



Liebe Leserinnen, liebe Leser,

was verbirgt sich hinter einem Ransomware-Angriff auf IT-Systeme und warum sollte das Thema „Cybersicherheit“ zur Chefsache erklärt werden? Die Kolleg*innen aus unserer Kompetenzgruppe IT & Datenschutz erläutern in dieser Ausgabe des BRANDI Reports unter anderem, warum es unerlässlich ist, sich dieses Themas anzunehmen. Die Zurich Versicherungsgruppe hat bereits in 2022 davor gewarnt, dass Cyberangriffe demnächst unversicherbar werden könnten, weil die Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts zu hoch sei.

Der EuGH hat sich außerdem zuletzt mit der Frage beschäftigt, ob es ein zweites Widerrufsrecht bei automatischer Abonnement-Verlängerung nach einer kostenlosen Testphase geben muss. Diese Frage ist vor allem deshalb spannend, weil zahlreiche Online-Dienste zunächst keine Testphase vorsehen und dann nach deren Ablauf kein (weiteres) Widerrufsrecht besteht. Mit den Auswirkungen der EuGH-Entscheidung, weiteren Gerichtsurteilen und aktuel-

len Entwicklungen setzen sich die zahlreichen Beiträge aus den Bereichen IT-Recht und Datenschutz auseinander.

Weiteren spannenden Themen haben sich die Kolleg*innen aus den Kompetenzgruppen Wirtschafts- und Steuerstrafrecht sowie der Vermögensplanung, Vermögensnachfolge und Erbrecht angenommen.

Lernen Sie unsere Kollegen Herrn Dr. Sebastian Meyer und Herrn Dr. Daniel Kollmeyer ein wenig privater kennen.

Freuen Sie sich auf informative Veranstaltungen im Jahr 2024 zum Thema Datenschutz und Cybersicherheit und merken Sie sich die Termine schon vor.

Wir wünschen Ihnen und Ihrer Familie eine besinnliche Weihnachtszeit und ein gesundes neues Jahr.

Herzlichst Ihr BRANDI Team

NEUES AUS DEM BRANDI TEAM

Julia Basselmann

Wir freuen uns sehr, dass Frau Basselmann jetzt auch als Fachanwältin für Arbeitsrecht an unserem Standort in Minden tätig ist.

Dr. Daniel Wittig

Mit Herrn Dr. Wittig aus unserem Paderborner Büro hat BRANDI mittlerweile schon den dritten Fachanwalt für Informationstechnologierecht.



DR. SEBASTIAN MEYER PRIVAT

WARUM BRANDI?

Ich war schon während des Studiums bei BRANDI tätig, damals zur Betreuung der IT-Systeme in Bielefeld. In der Zeit bin ich mit sehr vielen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in Kontakt gekommen. Positiv in Erinnerung geblieben sind mir vor allem das Zusammengehörigkeitsgefühl und die Kollegialität. Damals konnte ich mir bereits vorstellen, dauerhaft bei BRANDI zu bleiben und hier als Rechtsanwalt zu arbeiten. Ich war dann aber vorher noch für den LL.M. in Wien, habe anschließend promoviert und danach die Referendarzeit absolviert. Während der gesamten Zeit – natürlich auch während meiner Zeit bei unser Partnerkanzlei Whiteford in Baltimore (USA) – war ich immer in engem Kontakt mit BRANDI. In der Zwischenzeit ist BRANDI größer geworden; selbst bei mittlerweile ca. 100 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten sind das Zusammengehörigkeitsgefühl und die Kollegialität fast unverändert.

WAS TREIBT MICH AN?

Zu Beginn des Studiums hätte ich mir noch vorstellen können, auch als Richter tätig zu werden. Der Richter bekommt aber immer nur Fälle vorgelegt, die er sich nicht aussuchen kann und bei denen der Streit zwischen den Parteien schon eskaliert ist. Der Rechtsanwalt hat dagegen auch die Möglichkeit gestaltend tätig zu werden und dafür zu sorgen, dass es im Idealfall gar nicht zum Streit kommt. Bei BRANDI hat mich besonders die Möglichkeit gereizt, schnell Verantwortung zu übernehmen und einen eigenen Bereich aufzubauen. Für meine Mandanten aus diesem Bereich möchte ich zusammen mit dem ganzen Team das Beste herausholen, oft bei der Vertragsgestaltung oder bei Verhandlungen ohne eine streitige Eskalation – wenn es sein muss aber auch vor Gericht. Diese Möglichkeit, selbst zu gestalten und damit anderen zu helfen, treibt mich bis heute an.

AUSSER DEM JOB GIBT ES NOCH?

Die Familie und die Tiere, die mit uns auf unserem Hof leben – unter anderem Hund und Katze sowie Pferde und Hühner. Es ist – verglichen mit der juristischen Arbeit im IT-Recht – eine ganz andere Welt und ein idealer Ausgleich.

HIGHLIGHTS AUS MEINER HEIMAT?

Ich bin im katholisch geprägten Münsterland geboren und aufgewachsen. Lange Zeit war ich danach in der kirchlichen Kinder- und Jugendarbeit sehr aktiv. Mittlerweile ist Steinhagen meine Wahlheimat. Die Patthorst, in der unser Hof liegt, ist ein wunderschönes Waldgebiet mit malerischen Bachläufen. Empfehlenswert ist unter anderem der Hexenbrink, ein Rundwanderweg durch die Patthorster Natur.



Dr. Sebastian Meyer, LL.M.

Rechtsanwalt und Notar mit Amtssitz in Bielefeld
Fachanwalt für Informationstechnologierecht (IT-Recht)
Datenschutzauditor
sebastian.meyer@brandi.net

Neues aus dem BRANDI Team	2
Dr. Sebastian Meyer privat	3
IT & Datenschutz	6
Dr. Sebastian Meyer, LL.M. Urheberbenennung bei Fotos von Online-Bildagenturen	6
Dr. Carina Thull EuGH: kein zweites Widerrufsrecht bei automatischer Abonnement-Verlängerung nach kostenloser Testphase	7
Dr. Christoph Rempe Rabattwerbung – Aktuelle Probleme	7
Dr. Daniel Wittig Cybersicherheit ist Chefsache	8
Gesche Kracht Immaterieller Schadensersatz nach Art. 82 DSGVO	10
Hendrik Verst Das neue EU-U.S. Data Privacy Framework	11
Christina Prowald Nutzer-Tracking, Cookie-Banner und Einwilligungsverwaltung	12
Johanna Schmale Aktuelle Rechtsprechung zum datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruch	13
Wir sagen danke an das gesamte BRANDI Team!	14
Save the dates	15
Dr. Sebastian Meyer, LL.M. Schufa: Übermittlung von „Positivdaten“ gerichtlich untersagt	16

IT & Datenschutz	16
Rebecca Vakilzadeh Anonyme und pseudonyme Daten	17
Lukas Ingold Datenschutzerklärungen genießen urheberrechtlichen Schutz	18
Daniela Wilmers Online Shops – Müssen Gastbestellungen möglich sein?	19
Eva Ritterswürden Private Nutzung dienstlicher Kommunikationsmittel	20
Wirtschafts- und Steuerstrafrecht	21
Rüdiger Hitz Strafbarkeitsrisiken im Unternehmen durch die erweiterte Berichtigungspflicht des § 153 Abs. 4 AO	21
Dr. Mario Bergmann, LL.M. GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer im Fokus der DRV – trotz 50%-Anteil sozialversicherungspflichtig?	21
Dr. Anne-Louise Schümer Bestimmtheitsanforderungen an Blankettgesetze im Ordnungswidrigkeitenrecht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes – Alt, aber immer noch brauchbar...	23
Vermögensplanung, Vermögensnachfolge und Erbrecht	24
Dr. Steffen Kurth, LL.M. Rückblick auf das gesetzliche Notvertretungsrecht für Ehegatten und dessen Bedeutung für Vorsorgevollmachten	24
Dr. Daniel Kollmeyer Anrechnung von Zuwendungen auf den Pflichtteil	24
Hartmut Sanderling Das Familienheim als Gestaltungsmittel der Vermögensnachfolge	25
Dr. Daniel Kollmeyer privat	27

Dr. Sebastian Meyer, LL.M.

Urheberbenennung bei Fotos von Online-Bildagenturen

Für die Beschaffung passender Bilder sowohl in der Werbung als auch für redaktionelle Berichterstattung wird sehr häufig auf die Angebote großer Online-Bildagenturen wie Shutterstock oder Adobe Stock zurückgegriffen. In den häufig frei zugänglichen Sammlungen findet sich eine Vielzahl von Bildern verschiedener Urheber, die für den jeweiligen Zweck lizenziert werden können. Typischerweise können von den Nutzern nur einfache Nutzungsrechte erworben werden, weil das Geschäftsmodell darauf basiert, die angebotenen Bilder häufiger und dafür zu günstigeren Preisen zu lizenzieren. Die Bilder werden dabei nicht für einen konkreten Bedarf und Auftrag produziert, sondern auf Vorrat angefertigt („on stock“), weswegen auch häufig von Stockfotografen und Stockagenturen gesprochen wird (Grübler, ZUMRD 2022, 168, 169). Microstock-Agenturen zeichnen sich dabei dadurch aus, dass sie ausschließlich onlinebasiert sind, Inhalte auch durch Amateurfotografen relativ einfach hochgeladen werden können und diese Inhalte dann einem breiten Publikum zu standardisierten Bedingungen sowie günstigen Konditionen angeboten werden. Aufgrund der onlinebasierten Abwicklung erfolgen sowohl der Upload als auch der Download (die Lizenzierung) der Inhalte jeweils auf Basis von allgemeinen Geschäftsbedingungen der Stockagenturen.

In der Vergangenheit kam es bereits häufiger zu Irritationen, wenn Fotografen als Rechteinhaber gegenüber Unternehmen und Privatpersonen wegen vermeintlicher Urheberrechtsverstöße vorgegangen sind, obwohl die Betroffenen Bildrechte über eine Stockagentur erworben haben. Natürlich ist der Fall denkbar, dass sich Nutzer nicht an die Lizenzvorgaben der jeweiligen Agentur gehalten haben und deshalb zu Recht in Anspruch genommen wurden. Bisweilen wurde aber auch von einzelnen Rechteinhabern versucht, trotz Einhaltung der Lizenzbedingungen der Agenturen durch die Nutzer gegen diese vorzugehen und eine weitergehende Vergütung als direkte Zahlung zu verlangen. Streit gab es beispielsweise zu der Frage, ob Fotografen etwa von der Stockagentur und deren Nutzern verlangen dürfen, dass die Metadaten von Bildern einschließlich der Urheberhinweise nicht verändert bzw. gelöscht werden (OLG Köln, Urt. v. 20.01.2017, Az. 6 U 105/16, GRUR-RR 2017, 212). Noch grundsätzlicher musste der BGH sich jetzt mit der Frage befassen, ob in AGB bei Microstock-Agenturen gegenüber Fotografen wirksam geregelt werden kann, dass der Rechteinhaber (Fotograf) auf sein Recht zur Urheberbenennung bezogen auf die Fotografien und deren Nutzung vorab verzichten kann (BGH, Urt. v. 15.06.2023, Az. I ZR 179/22).

