Gebrauch bestimmten technischen Mitteln durch den Arbeitgeber selbst.

Darüber hinaus kann der Beschäftigte vom Arbeitgeber grundsätzlich Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er in dessen Interesse hatte und die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte (§ 670 BGB). Dies gilt zunächst einmal für alle weiteren Kosten, die dem Beschäftigten im Zusammenhang mit der mobilen Arbeit entstehen – es sei denn, eine abweichende Vereinbarung regelt diese Ansprüche der Beschäftigten.

WAHRUNG DES ARBEITSSCHUTZES

Die arbeitsschutzrechtlichen Pflichten des Arbeitgebers bleiben auch bei mobiler Arbeit bestehen. Insbesondere ist der Arbeitgeber zu einer Gefährdungsbeurteilung nach dem Arbeitsschutzgesetz verpflichtet. Dabei gilt aber der Grundsatz, dass vom Arbeitgeber nur dasjenige abverlangt werden kann, was tatsächlich in seiner Macht steht. Während der Arbeitgeber bei der Telearbeit weiß, in welchen Räumlichkeiten der Beschäftigte tätig ist, ist dies bei der mobilen Arbeit nicht der Fall. Bei mobiler Arbeit kann der Arbeitgeber also regelmäßig den konkreten Arbeitsplatz gar nicht beurteilen. Er kann (und muss) daher die Beschäftigten nur (abstrakt) über die Gefahren der mobilen Arbeit unterweisen.

BETEILIGUNG DES BETRIEBSRATS

Nicht zuletzt ist regelmäßig auch ein bestehender Betriebsrat bei der Ein- und Durchführung von mobiler Arbeit zu beteiligen. Denn einerseits unterliegen Regelungen etwa zur privaten Nutzung von mobilen Endgeräten oder zum Arbeitsschutz oder der Arbeitszeit der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten. Andererseits kann die Einführung des mobilen Arbeitens für einen Beschäftigten sogar eine Versetzung darstellen, wenn sich dadurch der Arbeitsort und die Arbeitsumstände erheblich ändern. Auch aus diesen Gründen kann sich der Abschluss einer Betriebsvereinbarung anbieten, mit der die Rahmenbedingungen des mobilen Arbeitens geregelt werden.

AUSBLICK

Ist mobiles Arbeiten erst einmal eingeführt, kommen regelmäßige neue Themen auf den Arbeitgeber zu. So stellt sich etwa die Frage, wie viele fest eingerichtete Arbeitsplätze der Arbeitgeber überhaupt noch in seinen Räumlichkeiten benötigt. Möglicherweise bieten sich sog. Desksharing-Modelle an, bei denen sich mehrere Beschäftigte einen festen Arbeitsplatz im Betrieb teilen. Und Sie ahnen es schon richtig: Auch hierbei gibt es wieder einiges zu beachten.

Mobiles Arbeiten ist jedoch nicht allein vor dem Hintergrund juristischer „Hürden" zu betrachten. Vielmehr sind die Chancen des mobilen Arbeitens in den Blick zu nehmen, insbesondere, wenn ein betriebliches Bedürfnis dafür besteht – auch jenseits von Corona. Gerne unterstützen wir Sie, diese Chance – juristisch einwandfrei – zu nutzen!

Dr. Paul Tophof

Kartellrecht 4.0: Algorithmen als Kartellsünder?

Das Thema „Digitalisierung“ steht weiterhin auf der Tagesordnung: Unternehmen greifen für fast alle Bereiche ihrer Tätigkeit auf die Unterstützung durch IT-Systeme zurück. Und so kann es nicht verwundern, dass auch für die Festlegung von Preisen IT-Systeme, sog. „Pricing Engines“, eingesetzt werden. Das kann kartellrechtlich riskant sein.

Bekannt ist die Verwendung von Pricing Engines z. B. bei Fluglinien. Dort kommen IT-Systeme zur dynamischen Festlegung der Ticketpreise zum Einsatz. Wie weit der Einfluss dieser Systeme reicht, ließ sich anlässlich der Insolvenz der Fluggesellschaft Air Berlin beobachten. Hierdurch ausgelöst erhöhten sich auf vielen Strecken sowohl der Marktanteil als auch die Preise des verbliebenen Konkurrenten Lufthansa sprunghaft, teilweise um 25 % - 30 %. Daraufhin ermittelte das Bundeskartellamt im Hinblick auf einen möglichen Missbrauch von Marktmacht durch Lufthansa. Die stellte die Preiserhöhungen selbst nicht in Abrede, erklärte dazu aber, sie beruhten nicht auf menschlichen Eingriffen, sondern stellten sich als bloße Reaktion des Algorithmus auf eine geänderte Nachfrage dar. „Schuld“ war demnach – so die Sicht der Airline – nicht der Mensch, sondern die Maschine.