Das Grundproblem ergibt sich daraus, dass bei Rechten grundsätzlich kein gutgläubiger Erwerb möglich ist. Nutzer, die auf Bilder von Stockagenturen zurückgreifen, müssen also letztlich immer darauf vertrauen, dass die jeweilige Agentur wirklich mit dem Fotografen zusammenarbeitet und sich die Rechte wirksam verschafft hat, damit eine zulässige Weitergabe der Nutzungsrechte erfolgt. Hierzu bedienen sich die Stockagenturen natürlich standardisierter Klauseln, die rechtlich als Allgemeine Geschäftsbedingungen gem. § 305 BGB anzusehen sind. Solche Klauseln unterliegen sowohl im Verhältnis zwischen der Stockagentur und dem Rechteinhaber als auch zwischen Stockagentur und dem Nutzer einer Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB. Im Rahmen dieser Inhaltskontrolle wird überprüft, ob die von der Stockagentur verwendeten Klauseln eine unangemessene Benachteiligung des

jeweiligen Verwenders darstellen. Im Verhältnis zu den Rechteinhabern ist beispielsweise vorgesehen, dass die Rechteinhaber darauf verzichten müssen, ihr Recht auf Urheberbenennung gem. § 13 UrhG geltend zu machen (Grüneberger, ZUM 2023, 309, 314). Gleichwohl ist ein Fotograf, der mit seinen Stockbildern sehr erfolgreich war, gegen Kunden der Stockagentur Fotolia (jetzt Adobe) vorgegangen, die – so wie im Vertrag mit der Stockagentur vorgesehen – seine Fotos ohne Quellenangabe verwendet haben. Der BGH hat in dem Kontext jetzt klargestellt, dass das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft „in seinem Kern“ unverzichtbar ist. Dennoch kann aber der Rechteinhaber im Rahmen von vertraglichen Absprachen darauf verzichten, das Recht auf Urheberbenennung gegenüber Nutzern geltend zu machen, die sein Werk verwenden. Soweit die AGB von Stockagenturen dies standardmäßig vorsehen, hat der BGH zwar an sich eine fragwürdige Abweichung vom gesetzlichen Leitbild nach § 13 UrhG erkannt, im konkreten Fall die Klausel aber gleichwohl als sachlich gerechtfertigt angesehen. Der BGH und vorangehend das OLG Frankfurt am Main haben nämlich argumentiert, dass das Geschäftsmodell bei Microstock-Agenturen gerade darauf basiert, dass eine Vielzahl von Bildern einem großen Nutzerkreis zu standardisierten Bedingungen angeboten werden (OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 29.09.2022, Az. 11 U 95/21, GRUR-RR 2023, 13). Die Agentur ist dabei darauf angewiesen, dass die angebotenen Bilder, für die nur geringe Lizenzentgelte im Einzelfall verlangt werden, einfach genutzt werden können, also etwa ohne Klärung der Frage einer etwaigen Pflicht zur Urheberbenennung. Wenn ein Rechteinhaber gezielt seine Werke über derartige Stockagenturen vertreibt, muss er sich diesem Prinzip zwangsläufig unterwerfen.

Durch die Entscheidung des BGH hat sich die Ausgangslage für Nutzer von Stockbildern verbessert, weil weniger mit Angriffen von Rechteinhabern gerechnet werden muss. Dennoch dürfte es weiter erforderlich bleiben, bei Rückgriff auf Stockbilder zuvor die hierfür geltenden Rahmenbedingungen einmal rechtlich prüfen zu lassen. Außerdem sollte in jedem Fall dokumentiert werden, woher die Bildrechte beschafft wurden und was zum jeweiligen Zeitpunkt in den Nutzungsbedingungen geregelt war.



Dr. Sebastian Meyer, LL.M.
Rechtsanwalt und Notar mit Amtssitz in Bielefeld
Fachanwalt für Informationsrecht (IT-Recht)
Datenschutzauditor
sebastian.meyer@brandi.net

Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für IT-Recht sowie (unter anderem) Lehrbeauftragter an der Universität Bielefeld. Er unterstützt regelmäßig Unternehmen bei der rechtskonformen Gestaltung von Online-Auftritten und übernimmt bei Bedarf auch die Verteidigung bei Abmahnungen und Unterlassungsklagen. In der Ausgabe 6/2023 der Zeitschrift jusIT wird ein ausführlicher Beitrag des Autors zu der BGH-Entscheidung erscheinen.

Dr. Carina Thull

EuGH: kein zweites Widerrufsrecht bei automatischer Abonnement-Verlängerung nach kostenloser Testphase

Ein im elektronischen Geschäftsverkehr geschlossener Vertrag kann vom Verbraucher innerhalb von 14 Tagen ohne Angabe von Gründen widerrufen werden. Dieses Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen gilt sowohl bei Verbrauchsgüterkäufen, als auch bei Verträgen, die die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

Mit der dem Verbraucher durch das Widerrufsrecht eingeräumten Bedenkzeit wird bezweckt, diesem die Möglichkeit zu gewähren, käuflich erworbene Waren zu prüfen und zu untersuchen, um die Beschaffenheit, die Eigenschaft und die Funktionsweise der Ware festzustellen. Er soll die Ware auf die gleiche Weise in Augenschein nehmen können, wie es ihm im Falle des Aufschens eines Ladengeschäfts möglich gewesen wäre.

Bei Dienstleistungen soll es dem Verbraucher hingegen ermöglicht werden, Kenntnis von den Merkmalen der betreffenden Dienstleistung zu erlangen. Zudem soll das Widerrufsrecht das Recht eine informierte Entscheidung des Verbrauchers, die alle Vertragsbedingungen und die Folgen des Abschlusses des betreffenden Vertrages berücksichtigt, so dass der Verbraucher entscheiden kann, ob er sich vertraglich an einen Unternehmer binden möchte, fördern.

Entscheidung des EuGH

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat am 05.10.2023 entschieden, dass dem Verbraucher, der im Fernabsatz ein Abonnement abgeschlossen hat, welches sich nach Ablauf einer kostenlosen Testphase automatisch verlängert, nach Übergang in die kostenpflichtige Phase kein erneutes Widerrufsrecht zusteht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Unternehmer den Verbraucher beim Abschluss dieses Vertrags in klarer, verständlicher und ausdrücklicher Weise darüber informiert hat, dass die Erbringung dieser Dienstleistung nach dem anfänglich kostenlosen Zeitraum kostenpflichtig wird (EuGH, Urt. v. 05.10.2023 - C-565/22).

Seine Entscheidung hat der EuGH damit begründet, dass die – oben vorangestellten – Ziele des Widerrufsrechts es nicht rechtfertigen, dass der betreffende Verbraucher nach der Umwandlung dieses Vertrags in einen kostenpflichtigen Vertrag neuerlich über ein Widerrufsrecht verfügt. Aus dem gleichen Grund hat der EuGH auch festgestellt, dass dem Verbraucher ein weiteres Widerrufsrecht auch bei der Verlängerung dieses kostenpflichtigen Vertrags um einen bestimmten Zeitraum nicht zusteht.

Der dem Vorabentscheidungsersuchen zugrundeliegende Sachverhalt

Hintergrund der Entscheidung war ein Vorabentscheidungsersuchen des österreichischen Obersten Gerichtshofs. Dieser hatte sich im Rahmen eines Rechtsstreits damit zu befassen, ob der verklagten Gesellschaft (Betreiberin einer Online-Lernplattform für Schüler) aufzugeben war, Verbraucher erneut über die Bedingungen, die Fristen und die Vorgangsweise für die Ausübung ihres Rechts auf Widerruf eines im Fernabsatz geschlossenen Vertrags zu informieren, nachdem eine mit einem Abonnement versprochene Dienstleistung sich nach 30-tägiger kostenloser Testphase für einen befristeten, verlängerbaren Zeitraum in eine

entgeltliche Leistung umwandelt, wenn der Verbraucher den Vertrag nicht zuvor innerhalb der kostenlosen Laufzeit kündigt oder widerruft. Die klagende Verbraucherschutzorganisation war der Ansicht, dass dem Verbraucher ein Widerrufsrecht nicht nur aufgrund des Abschlusses des kostenlosen Testabonnements, sondern auch aufgrund der Umwandlung dieses Abonnements in ein kostenpflichtiges Abonnement und dessen Verlängerung zustehe. Das Gericht hat den Gerichtshof dazu um Auslegung der Richtlinie über die Rechte der Verbraucher ersucht.

Fazit

Verbraucher, die hinreichend über die Gesamtkosten eines Abonnements informiert worden sind, haben nur ein Mal das Recht, ein im Fernabsatz abgeschlossenes Abonnement, das sich nach einer kostenlosen Testphase automatisch verlängert, zu widerrufen. Sofern zugunsten der Verbraucher keine längere Frist vereinbart ist, muss das Widerrufsrecht innerhalb von 14 Tagen ausgeübt werden. Macht der Verbraucher innerhalb dieser Frist keinen Gebrauch von seinem Widerrufsrecht, sind beide Vertragsparteien an den Vertrag gebunden. Aufgrund der zahlreichen Sonderkonstellationen im Fernabsatzrecht empfiehlt sich gerade bei dem Vertrieb von Dienstleistungen im Fernabsatz, die konkrete Gestaltung der Verträge einmal rechtlich bewerten zu lassen.

Frau Dr. Thull hat schon während ihres Referendariats bei BRANDI Fragestellungen aus dem Bereich Fernabsatz und E-Commerce behandelt. Ab Januar verstärkt sie als Rechtsanwältin das Dezernat IT & Datenschutz.

Dr. Christoph Rempe

Rabattwerbung – Aktuelle Probleme

Die Werbung mit Rabatten ist ein beliebtes Marketinginstrument. Aktuell steht wieder die große „Rabattschlacht“ zum sog. Black Friday an. Allerdings sind bei der Auszeichnung von Rabatten, vor allem im Online-Shop, strenge Vorgaben zu beachten. Insbesondere darf die Rabattwerbung den Adressaten nicht in die Irre führen, z. B. durch durchgestrichene „Mondpreise“ oder die Intransparenz, worauf sich ein angepriesener Rabatt, etwa „20 % auf Alles“, genau bezieht. Bei der Auszeichnung von Preisen im Online-Shop sind außerdem die Vorgaben der Preisangabenverordnung (PAngV) einzuhalten.

Die Preisangabenverordnung wurde vergangenes Jahr, im Mai 2022 novelliert. Im neuen § 11 PAngV finden sich nun seitdem Regelungen zur Auszeichnung von Preisnachlässen. Nach § 11 Abs. 1 PAngV muss derjenige, der zur Angabe eines Gesamtpreises verpflichtet ist, gegenüber Verbrauchern bei jeder Bekanntgabe einer Preisermäßigung für eine Ware den niedrigsten Gesamtpreis angeben, den er innerhalb der letzten 30 Tage vor der Anwendung der Preisermäßigung gegenüber Verbrauchern angewendet hat. Immer dann also, wenn mit einer Rabattierung unter Bezugnahme auf einen vorherigen Preis geworben wird, muss auch der niedrigste Gesamtpreis der letzten 30 Tage zuvor genannt werden. Das gilt somit für „Statt-Preise“ (z. B. „statt 75,00 €, jetzt 60,00 €“), Streichpreise und den prozentualen Abzug unter Angabe des vorherigen Preises. Nicht erfasst hiervon werden aber Preisherabsetzungen ohne Bezugnahme auf den alten Preis und auch allgemeine Preisaussagen ohne die Angabe einer konkreten Preisermäßigung wie „Sale“.

Wie nun dieser niedrigste Gesamtpreis der letzten 30 Tage angegeben werden muss, ist im Detail umstritten. Das Landgericht Düsseldorf hat hierzu entschieden, dass es ausreicht, wenn ohne weitere Erläuterung ein Streichpreis angegeben ist und dieser Streichpreis dem niedrigsten Preis der letzten 30 Tage entspricht (LG Düsseldorf, Urt. v. 11.11.2022 - 38 O 144/22). Wenn dies nicht der Fall ist, dann muss zusätzlich in räumlicher Nähe zu der Bewerbung der Preisermäßigung noch der niedrigste Preis der letzten 30 Tage genannt werden. Es reicht insoweit auch eine Angabe in der Fußnote oder ein Sternchenhinweis.

Nach einer Entscheidung des LG Amberg (Urt. v. 02.06.2023 - 41 HKO 856/22) besteht für den Händler nicht die Pflicht, die prozentuale Ermäßigung anhand des niedrigsten Preises der letzten 30 Tage zu berechnen. Vielmehr dürfe er die Ermäßigung mit dem zuletzt verlangten Preis berechnen. Genau diese Frage hat nun aber das LG Düsseldorf in einer weiteren Entscheidung (Beschl. v. 19.05.2023 - 38 O 182/22) dem EuGH zur Beantwortung vorgelegt. Rechtsunsicherheit bleibt hier bei der Anwendung der neuen Vorgaben der Preisangabenverordnung.

Unabhängig davon muss natürlich die Preisermäßigung korrekt berechnet werden. Es dürfen keine „Mondpreise“ genannt werden, anhand derer sich die Preisermäßigung berechnet. Probleme stellen sich hier oft dann, wenn unter Angabe einer UVP (Unverbindliche Preisempfehlung) eines Herstellers geworben wird. Ohne weitere Angabe hierzu gehen nämlich die angesprochenen Verkehrskreise davon aus, dass der genannte Streichpreis derjenige ist, den der Händler tatsächlich verlangt hatte. Wenn es sich dabei jedoch um eine UVP handelt, so muss darauf hingewiesen werden. Eine Verbrauchertäuschung liegt dann außerdem vor, wenn diese UVP nie ernstlich verlangt wurde oder veraltet ist. Problematisch sind insoweit die Fälle, in denen der Händler gleichzeitig Hersteller der Produkte ist und die UVP selbst festlegt. Dann kann der Händler nur sehr eingeschränkt mit einer Preisermäßigung im Verhältnis zur UVP werben.