Pricing Engines nutzen Algorithmen, also von Computern ausgeführte Regelwerke, die bei einem bestimmten „Input“ einen bestimmten „Output“ erzeugen. Dieser „Output“ ist bei Pricing Engines der Preis. Die Algorithmen können statisch also unveränderlich sein. Algorithmen können aber auch dynamisch, insbesondere selbstlernend sein. Der Algorithmus passt sich dann mehr oder weniger automatisch an seine „Umwelt“ an; er lernt aus seiner „Erfahrung“ dazu und kann dadurch immer besser werden. Ein selbstlernender Algorithmus kann sogar in der Lage sein, ohne menschliches Zutun zu begreifen, welcher Preis für das Unternehmen in einer bestimmten Situation den höchsten Gewinn verspricht, und sich so selbst modifizieren.

Wenn es um die Festlegung von Preisen geht, kommt schnell das Kartellrecht ins Spiel: Unternehmen dürfen ihre Preise untereinander nicht absprechen. Solche Preisabsprachen können das Ergebnis ausdrücklicher Vereinbarungen sein. Verboten ist die einheitliche Preissetzung aber auch, wenn sie das Ergebnis einer sog. abgestimmten Verhaltensweise ist. Dabei erfolgt die Koordinierung des Verhaltens der Unternehmen durch ein bewusstes Zusammenwirken, das ein gewisses Maß an Kommunikation zwischen den Unternehmen voraussetzt. Die nötige Kommunikation kann dabei auch „über die Bande“, also durch Einschaltung eines Dritten erfolgen (sog. „Hub-and-Spoke-Konstellation“). Kartellrechtlich verboten ist auch bereits der Austausch sensibler Informationen zwischen Wettbewerbern, z. B. über geplante Preisänderungen. Zulässig ist demgegenüber das sog. gleichförmige Verhalten, bei dem Unternehmen lediglich auf das Verhalten anderer Unternehmen reagieren und sich dadurch parallel verhalten. Bekannt ist Letzteres z. B. von der regional weitgehend einheitlichen Preisentwicklung an Tankstellen: Diese ist nach den Erkenntnissen der Kartellbehörden nicht Ergebnis von Absprachen, sondern lediglich Folge der intensiven wechselseitigen Beobachtung der Wettbewerberpreise und damit kartellrechtlich zulässig.

Wie sind nun Pricing Engines in diesem kartellrechtlichen Umfeld zu beurteilen? Damit befassen sich in jüngster Zeit vermehrt die Kartellbehörden. So hat das Bundeskartellamt zusammen mit der französischen Kartellbehörde kürzlich eine Studie zu diesem Thema veröffentlicht, die allerdings mehr Fragen aufwirft als beantwortet. Klar ist, dass sonst zulässige Verhaltensweisen nicht durch die bloße Nutzung von IT-Systemen unzulässig werden: Ist das IT-System nur ein Hilfsmittel zur Beobachtung des Wettbewerbs und für eine etwaige eigene Reaktion auf die Preissetzung des Wettbewerbs, ist sein Einsatz kartellrechtlich grundsätzlich unproblematisch. Umgekehrt ist die Nutzung von Algorithmen zur Umsetzung von kartellrechtswidrigen Absprachen oder Verhaltensweisen ebenso unzulässig wie die Verhaltensweise selbst. Das kann z. B. der Fall sein, wenn Algorithmen eingesetzt werden, um zu überwachen, ob unzulässige Preisbindungen des Herstellers für den Verkauf von Produkten im Internet eingehalten werden.