Insgesamt muss die Rechtsentwicklung hinsichtlich der Preiswerbung weiter abgewartet werden. Mit einer Entscheidung des EuGH zur Berechnung der prozentualen Ermäßigung bei der Ankündigung einer Preisermäßigung nach § 11 PangV ist frühestens in einem Jahr zu rechnen, sodass hier eine Rechtsunsicherheit bleibt.



Dr. Christoph Rempe
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Informationstechnologierecht (IT-Recht)
christoph.rempe@brandi.net

Dr. Daniel Wittig

Cybersicherheit ist Chefsache

Cybersicherheit ist ein immer wichtigeres Thema in unserer Gesellschaft. Es vergehen kaum Tage oder Wochen, ohne dass es eine medienwirksame Meldung über einen weiteren großen Hackerangriff gibt, von dem entweder bekannte Unternehmen oder aber Behörden betroffen sind. So ist im Zeitpunkt der Entstehung dieses Artikels gerade erst das Rechenzentrum der Südwestfalen IT mittels eines Ransomware-Angriffs gehackt worden. Dieser Angriff führte dazu, dass schlagartig 72 Kommunen und Landkreise in Südwestfalen arbeitsunfähig wurden. Die gesamte Infrastruktur des IT Dienstleisters musste vom Netz genommen werden. So hatten die Kommunen und Landkreise keinerlei Zugriff mehr auf ihre Computersysteme, teilweise nicht mal mehr auf ihre Telefonsysteme. Bürger konnten alltägliche Dinge, wie Fahrzeuganmeldungen oder Termine im Bürgeramt nicht mehr durchführen. Noch ist unklar, wie lange diese Einschränkungen bestehen bleiben.

Nach aktuellem Lagebericht über die IT Sicherheit in Deutschland 2023 vom Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) sind und bleiben Ransomware-Angriffe die größte Bedrohung. Der Begriff Ransomware steht dabei für eine Art von Schadprogrammen, die Daten und Systeme des Opfers infizieren und sodann vollständig verschlüsseln, sodass die Opfer nicht mehr auf ihre Daten und Systeme zugreifen können und „lahmgelegt“ sind. Zumeist gehen die Angreifer so vor, dass sie vor der Verschlüsselung der Daten, die Daten vollständig abziehen und für sich sichern. Nach der Verschlüsselung wird Kontakt mit dem Opfer aufgenommen, um dieses zu erpressen. Dabei wird meist eine Forderung in Millionenhöhe gestellt, um zum einen den Entschlüsselungscode für die verschlüsselten Daten zu erhalten und zum anderen, um zu verhindern, dass die Angreifer die zuvor abgezogenen Daten im Darknet veröffentlichen und verkaufen. Bei diesen Daten sind selbstverständlich auch zumeist personenbezogene Daten von Kunden, Geschäftspartnern oder eigenen Arbeitnehmern betroffen, die bei Veröffentlichung zu weiteren kriminellen Aktivitäten (z. B. Identitätsdiebstahl) genutzt werden können.

Um Produktion und Vertrieb möglichst schnell wieder aufnehmen zu können und um Imageschäden bei Veröffentlichung von Daten zu vermeiden, sind viele Unternehmen bereit zu zahlen, wobei sich direkt das nächste Problem stellt. Die Angreifer fordern zumeist Bitcoin als Lösegeld. Bitcoin sind aber in Deutschland nicht so einfach in Millionenhöhe bei einer Bank zu haben. Aber auch hierfür bieten die Angreifer zumeist Lösungsmöglichkeiten an und bieten – als „Servicedienstleister“ – Beratungen für die Opfer an, wie sie schnellstmöglich an Bitcoin herankommen.

Da das BSI im neuesten Lagebericht eine Verlagerung der Ransomware-Angriffe von großen, zahlungskräftigen Unternehmen auf kleine und mittlere Organisationen, wie staatliche Institutionen, Kommunen, aber auch den Mittelstand beobachtet, wird das Thema für alle von uns immer wichtiger.

Unter anderem hat diese Entwicklung mich dazu veranlasst, an einem Workshop bei einer unserer Mandantinnen teilzunehmen, die sich auf die Erstellung von Backups und Disaster Recovery Lösungen spezialisiert hat. In diesem Workshop wurde ein ech-

ter Ransomware-Angriff simuliert, der vor wenigen Jahren ein großes US Vertriebsunternehmen (jährlicher Umsatz von 1 Milliarde US Dollar) getroffen hat. Durch Videosequenzen und Nachspielung des Angriffsablaufes war der Workshop sehr eindringlich und hat allen Teilnehmern schnell klargemacht welche Probleme über den eigentlichen IT-Ausfall hinaus auftreten können. Bei dem betroffenen Unternehmen wurde zunächst der Onlineshop lahmgelegt, sodass sich Umsatzausfälle direkt anhäuferten. Da der Angriff an einem Wochenende stattfand, waren die stationären Ladengeschäfte zunächst nicht unmittelbar betroffen. Schnell stellte sich aber heraus, dass auch die Ladengeschäfte am folgenden Montagmorgen nicht einfach geöffnet werden konnten, da sämtliche Kassensysteme Zugriff auf die IT-Landschaft benötigen. So stellte sich für das Unternehmen unmittelbar die Frage, ob die Ladengeschäfte überhaupt geöffnet werden können und falls ja, wie genau vor Ort abgerechnet werden kann. So musste zunächst überprüft werden, ob es überhaupt in jeder Filiale genügend Taschenrechner für einen „Kassenbetrieb“ gab. Auch war unklar, ob es überhaupt noch Quittungen in den Filialen gab, die man den Kunden ausstellen musste. Auch musste händisch dokumentiert werden, welche Waren verkauft wurden, um später den Lagerbestand abgleichen zu können.

Mithin wurde schnell klar, dass das Unternehmen auf einen Ausfall seiner IT-Infrastruktur nicht vorbereitet war und nicht einmal ein Notfallhandbuch für einen IT-Ausfall hatte. Ersatzprozesse waren für diesen Fall nicht vorgesehen, was die Situation und den Schaden erheblich verschlimmerte. Auch hatte man in der IT keine Monitoringsysteme implementiert, die es ermöglicht hätten, einen Angriff eventuell frühzeitig wahrzunehmen. Denn die Angreifer befinden sich zumeist über mehrere Tage, Wochen oder sogar Monate im System der Opfer, bevor Sie die Daten verschlüsseln. Daher ist es aber auch nicht immer möglich, ein nicht von der Ransomware infiziertes Backup zu finden. Aber selbst dann, wenn ein solches vorhanden ist, ist es nicht immer möglich dieses aufzuspielen, ohne dass das neue System sofort wieder infiziert wird, da die Angreifer zumeist tief in den Systemen „sitzen“. So im durchgespielten Fall. Mithin sind reine Backups keine Absicherung für einen solchen Krisenfall. Dies ist sicherlich vielen Verantwortlichen in der Unternehmensführung nicht bewusst.

Schnell stellte sich auch die Frage, ob das geforderte Lösegeld gezahlt werden soll, wovon die Polizei und Staatsanwaltschaft in Deutschland stets abrät. Viele Unternehmen zahlen jedoch, um einen wirtschaftlichen sowie einen Imageschaden zu vermeiden. Nicht immer ist jedoch klar, ob die Angreifer sich auch an den „Verbrecher-Ehrenkodex“ halten und den Schlüssel tatsächlich herausrücken, oder eine weitere Nachforderung stellen. Zudem zeigt die Statistik, dass Unternehmen, die Lösegeld bezahlen, oftmals kurze Zeit nach dem Angriff erneut Opfer eines weiteren Angriffs einer anderen Hackergruppe werden. Denn die Daten der zahlenden Unternehmen und die Informationen über den Angriff werden von der ersten Hackergruppe an weitere Hackergruppen verkauft, um so eine weitere Erlösquelle zu schaffen.

Aber selbst dann, wenn man den Schlüssel der Hacker erhält, müssen die Daten noch entschlüsselt und darauf untersucht werden, ob sich im Datensatz noch die Ransomware befindet. Auch dies sind Tätigkeiten, die nicht innerhalb von wenigen Stunden durchzuführen sind, sondern oftmals Tage, Wochen oder sogar Monate in Anspruch nehmen. Der Schaden für das Unternehmen

ist mithin enorm, wenn man von einem Hackerangriff betroffen ist und zuvor keine Vorkehrungen getroffen hat.

Wichtig dabei zu wissen ist, dass Cybersicherheit Chefsache ist. Gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG und § 93 Abs. 1 S. 1 AktG müssen die Geschäftsführer bzw. der Vorstand in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anwenden. Aus diesen Generalnormen werden die Pflichten der Geschäftsleitung für die Cybersicherheit hergeleitet. Werden diese Pflichten verletzt, haften die Geschäftsführer bzw. der Vorstand gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG bzw. § 93 Abs. 2 AktG für den der Gesellschaft entstehenden Schaden. Dieses Szenario ist auch durchaus realistisch; wir haben bereits für Gesellschaften eine solche Haftung ihrer Geschäftsführer geprüft. Die Unternehmensleitung ist insbesondere verpflichtet eine Risikobewertung bezüglich der Cybersicherheit ihres Unternehmens durchzuführen und der Situation gemäß angemessene Maßnahmen im Bereich der Cybersicherheit umzusetzen. Auch eine Übertragung dieser Pflichten auf leitende Angestellte aus der IT befreit die Geschäftsführung nicht vollständig von ihren Pflichten, da stets eine Auswahl- und Überwachungspflicht in Bezug auf die ausgewählten Mitarbeiter bestehen bleibt. Mithin sollte sich jeder Unternehmensleiter zwangsläufig mit dem Thema der IT-Sicherheit auseinandersetzen. Hierzu gehören unter anderem die Erstellung einer Risikoanalyse, die Einrichtung von Überwachungssystemen, die Durchführung von Backups, ggf. die Vorhaltung von Disaster Recovery Systemen, die Vorhaltung von Ersatzsystemen, die Erstellung einer Notfallplanung und die Prüfung einer Versicherbarkeit.

Aber auch die Versicherungsbranche hat bereits erkannt in welchem Ausmaß Cyberangriffe grassieren. Bereits Ende des Jahres 2022 hat die Zurich Versicherungsgruppe vermeldet, das Cyberangriffe demnächst unversicherbar seien, weil die Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts zu hoch sei. Kurz nach dieser Aussage wurde ein Unternehmensteil der Zurich Versicherungsgruppe durch eine Hackergruppe angegriffen.

Die Verantwortlichkeit wird zukünftig, über die vorgenannten Grundnormen hinaus, für viele Führungskräfte noch durch spezialgesetzliche Verpflichtungen ergänzt. So steht in Deutschland demnächst die Umsetzung der europäischen NISII-Richtlinie an, die die Stärkung und den Ausbau der Sicherheitsarchitektur in Europa zum Ziel hat. Im Gegensatz zur NIS-Richtlinie, stehen aber nicht mehr nur Unternehmen der kritischen Infrastruktur (Energieversorger, Wasserversorger, Telekommunikationsunternehmen, etc.) im Fokus. Vielmehr gerät durch die NISII-Richtlinie auch der Mittelstand in den Fokus der Cybersicherheitsgesetze, sodass für viele Unternehmen in unserer Region demnächst auch gesetzliche Vorschriften zur Einhaltung von Cybersicherheitsanforderungen gelten. Erstmals ist auch die Geschäftsleitung in einem Gesetz ausdrücklich als Verantwortliche für Cybersicherheit genannt, die haftet, falls entsprechende Anforderungen des Gesetzes nicht umgesetzt werden.

Da sicherlich vielen weder diese Verantwortung, noch diese Gefahr bewusst war, stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne mit einer rechtlichen Beratung zur Seite. Am 08. Februar 2024 können Sie auch an unserem Live-Erlebnis-Workshop – Save the Data – teilnehmen. Mehr Informationen finden Sie auf [Seite 15](#) und später auf unserer Homepage.

**Dr. Daniel Wittig**

Rechtsanwalt

Datenschutzbeauftragter (TÜV®) gemäß DSGVO und BDSG
 Fachanwalt für Informationstechnologierecht (IT-Recht)
daniel.wittig@brandi.net

Gesche Kracht

Immaterieller Schadensersatz nach Art. 82 DSGVO

Im Kontext von Verstößen gegen die DSGVO kommt es immer wieder vor, dass sich Betroffene bei Unternehmen als verantwortliche Stelle melden und einen Schadensersatzanspruch nach Art. 82 DSGVO geltend machen. In diesem Jahr musste sich nun der Europäische Gerichtshof (EuGH) mit der Frage befassen, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Anspruch besteht, insbesondere bezogen auf die Erstattung von immateriellen Schäden.