©Pablo Lagarto - stock.adobe.com

Ist also die Grenze zur kartellrechtlich unzulässigen Preisabsprache überschritten, wenn die Nutzung von Pricing Engines selbst zu einer Angleichung der Preise auf einem erhöhten Niveau führt, wenn es also zu einer „algorithmischen Verhaltensangleichung“ zwischen Wettbewerbern kommt? Ist ein solcher Sachverhalt überhaupt noch als „Absprache“ oder „Abstimmung“ im Sinne des Kartellrechts zu bewerten? Oder setzt das Eingreifen kartellrechtlicher Verbote ein menschliches Verhalten voraus? Eine solche Verhaltensangleichung kann insbesondere dann vorliegen, wenn Wettbewerber dieselbe Pricing Engine einsetzen. In diesem Fall kann es im Ergebnis zu einem faktischen Austausch sensibler Informationen (z. B. über zukünftig geplante Preisänderungen) kommen. Unzulässig ist dabei sicherlich die unmittelbare Weitergabe solcher Informationen zwischen den Nutzern derselben Pricing Engine. Aber auch die nur mittelbare Weitergabe solcher Informationen zwischen Wettbewerbern dürfte kartellrechtlich unzulässig sein, wenn diese von einem Wettbewerber zur Berechnung von Preisempfehlungen genutzt werden. Aber was gilt, wenn sich die Angleichung von Preisen daraus ergibt, dass Wettbewerber schlicht denselben Algorithmus mit den gleichen Preisempfehlungen einsetzen? Liegen auch in diesen Fällen unzulässige Kartellabsprachen vor, obwohl eine (menschliche) Kommunikation zwischen den Wettbewerbern gar nicht stattfindet? Ausschließen können wird man das jedenfalls dann nicht, wenn die entsprechenden Mechanismen den beteiligten Unternehmen bekannt oder wenn sie zumindest vorhersehbar sind.

Spannend wird es sowohl technisch als auch rechtlich, wenn Wettbewerber verschiedene Pricing Engines einsetzen. Insoweit wird insbesondere diskutiert, ob selbstlernende Algorithmen eine Fähigkeit zur Kommunikation untereinander haben oder entwickeln können, die sie für unzulässige Kartellabsprachen „nutzen“ können. Denkbar wäre das z. B., wenn Wettbewerber Pricing Engines einsetzen, die in der Lage sind, untereinander zu kommunizieren, indem sie durch bestimmte kodierte Signale anzeigen, dass sie eine bestimmte Preissetzung beabsichtigen. Wenn andere Algorithmen auf solche Signale reagieren könnten und den Preis entsprechend anpassen würden, wäre nach den für die „analoge“ Welt geltenden Maßstäben die Grenze zwischen zulässigem Parallelverhalten und unzulässigem abgestimmten Verhalten überschritten. Ob das auch bei einer Abstimmung auf „algorithmischer Ebene“ gelten kann, ist offen. Möglich ist auch, dass Algorithmen so intelligent werden, dass sie zukünftiges Verhalten von Wettbewerbern bzw. deren Pricing Engines so präzise vorhersehen können, dass eine direkte Kommunikation zur Preisangleichung gar nicht erforderlich ist. Auch dann stellt sich die Frage, ob sich die Unternehmen solche „digitalen Kartellabsprachen“ zurechnen lassen müssen, auch wenn sie von diesen gar keine Kenntnis haben, da sie den Lernprozess des Algorithmus und die „algorithmische Kommunikation“ selbst nicht nachvollziehen (können). Viel spricht dafür, dass sich die Unternehmen nicht hinter den Pricing Engines verstecken können, dass sie vielmehr für dadurch vermittelte Abstimmungsprozesse einstehen müssen.

Die kartellrechtliche Diskussion erinnert an die Überlegungen, die zum sog. autonomen Fahren und die Verantwortlichkeit beim Auftreten von Rechtsverstößen oder Unfällen angestellt werden. Wer ist „schuld“ – der Mensch oder die Maschine? Unternehmen sind vor diesem Hintergrund gut beraten, die weitere technische und rechtliche Entwicklung zu beobachten und beim Einsatz von Pricing Engines zu prüfen, ob damit kartellrechtliche Risiken verbunden sind – andernfalls müssen sie sich gegebenenfalls „Kartellverstöße“ von Algorithmen zurechnen lassen und für deren häufig teure Konsequenzen einstehen.

Dr. Ulf Rademacher

Dr. Jochen Schmidt
Prof. Dr. Franz-Josef Dahm
Dr. Carl Otto Stucke
Dr. Christiane Wilkening
Dr. Till Wegmann
Dr. Almut Gathmann M.A.
Prof. 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
Dr. Hauke Hein
Dr. Philip Koch LL.M.
Dr. Corinna Schmidt-Murra
Dr. Felix Aden LL.M.

SCHMIDT, VON DER OSTEN & HUBER
Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaft mbB

www.soh.de