Ausgangspunkt für die ersten Vorlagefragen in ein Vorabentscheidungsverfahren an den EuGH war der Rechtsstreit zwischen einem österreichischen Rechtsanwalt und der Österreichischen Post AG (EuGH, Ur. v. 4.5.2023 - Az. C-300/21). Der Kläger machte im Ausgangsverfahren gegen die Österreichische Post AG einen Schadensersatzanspruch nach Art. 82 DSGVO in Höhe von 1.000 € geltend. Die Beklagte hatte ab dem Jahr 2017 Informationen über die politische Affinität der österreichischen Bevölkerung gesammelt und mittels eines Algorithmus anhand verschiedener Merkmale „Zielgruppenadressen“ definiert. Die Verarbeitung geschah ohne Einwilligung der Kunden. Der Kläger, welcher ebenfalls von der Verarbeitung betroffen war, machte geltend, verärgert und bloßgestellt durch die Speicherung der Daten zu sein. Er empfand die Zuschreibung der Affinität zu einer bestimmten österreichischen Partei als Beleidigung. Insoweit forderte er Schadensersatz für den ihm angeblich entstandenen Schaden. Der Oberste Gerichtshof Österreich (OGH) legte die Sache im Revisionsverfahren dem EuGH vor, um zu klären, ob das Vorbringen des Klägers für einen Schadensersatzanspruch ausreicht. Die Vorlagefragen bezogen sich darauf, ob ein bloßer Verstoß gegen die DSGVO ausreicht, um einen Anspruch zu begründen und ob es Voraussetzung für den Zuspruch eines immateriellen Schadens ist, dass eine Konsequenz oder Folge der Rechtsverletzung von zumindest einigem Gewicht vorliegt, die über den durch die Verletzung hervorgerufenen Ärger hinausgeht.

Der EuGH stellte hierzu in seiner Entscheidung zunächst fest, dass die Begriffe „materieller und immaterieller Schaden“ sowie „Schadensersatz“ autonome Begriffe des Unionsrechts sind und

somit in allen Mitgliedstaaten einheitlich ausgelegt werden müssen. Aus dem Wortlaut der Bestimmung des Art. 82 DSGVO gehe weiterhin hervor, dass nicht jeder Verstoß gegen die DSGVO für einen Schadensersatzanspruch ausreiche. Kumulative Voraussetzungen für einen solchen Anspruch seien ein Verstoß gegen die DSGVO, ein konkreter materieller oder immaterieller Schaden und zuletzt ein Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Verstoß. Dafür sprächen auch die Erwägungsgründe, nach denen der Eintritt eines Schadens nicht die notwendige Konsequenz eines Verstoßes gegen die DSGVO sei. Das Gericht stellte allerdings fest, dass der Anspruch auf Ersatz eines immateriellen Schadens nicht von einer Erheblichkeit des Schadens abhängt. Der Unionsgesetzgeber habe ein weites Verständnis des Begriffs „Schaden“ gewählt, die Festlegung einer Erheblichkeitsschwelle sei damit unvereinbar. Die möglicherweise unterschiedliche Beurteilung dieser Erheblichkeit durch die Gerichte stünde auch der unionseinheitlichen Auslegung entgegen. In der Entscheidung wurde aber auch hervorgehoben, dass die anspruchsberechtigte Person durch das fehlende Erfordernis einer Erheblichkeit nicht zugleich von dem Nachweis befreit sei, einen konkreten immateriellen Schaden durch einen DSGVO-Verstoß darzulegen.

Diese Entscheidung ist insofern bedeutend, als dass ein konkreter Schaden als notwendige Voraussetzung des Anspruchs nach Art. 28 DSGVO bestätigt wurde. Aus den Ausführungen des EuGH geht hervor, dass Schäden stets dargelegt werden müssen und nicht vermutet werden dürfen. In der Vergangenheit wurde beispielsweise beim Verstoß gegen die Wahrung der Monatsfrist zur Bearbeitung eines Auskunftsanspruchs nach Art. 15 Abs. 1, 3 DSGVO von einigen deutschen Arbeitsgerichten ein immaterieller Schaden angenommen, ohne dass dieser nachgewiesen wurde (etwa ArbG Bamberg, Ur. v. 11.5.2022 - Az. 2 Ca 942/20; ArbG Oldenburg, Ur. v. 9.2.2023 - Az. 3 Ca 150/21). Dies wird in der Form nicht mehr möglich sein. Der Ersatz eines immateriellen Schadens ist auch nicht auf Schäden beschränkt, die einen gewissen Grad an Erheblichkeit erreicht haben.

Damit ist der immaterielle Schadensersatz allerdings noch nicht abschließend geklärt. Nun hat auch der Bundesgerichtshof (BGH) mit Beschluss vom 26. September 2023 dem EuGH Fragen unter anderem zum Begriff des immateriellen Schadens i.S.v. Art. 82 DSGVO vorgelegt (BGH, Beschl. v. 26.9.2023 - Az. VI ZR 97/22). Im Ausgangsstreit machte der Kläger einen Schaden geltend, der ihm dadurch entstanden sei, dass im Bewerbungsprozess bei der Beklagten eine nur für den Kläger bestimmte Nachricht auch an eine dritte unbeteiligte Person ging. In der Nachricht wurde unter anderem mitgeteilt, dass die Beklagte die Gehaltsvorstellungen des Klägers nicht erfüllen könne. Der Kläger befürchtet, dass diese sensiblen Daten weitergeben werden könnten oder sich dadurch ein Vorteil verschafft werden könnte; er selbst hätte die Daten nicht an Dritte weitergeben, weil er das Unterliegen in der Verhandlung als demütigend empfinde. Die Fragen des BGH beziehen sich diesbezüglich unter anderem darauf, ob für die Annahme eines immateriellen Schadens i.S.d. Art. 82 DSGVO bloße negative Gefühle wie Ärger, Unmut, Sorge oder Angst ausreichen. Weiterhin möchte der BGH wissen, ob bei der Bemessung der Höhe des Schadensersatzes der Grad des Verschuldens des Verantwortlichen ein Kriterium darstellt und ein dem Betroffenen zustehender Unterlassungsanspruch berücksichtigt werden sollte. Wie sich der EuGH zu den Fragen des BGH positionieren wird, bleibt abzuwarten.



Gesche Kracht
Wissenschaftliche Mitarbeiterin
gesche.kracht@brandi.net

Die Autorin unterstützt Unternehmen bei der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben zur Vermeidung von Haftungs- und Schadensersatzrisiken, insbesondere durch die Erstellung einer Datenschutzdokumentation.

Hendrik Verst

Das neue EU-U.S. Data Privacy Framework

Zahlreiche – wenn nicht die meisten – Unternehmen greifen im Unternehmensalltag auf Dienstleister aus den Vereinigten Staaten zurück. In diesem Zusammenhang findet oftmals auch eine Übermittlung personenbezogener Daten in die USA statt.

Die DSGVO verlangt für die Übermittlung personenbezogener Daten in einen Drittstaat einen hinreichenden Absicherungsmechanismus. Hierfür sind insbesondere Angemessenheitsbeschlüsse nach Art. 45 DSGVO geeignet. Mittels eines Angemessenheitsbeschlusses bescheinigt die Europäische Kommission betreffenden Drittstaaten ein hinreichendes Datenschutzniveau und personenbezogene Daten können ohne einzelfallbezogene Genehmigung in das betreffende Drittland übermittelt werden.

Bislang gab es im Verhältnis zwischen der EU und den USA zwei Angemessenheitsbeschlüsse, die jeweils vom Europäischen Gerichtshof wegen der umfassenden Datenüberwachung durch US-Geheimdienste und der unzureichenden Rechtsschutzmöglichkeiten für EU-Bürger für ungültig erklärt wurden. Das ursprüngliche Safe Harbor-Abkommen wurde 2015 für ungültig erklärt (EuGH, Urt. v. 06.10.2015, [Az. C-362/14](#)), der Nachfolgebeschluss, das EU-US Privacy Shield, sodann 2020 (EuGH, Urt. v. 16.07.2020, [Az. C-311/18](#)).

Seit der Ungültigkeit des EU-US Privacy Shields haben Unternehmen den Datentransfer weit überwiegend mittels EU-Standardvertragsklauseln abgesichert. Diese Standardvertragsklauseln hat die EU-Kommission in Reaktion auf die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2021 in angepasster Form erlassen. Die Problematik bei dem Abschluss der EU-Standardvertragsklauseln liegt jedoch darin, dass die Unternehmen sicherstellen müssen, dass die Sicherheitsgarantien der Standardvertragsklauseln im Empfängerland tatsächlich auch eingehalten werden können. Aufgrund der US-Rechtslage waren hierzu besondere Schutzmaßnahmen, wie etwa die zusätzliche Verschlüsselung personenbezogener Daten, erforderlich.

Der neue Angemessenheitsbeschluss

Angesichts der rechtlichen Unsicherheiten für Unternehmen haben die Europäische Kommission und die US-Regierung recht schnell Verhandlungen zu einem neuen Angemessenheitsbeschluss aufgenommen.

Am 10. Juli 2023 hat die Europäische Kommission den neuen Angemessenheitsbeschluss erlassen. Das hinreichende Datenschutzniveau in den USA soll insbesondere dadurch gewährleistet sein, dass die Zugriffsmöglichkeiten auf die Daten durch US-Sicherheitsbehörden restriktiveren Anforderungen unterliegen und für die Bürger ein hinreichender Rechtsschutzmechanismus etabliert werden soll. US-Unternehmen können sich unter dem neuen EU-U.S. Data Privacy Framework zertifizieren lassen, wenn sie darlegen, dass sie hinreichende Schutzmaßnahmen für die personenbezogenen Daten von EU-Bürgern treffen.

Der Anwendungsbereich des Angemessenheitsbeschlusses beinhaltet jedoch nicht alle Arten von personenbezogenen Daten. Personenbezogene Daten die im Rahmen journalistischer Tätigkeiten erhoben werden, sind beispielsweise nicht umfasst. Auch die Übermittlung von Personaldata fällt nicht automatisch in den Anwendungsbereich, vielmehr müssen die US-Unternehmen bei ihrer Zertifizierung explizit angeben, dass diese auch Personaldata umfassen soll.

Europäische Unternehmen müssen nunmehr keine Standardvertragsklauseln abschließen. Es reicht aus, wenn betreffende US-Dienstleister unter dem Framework zertifiziert sind und die Art der übermittelten Daten tatsächlich auch in den Anwendungsbereich des Frameworks fallen bzw. von der Zertifizierung umfasst sind. Sind US-Dienstleister nicht zertifiziert, sollten andere Absicherungsmechanismen genutzt werden, etwa die EU-Standardvertragsklauseln.

Kritik am neuen Angemessenheitsbeschluss

Der neue Angemessenheitsbeschluss wird sowohl von Datenschutzverbänden als auch von einzelnen Datenschutzaufsichtsbehörden bereits stark kritisiert.

Vielfach wird argumentiert, dass sich die Rechtslage in den USA nicht merklich gebessert und die Verabschiedung des neuen Frameworks durch die Europäische Kommission einen rein politischen Charakter habe. Kritisiert wird vor allem, dass die Einschränkung des Datenzugriffs der US-Sicherheitsbehörden durch die Beschränkung auf ein „verhältnismäßiges Maß“ wirkungslos sei, wenn der Begriff der Verhältnismäßigkeit in den USA anders ausgelegt werde als in Europa. Weiterhin sei der neue Rechtsdurchsetzungsmechanismus nicht unabhängig genug. Auf der anderen Seite gibt es aber freilich auch Stimmen, die die im Rahmen der Verhandlungen erreichten Verbesserungen im Schutzniveau loben.

Der Verband „noyb“ des Datenschutzaktivisten Max Schrems hat bereits eine Klage vor dem EuGH angekündigt, so dass zu erwarten ist, dass der neue Angemessenheitsbeschluss bald beim EuGH anhängig wird. Hier besteht für das Gericht insbesondere auch die Möglichkeit, das Framework bis zur Entscheidung auszusetzen.

Fazit

Das neue EU-U.S. Data Privacy Framework erleichtert die Datenübermittlung in die USA erheblich. Unternehmen sollten sich vor der Datenübermittlung aber jedenfalls versichern, dass sich der Dienstleister unter dem Framework hat zertifizieren lassen. Die Liste der zertifizierten US-Unternehmen ist unter <https://www.dataprivacyframework.gov/s/participant-search> abrufbar.

Da nicht abzusehen ist, ob bzw. wann der EuGH den Angemessenheitsbeschluss für ungültig erklären wird, sollten die Entwicklungen genau beobachtet werden. Es kann in diesem Zusammenhang überlegt werden, inwieweit es sich anbietet, einen doppelten Ansatz zu verfolgen und die Datenübermittlung parallel auf weitere Absicherungsmechanismen zu stützen.



Hendrik Verst
Wissenschaftlicher Mitarbeiter
hendrik.verst@brandi.net

Der Autor unterstützt Mandanten bei dem Abschluss von Vereinbarungen zur Auftragsverarbeitung, wobei er regelmäßig auch mit der Problematik der US-Datenübermittlung in Berührung kommt.

Christina Prowald

Nutzer-Tracking, Cookie-Banner und Einwilligungswaltung

Viele Unternehmen binden in ihr Online-Angebot Tools zum Nutzer-Tracking ein. Hierdurch werden sie in die Lage versetzt, die „Einkaufsreise“ sowie das Verhalten und die Interessen der Kunden zu analysieren und den Nutzern auf sie zugeschnittene Angebote und Werbung zu präsentieren. Unternehmen haben häufig ein großes Interesse an diesem Tracking, da es ihnen hilft, ihre Angebote an die Interessen der Kunden anzupassen und zu verbessern. Demgegenüber haben Nutzer des Online-Angebots ein Interesse am Schutz ihrer Daten und ihrer Privatsphäre. Auf Basis des den Nutzern zustehenden Rechts auf informationelle Selbstbestimmung sind insbesondere von Seiten der Rechtsprechung verschiedene Anforderungen entwickelt worden, die bei der Durchführung des Nutzer-Trackings zu beachten sind. Die Einhaltung dieser Vorgaben wird auch von Seiten der Aufsichtsbehörden regelmäßig kontrolliert, wie etwa die von der [Landesbeauftragten für Datenschutz Niedersachsen](#) koordinierte Prüfung der Webseiten von 49 Medienunternehmen zeigt.

Wie für jede Datenverarbeitung ist auch für Datenverarbeitungsprozesse im Zusammenhang mit einem Nutzer-Tracking oder der Anzeige personalisierter Werbung das Vorliegen einer Rechts-

grundlage erforderlich. Durch die Cookie-Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und des Bundesgerichtshofs (BGH) ist insoweit geklärt worden, dass vor der Nutzung von technisch nicht notwendigen Cookies grundsätzlich eine Nutzereinwilligung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a) DSGVO, die alle Wirksamkeitserfordernisse des Art. 4 Nr. 11 DSGVO erfüllt, eingeholt werden muss. Außerdem sind die Nutzer über den Umfang der Cookie-Nutzung, Zugriffsmöglichkeiten sowie Speicherdauer zu informieren. Die von EuGH und BGH zur Cookie-Nutzung formulierten Anforderungen sind in Deutschland inzwischen durch § 25 Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) aufgegriffen worden. Obwohl sich die höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Nutzung von vergleichbaren Technologien bislang nicht ausdrücklich geäußert hat, sind insoweit unter Berücksichtigung von e-Privacy-Richtlinie und TTDSG wohl entsprechende Anforderungen zu stellen, soweit die Tools in den Anwendungsbereich der beiden Rechtsquellen fallen.

Um die für die Nutzung von Tracking-Tools erforderliche Einwilligung der Nutzer einzuholen, wird von vielen Unternehmen ein sog. Cookie-Banner verwendet. Dieser ist grundsätzlich so auszugestalten, dass die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung eingehalten und die von der Rechtsprechung statuierten Erfordernisse erfüllt werden. Es ist insoweit zunächst festzuhalten, dass eine Vorauswahl einzelner Check-Boxen, die über die nicht abwählbaren, technisch notwendigen Cookies hinausgeht, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich unzulässig ist. Weiter ist darauf zu achten, dass es für den Nutzer genauso einfach sein muss, die Verwendung von Marketing- und Analyse-Cookies abzulehnen, wie dieser zuzustimmen. Um dies zu gewährleisten, sind die beiden Auswahlmöglichkeiten – Zustimmung und Ablehnen – auf der ersten Seite des Cookie-Banners zu platzieren. Die weitere Gestaltung des Cookie-Banners muss für den Nutzer zudem transparent sein. In welchem Umfang grafische Gestaltungen, die den Nutzer nach Möglichkeit dazu bewegen sollen, technisch nicht notwendige Cookies zu aktivieren, genutzt werden dürfen, ist derzeit höchst umstritten. Hervorhebungen, die derart ausgeprägt sind, dass der Nutzer regelrecht zu einer Entscheidung gedrängt wird, sind in jedem Fall sowohl mit Blick auf den Transparenzgrundsatz als auch die Freiwilligkeit der Einwilligung, nach der dem Betroffenen eine echte Wahlmöglichkeit zukommen muss, problematisch und von der [Rechtsprechung](#) bereits als unzulässig bewertet worden (LG München I, Urt. v. 29.11.2022 - Az. 33 O 14776/19). Das [LG Köln](#) ist darüber hinaus sogar der Auffassung, dass eine Ablehnmöglichkeit, die innerhalb des Fließtextes versteckt ist, nicht als gleichwertige Auswahlmöglichkeit im Vergleich zu einem als Blickfang ausgestalteten „Alles akzeptieren“-Button angesehen werden kann (LG Köln, Urt. v. 23.03.2023 - Az. 33 O 376/22). Gleiches gelte für unspezifische Konfigurationsmöglichkeiten. Pur-Abo-Modelle, bei denen die Ablehnung der Marketing- und Analyse-Cookies von einer Registrierung oder dem Abschluss eines kostenpflichtigen Abos abhängig gemacht wird, werden demgegenüber vom Grundsatz her bisweilen für zulässig [erachtet](#). Um darüber hinaus auch den Anforderungen an die Informiertheit der Einwilligung gerecht zu werden, müssen dem Nutzer die für seine Entscheidung wesentlichen Informationen innerhalb des Cookie-Banners bereitgestellt werden. Hinsichtlich weitergehender Informationen sollte zudem auf die umfassende Datenschutzerklärung des Unternehmens verwiesen werden. In diesem Kontext sind neben Informationen zu Rechtsgrundlage,

Datenweitergabe und Speicherdauer insbesondere auch Drittstaatenübermittlungen sowie deren Absicherung von Relevanz. Inwieweit eine konkrete Ausgestaltung des Cookie-Banners den rechtlichen Anforderungen entspricht, muss jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände bewertet werden. Gerne unterstützen wir Sie hierbei.

Künftig könnten zur Abfrage von Nutzereinwilligungen auch Dienste zur Einwilligungsverwaltung, sog. Personal Information Management-Systeme (PIMS), genutzt werden. Mittels der Dienste sollen Nutzer die Möglichkeit erhalten, alle in diesem Kontext erforderlichen Informationen innerhalb einer Benutzeroberfläche abzurufen und ihre Präferenzen an zentraler Stelle vorzunehmen, die dann automatisch auf den verschiedenen Webseiten berücksichtigt werden. § 26 TTDSG sieht insoweit auf nationaler Ebene eine entsprechende Regelung vor. Es ist jedoch bereits mit Blick auf die vorgenannte Vorschrift fraglich, inwieweit PIMS den Anforderungen der DSGVO an die Einholung wirksamer Einwilligungen gerecht werden können. Eine Umsetzung soll nunmehr durch die [Einwilligungsverwaltungs-Verordnung \(EinwVO\)](#) erreicht werden. Die Datenschutzkonferenz (DSK) wies in ihrer [Stellungnahme](#) auch insoweit allerdings bereits darauf hin, dass das Ziel, künftig auf einzelne Cookie-Banner verzichten zu können, durch den Verordnungsentwurf nicht erreicht werden könne. Mittels der Cookie-Banner würden schließlich Einwilligungen nach § 25 Abs. 1 TTDSG, Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a) und Art. 49 Abs. 1 lit. a) DSGVO abgefragt. Dem nationalen Gesetzgeber komme aber lediglich eine Regelungskompetenz für Einwilligung nach dem TTDSG, nicht aber für solche nach der DSGVO zu.



Christina Prowald
Wissenschaftliche Mitarbeiterin
christina.prowald@brandi.net

Die Autorin unterstützt Unternehmen regelmäßig bei der datenschutzkonformen Gestaltung von Online-Auftritten; sie hat gemeinsam mit Frau Prof. Dr. Schulte zudem den Fachbeitrag „Das neue Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz - Anwendungsbereich und unionsrechtlicher Rahmen“ veröffentlicht (in: K&R 2022, S. 7-13).

Johanna Schmale

Aktuelle Rechtsprechung zum datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruch

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist verfassungsrechtlich verankert und besagt, dass Betroffene grundsätzlich selbst darüber entscheiden können sollen, welche ihrer personenbezogenen Daten von wem zu welchem Zweck verarbeitet werden. Zur Ausübung dieses Rechts ist es erforderlich, dass Betroffene darüber informiert werden, in welchen Fällen überhaupt eine Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten stattfindet und welche Informationen zu der eigenen Person bei einer verantwortlichen Stelle vorliegen. Der Auskunftsanspruch aus Art. 15 DSGVO ist daher eines der zentralen Betroffenenrechte der DSGVO. Durch ihn sollen betroffene Personen die Möglichkeit erhalten, sich der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten bewusst zu sein und die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung sowie die Richtigkeit der verarbeiteten Daten überprüfen zu können.

Hinsichtlich des Umfangs des Auskunftsanspruchs bestimmt Art. 15 DSGVO, dass eine betroffene Person zunächst eine Bestätigung darüber verlangen kann, ob überhaupt Daten zu ihrer Person von dem Verantwortlichen verarbeitet werden. Werden personenbezogene Daten über die betroffene Person verarbeitet, hat diese ein Recht auf Auskunft über die personenbezogenen Daten. Außerdem hat sie ein Recht auf Auskunft über weitere Informationen zu der Datenverarbeitung, die in Art. 15 Abs. 1 DSGVO genannt sind. Hierzu gehören unter anderem die Verarbeitungszwecke, die Speicherdauer und die Herkunft der Daten. In der Aufzählung in Art. 15 Abs. 1 DSGVO ist auch eine Auskunft über Betroffenenrechte vorgesehen, nämlich über das Bestehen eines Rechts auf Berichtigung oder Löschung der personenbezogenen Daten oder auf Einschränkung der Verarbeitung oder eines Widerspruchsrechts gegen die Verarbeitung. Die Information über die Betroffenenrechte muss bei der Beantwortung einer Auskunftsanfrage auch dann erneut erfolgen, wenn der Betroffene in Erfüllung der allgemeinen Informationspflichten aus Art. 13 und 14 DSGVO diesbezüglich bereits in der Datenschutzerklärung oder in anderweitigen Datenschutzhinweisen eines Verantwortlichen informiert wurde.

Bei der Beurteilung des Umfangs des Auskunftsanspruchs sind zwei aktuelle Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs zu beachten. Die erste Entscheidung (EuGH, Urt. v. 12.01.2023 - C-154/21) bezieht sich auf die Auskunft über Empfänger von personenbezogenen Daten. Für den Fall, dass Daten an andere offengelegt werden, war es bisher umstritten, ob es im Rahmen eines Auskunftersuchens ausreichend ist, die Kategorien von Datenempfängern zu nennen, oder ob die Empfänger einzeln benannt werden müssen. Der EuGH hat entschieden, dass ein Verantwortlicher im Falle einer Offenlegung von Daten verpflichtet ist, dem Betroffenen die Identität der Empfänger mitzuteilen. Bisher wurde das Auskunftsrecht in der Praxis häufig restriktiver ausgelegt, indem etwa dem Verantwortlichen ein Wahlrecht eingeräumt wurde. Als Begründung führt der EuGH in seiner Entscheidung den Transparenzgrundsatz an. Außerdem müsse es dem Betroffenen möglich sein, zu überprüfen, ob seine Daten in zulässiger Weise verarbeitet und nur gegenüber solchen Empfängern offengelegt werden, die zu ihrer Verarbeitung auch befugt sind. Hierzu seien konkrete Angaben erforderlich. Eine Ausnahme bestehe nach Ansicht des EuGH in den Fällen, in denen es nicht

WIR SAGEN DANKE AN DAS GESAMTE BRANDI TEAM!

Wir freuen uns sehr, dass das gesamte BRANDI Team wieder seine Weihnachtsgeschenke in Form von Geld an Kinder in drei regionale Organisationen gespendet hat.

DAS SIND DIE VEREINE:

KARLSSON E. V.

Der Verein hat sich seinen Namensgeber zum Vorbild genommen. Ihm ist es ein großes Anliegen, Kindern, die an den Rand der Gesellschaft gerückt sind, eine Freude zu machen. Sie sollen erfahren, dass sie besonders sind – genau wie jedes andere Kind auch. Außerdem will der Verein den betroffenen Kindern und ihren Familien »ein guter Freund« sein. Bei ihm finden sie Vertrauen, Hilfe, Rat – und nicht zu vergessen: auch ganz viel Spaß.

Denn es ist eine besondere Herzensangelegenheit, Kinder ein Stück vom Rand in die »Mitte« der Gesellschaft zu holen. Die Philosophie des Vereins hat unser BRANDI Team überzeugt.

<https://karlsson-ev.de>

DAS SOS-KINDERDORF LIPPE

setzt sich seit über 50 Jahren für die Belange von Kindern und Jugendlichen, jungen Erwachsenen sowie deren Familien ein. Im Jahr 2016 wurden die beiden Einrichtungen SOS-Kinderdorf Lippe und SOS-Kinderdorf Detmold zum „SOS-Kinderdorf Lippe“ zusammengeführt. Aufgabe der entstandenen Verbundeinrichtung ist es, Kindern, Jugendlichen, jungen Erwachsenen und ihren Familien mit unterschiedlichen Problemstellungen ein differenziertes Hilfs- und Unterstützungsangebot anzubieten.

<https://www.sos-kinderdorf.de>

DAS KINDER-UND JUGENDHEIM LIMMER

Die Einrichtung reagiert auf gesellschaftlich veränderte Bedingungen der Kinder, Jugendlichen, jungen Erwachsenen und deren Familien durch ein differenziertes pädagogisches Angebot. Die Atmosphäre des Kinderheims kann als familiär, zugewandt und beschützend beschrieben werden und stellt die Grundlage für die Anforderungen an eine moderne und aktuelle Jugendhilfeeinrichtung dar.

<https://www.kinderheim-limmer.de>

SAVE THE DATES

SAVE THE DATA – EIN LIVE-ERLEBNIS-WORKSHOP – AM 08. FEBRUAR 2024

Ein Ransomware-Angriff findet alle 11 Sekunden statt. Aber die meisten Menschen werden erst dann Zeuge, wenn es sie selbst trifft.

Ein Live-Erlebnis-Workshop versetzt Sie mitten in eine Angriffsgeschichte, die auf realen Ereignissen basiert.

Nehmen Sie an dieser persönlichen Veranstaltung teil, um zu sehen, was hinter den Kulissen eines Ransomware-Angriffs passiert und um zu erfahren, was Sie tun können, wenn Sie mit einer ähnlichen Situation konfrontiert werden.

Treffen Sie sich mit IT-Verantwortlichen und IT-Experten am 08. Februar 2024 in unseren Räumlichkeiten in Bielefeld am Adenauerplatz. Die Plätze sind begrenzt.

Nähere Informationen und die Möglichkeit zur Anmeldung finden Sie demnächst auf unserer Homepage.

5. DATENSCHUTZRECHTSTAG – AM 24. MAI 2024

In mittlerweile bewährter Tradition möchten wir wieder im kommenden Jahr zu unserem nächsten Datenschutzrechtstag einladen. Die Veranstaltung findet am 24. Mai 2024 in Paderborn statt. Freuen Sie sich schon jetzt auf interessante Vorträge und spannende Diskussionen.

Mit uns diskutiert unter anderem Thilo Weichert, der als langjähriges Jurymitglied über die Verleihung der jährlichen Big-Brother-Awards mitentscheidet. Herr Dr. Weichert ist einer der bekanntesten deutschen Datenschutzexperten und unter anderem bekannt aufgrund seiner Tätigkeit als ehemaliger Leiter der Datenschutzaufsichtsbehörde in Schleswig-Holstein (ULD) sowie seiner zahlreichen Veröffentlichungen.

Anmeldungen zu der kostenlosen Veranstaltung sind ab Jahresanfang 2024 über brandi.net möglich. Auf der Homepage wird dann auch das detaillierte Programm zum Datenschutzrechtstag veröffentlicht.

WIR FREUEN UNS AUF SIE!

IHRE KOMPETENZGRUPPE IT & DATENSCHUTZ

möglich sei, die Empfänger zu identifizieren, oder bei offenkundig unbegründeten oder exzessiven Anträgen. Dann sei die Nennung der Kategorien von Empfängern ausreichend.

In einer weiteren Entscheidung (EuGH, Urt. v. 04.05.2023 - C-487/21) beschäftigte sich der EuGH mit dem Inhalt des Art. 15 Abs. 3 DSGVO, insbesondere mit dem Umfang des Rechts auf Erhalt einer Kopie von personenbezogenen Daten. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte der Kläger einen Auskunftsanspruch gegen CRIF, eine Kreditauskunftei, geltend gemacht und um eine Kopie seiner Daten gebeten. Daraufhin übermittelte CRIF dem Kläger in aggregierter Form eine Liste seiner personenbezogenen Daten, die Gegenstand der Verarbeitung waren. Da der Kläger der Ansicht war, dass CRIF ihm eine Kopie sämtlicher Dokumente, die seine Daten enthielten, wie etwa E-Mails und Auszüge aus Datenbanken, hätte übermitteln müssen, legte er bei der österreichischen Datenschutzbehörde eine Beschwerde ein. Die Behörde half der Beschwerde nicht ab, woraufhin es zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung kam. Das Bundesverwaltungsgericht Österreich legte dem EuGH unter anderem die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die Verpflichtung, eine „Kopie“ im Sinne von Art. 15 Abs. 3 S. 1 DSGVO zur Verfügung zu stellen, so zu verstehen sei, dass die Übermittlung einer Abschrift der personenbezogenen Daten, beispielsweise als Tabelle in aggregierter Form, ausreichend sei, oder ob sie auch die Übermittlung von Kopien gesamter Dokumente und Datenbankauszüge umfasse.

In seinem Urteil entschied der EuGH, Art. 15 Abs. 3 S. 1 DSGVO sei dahingehend auszulegen, dass das Recht, eine Kopie der personenbezogenen Daten, die Gegenstand der Verarbeitung sind, zu erhalten, so zu verstehen sei, dass der Betroffene eine originalgetreue und verständliche Reproduktion all dieser Daten erhalte. Hierzu gehören nach Ansicht des EuGH auch Kopien von Auszügen aus Dokumenten und Datenbanken sowie Kopien von ganzen Dokumenten, soweit die Zurverfügungstellung solcher Kopien unerlässlich ist, um der betroffenen Person die wirksame Ausübung ihrer Rechte zu ermöglichen. Der EuGH führt hierzu aus, dass sich der Begriff „Kopie“ nicht auf ein Dokument als solches beziehe, sondern auf die personenbezogenen Daten, die es enthalte und die vollständig sein müssten. Die Kopie müsse daher alle personenbezogenen Daten enthalten, die Gegenstand der Verarbeitung seien. Eine allgemeine Beschreibung der Daten oder ein Verweis auf bestimmte Datenkategorien reiche hierfür nicht aus. Der EuGH weist darauf hin, dass der Betroffene überprüfen können müsse, ob seine Daten richtig seien und ob sie in zulässiger Weise verarbeitet würden. Insbesondere dann, wenn personenbezogene Daten aus anderen Daten generiert oder auf fehlenden Angaben, aus denen eine Information über die betroffene Person hervorgehe, beruhen würden, benötige der Betroffene den jeweiligen Kontext, um eine transparente und verständliche Auskunft zu erhalten. Um dem Grundsatz der Transparenz zu genügen, könne das Recht auf Zurverfügungstellung einer Kopie daher auch die originalgetreue und verständliche Reproduktion von Auszügen aus Dokumenten, Datenbanken oder auch von ganzen Dokumenten erfordern. Hierbei dürften jedoch gemäß der Vorgabe von Art. 15 Abs. 4 DSGVO die Rechte und Freiheiten anderer Personen nicht beeinträchtigt werden.

Der EuGH entschied in seinem Urteil außerdem, Art. 15 Abs. 3 S. 3 DSGVO sei dahingehend auszulegen, dass sich der im Sinne

dieser Bestimmung verwendete Begriff „Informationen“ ausschließlich auf personenbezogene Daten beziehe, von denen der für die Verarbeitung Verantwortliche gem. Art. 15 Abs. 3 S. 1 DSGVO eine Kopie zur Verfügung stellen müsse. Der EuGH stellte hierzu fest, dass das Recht auf Erhalt einer Kopie in Art. 15 Abs. 3 DSGVO kein anderes Recht als das Auskunftsrecht in Art. 15 Abs. 1 DSGVO gewähre. Mit Art. 15 Abs. 3 DSGVO werde das Ziel verfolgt, die praktischen Modalitäten für die Erfüllung der Verpflichtung zur Bereitstellung einer Kopie festzulegen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Auskunftsrecht ein wichtiger Aspekt bei der Ausübung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ist. Bei der Bestimmung seines Umfangs ist die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zu beachten. Hierbei gilt der allgemeine Grundsatz, dass den betroffenen Personen die erforderlichen Informationen in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form übermittelt werden sollten. Betroffene Personen sollten in die Lage versetzt werden, die Richtigkeit ihrer Daten sowie die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung zu überprüfen. Um eingehende Auskunftsanfragen sowie andere Betroffenenanfragen rechtskonform zu beantworten, ist ein koordiniertes und intern abgestimmtes Vorgehen empfehlenswert, wobei insbesondere in Zweifelsfällen der Datenschutzbeauftragte des Verantwortlichen unterstützen sollte.



Johanna Schmale
Wissenschaftliche Mitarbeiterin
johanna.schmale@brandi.net

Johanna Schmale unterstützt Unternehmen bei der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Anforderungen, unter anderem bezogen auf die Beantwortung von Betroffenenanfragen und die Erstellung von Konzepten zum Umgang mit derartigen Anfragen. Sie ist regelmäßig an der Prüfung und Beantwortung von Betroffenenanfragen hinsichtlich der Auskunft über personenbezogene Daten beteiligt.

Dr. Sebastian Meyer, LL.M.

Schufa: Übermittlung von „Positivdaten“ gerichtlich untersagt

In der Vergangenheit haben zahlreiche Unternehmen bei Abschluss von neuen Verträgen die Vertragsdaten automatisch an die Schufa gemeldet. Diese Praxis war beispielsweise bei Mobilfunkverträgen und bei Lieferverträgen mit Energieversorgern üblich. Für die betroffenen Kunden war diese Tatsache zumeist kaum erkennbar. Die Unternehmen verwiesen häufig nur andeutungsweise in ihren umfangreichen Datenschutzerklärungen darauf, dass unter bestimmten Umständen eine solche Übermittlung stattfinden könne. Rechtlich wollten die Schufa und die

beteiligten Unternehmen als Rechtsgrundlage das berechnete Interesse gem. Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO heranziehen. Hierzu wurde argumentiert, dass derartige Informationen der Betrugsprävention dienen und das Vorgehen für die Betroffenen auch unkritisch sei, weil die übermittelten Daten keinerlei negative Informationen enthielten. Vor dem Hintergrund dieser Argumentation wird auch oft von Positivdaten gesprochen, wobei die beteiligten Unternehmen selbst diese Bezeichnung vermeiden.

Bei genauerer Betrachtung wird aber schnell klar, dass die von der Schufa und den übermittelnden Unternehmen vertretene Position kaum zu halten ist. Die Weitergabe der Positivdaten von den Unternehmen an die Schufa ist unstreitig eine Übermittlung von Daten und damit ein Unterfall der Verarbeitung personenbezogener Daten im Sinne von Art. 4 Nr. 2 DSGVO. Für diese Datenübermittlung bedarf es einer Rechtsgrundlage, ansonsten wäre das Vorgehen rechtswidrig. Grundsätzlich käme eine Einwilligungslösung in Betracht, dann müsste aber bei Vertragsabschluss auf den Umstand explizit hingewiesen werden und eine zusätzliche Einwilligungserklärung gesondert im Sinne von Art. 7 Abs. 2 DSGVO eingeholt werden. Zum Wesen der Einwilligung gehört es dann zwangsläufig, dass diese freiwillig ist und folglich nicht verpflichtend verlangt werden kann.

Soweit allerdings die Unternehmen – wie in der Vergangenheit – keine ausdrückliche Einwilligung einholen wollten, müssen für eine Berufung auf das berechnete Interesse die verschiedenen Interessen gegeneinander abgewogen werden. Hierfür wäre von Unternehmen zunächst zu erklären, warum eine freiwillige Lösung nicht in Betracht kommt. Das Hauptproblem bei der Argumentation der Unternehmen ist die Berufung auf die Betrugsprävention als relevantes eigenes Interesse. Angeblich soll die Datenübermittlung ja davor schützen, dass Kunden Laufzeitverträge abschließen, deren Erfüllung gar nicht beabsichtigt ist. Hierfür ist allerdings die Übermittlung der Positivdaten im Ergebnis untauglich, weil die Übermittlung der Daten erst nach Vertragsabschluss erfolgt. Außerdem ist für die Betroffenen völlig unklar, auf welche Weise die Daten von der Schufa genutzt werden. Zu klären wäre insbesondere, ob und wie die Positivdaten etwa in die Bewertung der Bonität eines Betroffenen einfließen. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass jedenfalls die schutzwürdigen Interessen der Betroffenen überwiegen. Wäre die Datenverarbeitung für die Betroffenen wirklich so unkritisch, hätte nichts dagegen gesprochen, dass die Unternehmen die Datenübermittlung offen ansprechen und eine freiwillige Einwilligung einholen.

Mittlerweile liegen bereits erste Entscheidungen zugunsten der Betroffenen vor. Das Landgericht München I hat etwa dem Telekommunikationsunternehmen Telefonica untersagt, entsprechende Daten an die Schufa zu übermitteln (LG München I, Urt. v. 25.04.2023, Az. 33 O 5976/22, GRUR-RS 2023, 10317). Telefonica hat zwar gegen die Verurteilung in erster Instanz Berufung eingelegt, zwischenzeitlich aber gleichwohl – angeblich vorsorglich – die Datenübermittlung an die Schufa ausgesetzt. In einem weiteren Verfahren ist der Energieversorger Eprimo verurteilt worden, ebenfalls die entsprechende Datenübermittlung zukünftig zu unterlassen (LG Frankfurt a.M., Urt. 26.05.2023, Az. 2-24 O 156/21). Weitere Verfahren sind noch anhängig, wobei natürlich teilweise auch abgewartet wird, mit welchem Ergebnis die Ausgangsverfahren rechtskräftig abgeschlossen werden.

Durch die ersten Entscheidungen ist die Schufa aber bereits erheblich unter Druck geraten. Bezogen auf die Daten, die von Mobilfunkanbietern übermittelt wurden, hat die Schufa im Oktober 2023 dann entschieden, diese Daten nicht mehr zu nutzen und zu löschen. Hiervon unberührt ist allerdings die Erfassung von sogenannten Negativdaten, also Daten zu Zahlungsstörungen und Zahlungsausfällen, die die Schufa weiter erfasst. Inwieweit für die vermutlich datenschutzwidrige Übermittlung der Daten durch die Unternehmen und deren Speicherung bei der Schufa in der Vergangenheit von den Betroffenen ein (immaterieller) Schadensersatz verlangt werden kann, bleibt abzuwarten. Von interessierter Seite sind bereits erste Klagen zur Klärung dieser Frage erhoben worden.

Das Verfahren gegen Telefonica hat der Autor gemeinsam mit Frau Prof. Dr. Schulte für die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen geführt; der Autor betreut auch das hierzu aktuell laufende Berufungsverfahren sowie weitere gerichtliche Auseinandersetzungen zu der Thematik.

Rebecca Vakilzadeh

Anonyme und pseudonyme Daten

Wie können personenbezogene Daten derart anonymisiert werden, dass die Datenschutz-Grundverordnung auf diese nicht mehr anwendbar ist? Um diese Frage beantworten zu können, müssen anonymisierte von pseudonymisierten Daten abgegrenzt werden. Eine Anonymisierung liegt grundsätzlich dann vor, wenn ein bestimmter Datensatz auch unter Hinzunahme weiterer Informationen keine Zuordnung zu einer Person zulässt. Da die Daten entsprechend keinen Bezug zur jeweiligen Person mehr aufweisen (folglich nicht mehr personenbezogen sind), unterliegen diese nicht dem Datenschutzrecht. Lediglich pseudonymisierte Daten können im Gegensatz dazu unter Verwendung eines Identifizierungsdatums noch der Person zugeordnet, d. h. re-identifiziert, werden und fallen somit unter die Regelungen der DSGVO sowie des BDSG.

Problematisch kann dabei stets die Beurteilung im Einzelfall sein. Zur Klarstellung dieser Frage hat ein Urteil des Gerichtes der Europäischen Union (EuG) vom 26. April 2023 (AZ.: T-557/20) beigetragen. Beim EuG handelt es sich um die gerichtliche Vorinstanz des Europäischen Gerichtshofes (EuGH).

Beteiligter des gegenständlichen Verfahrens war der Single Resolution Board (SRB). Hierbei handelt es sich um eine europäische Institution, die die ordnungsgemäße Abwicklung von insolvenzbedrohten Finanzinstituten gewährleisten soll. Im Rahmen eines Abwicklungsverfahrens gegen eine spanische Bank verwendete der SRB ein elektronisches Formular, über das Anteilseigner und Gläubiger zu dem Vorgang Stellung nehmen sollten. Die eingegebenen Antworten leitete der SRB an ein Beratungsunternehmen weiter, ersetzte die Namen der Befragten zuvor jedoch durch einen alphanumerischen Code.

Der Europäische Datenschutzbeauftragte entschied, dass die Daten vor der Übermittlung lediglich pseudonymisiert worden wären und damit noch einen Personenbezug aufweisen würden. Da die Betroffenen vor der Weitergabe ihrer Daten an das Beratungsunternehmen nicht informiert wurden, läge hierdurch ein Datenschutzverstoß vor. Der SRB vertrat hingegen die Auffas-

sung, dass die Daten ausreichend anonymisiert worden wären, bevor sie übermittelt wurden. Ein Verstoß wäre daher nicht vorhanden.

Das Gericht der Europäischen Union verwies in diesem Fall zunächst auf ein Urteil des EuGH (Urteil vom 19. Oktober 2016 - C-582/14), wonach es für die Unterscheidung zwischen anonymen und pseudonymen Daten auf den Horizont des Datenempfängers ankommen würde. Entscheidend sei insbesondere die Frage, ob der Empfänger über die Mittel verfügt, die ihm die Re-Identifizierung der Daten, also die Zuordnung zum Betroffenen, ermöglichen. Sollte er nicht über die entsprechenden Informationen verfügen und auch keine Möglichkeit haben, sich diese auf legalem Weg zu beschaffen, so würden die Daten als anonymisiert übermittelt gelten, also nicht als personenbezogene Daten. Unbedeutend sei für die Beurteilung hingegen die Tatsache, ob der Übermittler selbst eine Rückidentifikation vornehmen könnte.

Ein Personenbezug könne ebenfalls ausgeschlossen werden, wenn die Identifizierung der betreffenden Person gesetzlich verboten oder praktisch nicht durchführbar wäre, weil sie beispielsweise einen unverhältnismäßigen Zeit- und Kostenaufwand erfordert hätte. Laut dem Gericht wäre dann das Risiko einer Identifikation de facto zu vernachlässigen.

Da die DSGVO keine ausdrücklichen Regelungen zur Thematik der Anonymisierung von Daten enthält, schafft das dargestellte Urteil in diesem Punkt weitere Rechtsklarheit und kann als richtungsweisend angesehen werden. Selbstverständlich ist eine konkrete Prüfung unerlässlich, ob im Einzelfall personenbezogene Daten übermittelt wurden oder ob diese nach den Anforderungen der Rechtsprechung in ausreichender Weise anonymisiert wurden.



Rebecca Vakilzadeh
Rechtsanwältin
Fachanwältin für gewerblichen Rechtsschutz
Wirtschaftsjuristin (Univ. Bayreuth)
Wirtschaftsmediatorin (MuCDR)
rebecca.vakilzadeh@brandi.net

Lukas Ingold

Datenschutzerklärungen genießen urheberrechtlichen Schutz

Jeder Betreiber von Webseiten, auf denen personenbezogene Daten verarbeitet werden, ist gemäß Art. 2 Abs. 1 DSGVO dazu verpflichtet eine Datenschutzerklärung im Sinne von Art. 12 Abs. 1 Satz 1 DSGVO vorzuhalten. Die Datenschutzerklärung beinhaltet Angaben zur verantwortlichen Stelle, der Art und dem Umfang der Verarbeitung, den Zwecken und Rechtsgrundlagen der Verarbeitung sowie den Betroffenenrechten. Sowohl für den Webseiten-Betreiber als auch für die Nutzer der Webseite ist die Datenschutzerklärung somit von hoher Relevanz. Daraus ergeben sich zwei Notwendigkeiten. Zum einen die notwendige Konkretisierung der Datenschutzerklärung, orientiert an der jeweiligen Webseite und zum anderen die stetige Notwendigkeit, diese Erklärung auch auf dem aktuellen Stand zu halten. Fehlerhafte oder veraltete Datenschutzerklärungen können abgemahnt werden.

Es bedarf also bei der Erstellung und Aktualisierung einer Datenschutzerklärung eines gewissen Umfangs an rechtlichen Ausarbeitungen auf Grundlage von fundiertem Fachwissen. Ob diese Ausarbeitungen auch den Anforderungen des Urhebergesetzes an ein Werk im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 UrhG entsprechen und Datenschutzerklärungen damit nach dem Urhebergesetz geschützt sind, hat dieses Jahr das Oberlandesgericht (OLG) München (Beschluss vom 03.03.2023 - 6 W 1491/22) entschieden.

In seiner Entscheidung bestätigte das OLG München die Entscheidung der Vorinstanz, dass eine Datenschutzerklärung ein Werk im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 UrhG darstellt. Entgegen der Auffassung der Klägerin, dass die Urheberrechtsschutzfähigkeit ein deutliches Übertragen des Alltäglichen, des Handwerksmäßigen, der mechanisch-technischen Aneinanderreihung des Materials erfordere, verwies das OLG München auf die Rechtsprechungspraxis des Bundesgerichtshofs. Dieser ist von seinem strengen Prüfungsmaßstab, wie er ihn noch bei älteren Entscheidungen wie „Bedienungsanleitung“ (GRUR 1993, 34) oder „Anwaltsschriftsatz“ (BGH GRUR 1986, 739) angewandt hat, mittlerweile abgewichen (vgl. „Geburtstagszug“, BGH 2014, 175). Entsprechend wird ein einheitlicher und niederschwelliger Maßstab zur Prüfung verwendet. Diesem Maßstab genügen die Texte von Datenschutzerklärungen in der Regel.

Die jeweiligen Datenschutzerklärungen können anhand der Auswahl, Einteilung und Anordnung der Texte individualisiert und damit den einzelnen Urhebern zugeordnet werden. Dem stehen auch die gesetzlichen Pflichten über die notwendigen Inhalte einer Datenschutzerklärung, die sich aus der DSGVO (z. B. Art. 12 Abs. 1 Satz 1 DSGVO - Transparenz- und Verständlichkeitsgebot) selbst ergeben, nicht entgegen.

Die Einordnung von Datenschutzerklärungen als schützenswerte Werke im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 UrhG hat zur Folge, dass diese nur unter Vereinbarungen von Lizenzverträgen, also durch Einverständnis des Urhebers durch Dritte verwendet werden dürfen. Im Falle einer widerrechtlichen Nutzung der Datenschutzerklärungen, besteht für die Urheber die Möglichkeit Unterlassungsansprüche gemäß § 97 Abs. 1 UrhG

sowie entsprechende Ansprüche, gerichtet auf Schadensersatz, nach § 97 Abs. 2 UrhG geltend zu machen.

Betreiber von Webseiten sind dementsprechend gut beraten individuelle Datenschutzerklärungen für ihre Internetauftritte erstellen zu lassen und auf das Kopieren von Datenschutzerklärungen anderer Webseiten oder kostenloser Muster zu verzichten.



Lukas Ingold
Wissenschaftlicher Mitarbeiter
lukas.ingold@brandi.net

Der Autor arbeitet seit März 2023 in den Bereichen IT & Datenschutzrecht sowie Wettbewerbsrecht.

Daniela Wilmers

Online Shops – Müssen Gastbestellungen möglich sein?

Die Nutzung von Online-Shops nimmt im privaten und unternehmerischen Alltag immer weiter zu. Daher ist es naheliegend, dass viele Unternehmen ihre Produkte und Leistungen zumindest auch über einen Online-Shop auf ihrer Website anbieten möchten. Es ist dabei gängige Praxis, dass Kunden im Rahmen eines Bestellvorgangs auch auf ein Kundenkonto zurückgreifen können. Dabei gibt es bezogen auf die gespeicherten personenbezogenen Daten einige datenschutzrechtliche Vorgaben zu beachten. Unter anderem stellt sich die Frage, ob eine Online-Bestellung von der Registrierung des Kunden in einem Kundenkonto abhängig gemacht werden darf oder ob es dem Kunden möglich sein muss, auch ohne Registrierung als Gast bestellen zu können.

Beschluss der Datenschutzkonferenz (DSK)

Die Datenschutzkonferenz (DSK) – ein Gremium der Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder – hat im letzten Jahr hierzu einen Beschluss mit Hinweisen zu einem datenschutzkonformen Online-Handel mittels Gastzugang ([Beschluss v. 24.03.2022](#)) veröffentlicht. Die DSK folgert aus dem Grundsatz der Datenminimierung nach Art. 5 Abs. 1 lit. c) DSGVO, dass die Zulässigkeit der Verarbeitung der personenbezogenen Daten im Einzelfall davon abhängt, ob Kunden nur einmalig einen Vertrag mit dem jeweiligen Unternehmen abschließen möchten, oder eine „dauerhafte Geschäftsbeziehung“ anstreben. Die Entscheidung, für jede Bestellung erneut Daten einzugeben und als Gast geführt zu werden oder im Rahmen einer dauerhaften Geschäftsbeziehung ein fortlaufendes Kundenkonto zu erstellen, sollte ein Kunde jeweils frei treffen können.

Nach Ansicht der DSK kommt als Rechtsgrundlage für die Einrichtung eines Kundenkontos die Vertragserfüllung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) DSGVO nicht in Betracht, da die Verarbeitung der personenbezogenen Daten zur Vertragserfüllung in der Regel nicht erforderlich ist. Es kann bei einer erstmaligen Bestellung nicht automatisch unterstellt werden, dass der Kunde eine dauerhafte Geschäftsbeziehung mit einer Datenspeicherung auf Vorrat eingehen wolle. Deshalb ist nach Auffassung der DSK Kunden immer auch eine Bestellung als Gast zu ermöglichen. In diesem Fall dürfen dann nur die vertraglich und gesetzlich erforderlichen Daten abgefragt werden und diese müssen dann nach Vertragserfüllung gelöscht werden, sofern sie gesetzlich nicht mehr aufzubewahren sind. Als Rechtsgrundlage kommt demnach nur eine wirksame Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a) DSGVO für die Erstellung eines Kundenkontos in Betracht. Eine Ausnahme besteht nur unter besonderen Umständen, wenn ein fortlaufendes Kundenkonto ausnahmsweise für die Vertragserfüllung erforderlich wäre, dann ist das Kundenkonto aber bei „Inaktivität automatisiert nach einer kurzen Frist“ zu löschen. Gemäß Art. 7 Abs. 4 DSGVO müsse eine Einwilligung freiwillig erfolgen. Eine Einwilligung zur Erstellung eines Kundenkontos sei aber nur freiwillig, sofern der Kunde im Online-Shop die gleichen Angebote auf gleichwertige Weise auch ohne Erstellung eines Kundenkontos (z. B. durch einen Gastzugang) beziehen könne. Dem Kunden dürfen dabei keine Nachteile entstehen, z. B. hinsichtlich des Bestellaufwands.

Verarbeitungen von personenbezogenen Daten zu Zwecken, die über die „bloße Einrichtung und Führung“ eines Kundenkontos hinausgehen, sind nicht bereits durch die Einwilligung zur Erstellung eines Kundenkontos gedeckt und bedürfen deshalb ebenfalls einer informierten Einwilligung. Dies umfasst etwa die Auswertung von Bestellhistorien zu Werbezwecken oder das Speichern von Informationen über Zahlungsmittel. In jedem Fall sind die Informationspflichten nach Art. 13 DSGVO sowie die Modalitäten nach Art. 12 DSGVO zu beachten.

Anmerkung

Die Ansicht der DSK ist in der Literatur hinsichtlich verschiedener Aspekte umstritten. So wird kritisiert, dass die DSK als mögliche Rechtsgrundlage nicht das berechnete Interesse des Online-Shop-Betreibers (z. B. Direktwerbung, Optimierung von Leistungen) nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO in Betracht ziehe (Stoklas, ZD-Aktuell 2022, 01180). Zudem ist umstritten, ob eine Einwilligung nicht doch freiwillig sein könne, auch wenn ein Kundenkonto eine Bedingung für eine Bestellung ist und ob die Erstellung eines Kundenkontos nicht Vertragsvoraussetzung bzw. Vertragsbestandteil sein könnte – dann sei die Rechtsgrundlage der Vertragserfüllung einschlägig. Es wird sogar zum Teil in Frage gestellt, ob die DSGVO derart in die Vertragsautonomie der Parteien eingreifen dürfe, da sie nicht die Vertragsinhalte, sondern nur deren Umsetzung regeln solle (Moos, DSRITB 2022, 157; Britz/Indenhuck, ZD 2023, 13).

Fazit

Obwohl der Beschluss der DSK umstritten ist, sollten Online-Shops so gestaltet sein, dass unabhängig von einer Registrierung für ein Kundenkonto die Möglichkeit besteht, als Gast zu bestellen. Die Gastbestellung sollte dabei gleichwertig, also nicht umständlicher, unsicherer oder nachteilig sein. So wird vermieden, einen Verstoß gegen die DSGVO zu begehen und damit

einhergehend ein Bußgeld zu riskieren. Soweit eine von der empfohlenen Gestaltung abweichende Handhabung vorgesehen ist, sollte dies jedenfalls nicht ohne genauere rechtliche Bewertung umgesetzt werden.

Daniela Wilmers ist angehende Wirtschaftsjuristin und unterstützt das Datenschutz-Team von BRANDI bei rechtlichen Fragestellungen, unter anderem auch zur datenschutzkonformen Gestaltung von Homepages und Online-Shops.

Eva Ritterswürden

Private Nutzung dienstlicher Kommunikationsmittel

Nicht nur in großen Unternehmen gehört es mittlerweile zum Standard, Arbeitnehmern dienstliche Kommunikationsmittel zur Verfügung zu stellen. Auch kleine und mittlere Unternehmen geben immer häufiger Smartphones oder Laptops als Arbeitsmittel an ihre Arbeitnehmer heraus. Ziel stellt dabei zumeist die Förderung der Home-Office Möglichkeiten oder auch eine bessere Erreichbarkeit der Arbeitnehmer dar, sei es intern oder für Geschäftspartner. Entscheidet sich ein Unternehmen für die Bereitstellung entsprechender Kommunikationsmittel, sollte bereits bei Ausgabe der Geräte geklärt werden, in welcher Art und Weise sowie zu welchem Zweck die Geräte genutzt werden dürfen. Regelungen können hier beispielsweise im Rahmen des Arbeitsvertrages selbst, einer Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag oder einer separaten Betriebsvereinbarung mit dem Betriebsrat erfolgen.

Im Rahmen seines Weisungsrechts steht es dem Arbeitgeber frei zu entscheiden, innerhalb welcher Grenzen die Kommunikationsmittel durch die Arbeitnehmer genutzt werden dürfen. Der Arbeitgeber hat es in der Hand, die Nutzung von dienstlichen Geräten allein auf dienstliche Zwecke zu beschränken und eine Möglichkeit der privaten Nutzung auszuschließen. Es besteht seitens des Arbeitnehmers keinerlei Anspruch auf eine private Nutzung von dienstlichen Kommunikationsmitteln. Wird hingegen im Vorfeld keine Regelung getroffen, ist im Einzelfall zu bestimmen, ob eine private Nutzung womöglich durch den Arbeitgeber geduldet wird. Da es in einem solchen Fall an einem ausdrücklichen Verbot der privaten Nutzung fehlt, wird nach Praxis der Rechtsprechung regelmäßig eine Duldung der privaten Nutzung angenommen. Wird eine private Nutzung geduldet oder sogar ausdrücklich festgelegt, gilt es auf Arbeitgeberseite erhöhte datenschutzrechtliche Anforderungen zu beachten.

Eröffnet das Unternehmen die Möglichkeit der privaten Nutzung, kann nicht ohne Weiteres auf die gespeicherten Kommunikationsdaten – sei es der E-Mail-Verkehr oder WhatsApp Nachrichten – zugegriffen werden. Das LAG Stuttgart entschied im Januar 2023, dass strenge Anforderungen an die Auswertung von dienstlichen Kommunikationsmitteln zu stellen sind (LAG Stuttgart, Ur. v. 27.01.2023 - Az. 12 Sa 56/21). Der Entscheidung lag ein Kündigungsprozess eines Arbeitnehmers zugrunde, in dem es auch um die Frage ging, inwieweit die aus der Auswertung des dienstlichen Gerätes gewonnenen Daten im Prozess eingeführt werden dürfen. Das LAG hielt die Auswertung von Nachrichten des Arbeitnehmers für einen Verstoß gegen das Datenschutzrecht, der ein Beweisverwertungsverbot im Prozess begründe. Die Verarbeitung von personenbezogenen Daten ist als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet. Eine Verarbeitung darf praktisch nur erfolgen, wenn die Verarbeitung auf einer tauglichen Rechtsgrundlage beruht. Die Auswertung von Daten auf einem

dienstlichen Kommunikationsmittel ist nach Ansicht des LAG nicht von § 26 BDSG gedeckt, wonach personenbezogene Daten von Beschäftigten zum Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet werden dürfen. Auch sei in der Rückgabe der Kommunikationsmittel durch den Arbeitnehmer keine konkludente Einwilligung zu sehen, dass private Nachrichten ausgewertet werden dürfen. Erlaubt das Unternehmen dem Arbeitnehmer die private Nutzung von Smartphones, ist im Rahmen der Auswertung von dienstlichen Geräten eine verschärfte Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen. Dabei stellte das Gericht insbesondere klar, dass eine verdachtsunabhängige Überprüfung der E-Mail- oder WhatsApp Kommunikation in der Regel nicht verdeckt erfolgen dürfe. Dem Arbeitnehmer müsse im Vorfeld einer Durchsuchung betrieblicher Kommunikationsmittel die Möglichkeit gegeben werden, private Nachrichten zu löschen oder in Ordner zu speichern, auf die kein Zugriff des Arbeitgebers erfolgt. Das LAG sprach dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf 3.000 Euro nach § 82 Abs. 1 DSGVO zu. Ein immaterieller Schaden des Arbeitnehmers sei gegeben, da besonders sensible Daten des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber ausgewertet und in den Prozess eingeführt wurden. Hätte der Arbeitgeber den Privatgebrauch kraft Weisungsrechts generell untersagt, wären Kontrollen hingegen grundsätzlich zulässig, schon allein um die Einhaltung des Verbots zu überprüfen.

Aus dieser Entscheidung wird erneut die Wichtigkeit deutlich, klare Vorgaben über die Nutzung von dienstlichen Kommunikationsmitteln aufzustellen, um von Beginn an Missverständnissen vorzubeugen. Hierbei geht es nicht darum, die private Nutzung generell zu untersagen, sondern sicherzustellen, dass im Bedarfsfall, wie bei einer rein dienstlichen Nutzung gegebenenfalls auch, die Kommunikationsmittel ausgewertet werden dürfen. Fehlende oder unzureichende Regelungen können zu Schadensersatzforderungen des Arbeitgebers aus Datenschutzverstößen führen. Weiterhin gilt es zu beachten, dass die private Nutzung von betrieblichen Kommunikationsmitteln auch Auswirkungen auf die Cybersicherheit des Unternehmens haben kann. Durch die private Nutzung erhöht sich die Angriffsfläche, wobei gleichzeitig die Überwachungsmöglichkeiten des Unternehmens wegen strenger datenschutzrechtlicher Anforderungen reduziert werden.



Eva Ritterswürden
Wissenschaftliche Mitarbeiterin
eva.ritterswuerden@brandi.net

Die Autorin berät Mandanten im Umgang mit konkreten datenschutzrechtlichen Fragen und kümmert sich um die regelmäßige Betreuung von Unternehmen im Datenschutzrecht um das Datenschutzniveau konstant zu halten bzw. zu verbessern und Datenschutzvorfällen vorzubeugen.

Rüdiger Hitz

Strafbarkeitsrisiken im Unternehmen durch die erweiterte Berichtigungspflicht des § 153 Abs. 4 AO

In Prüfungsberichten fordern Finanzämter Steuerpflichtige zuweilen auf, die rechtliche und tatsächliche Beurteilung der Prüfung in den laufenden Aufzeichnungen oder künftigen Steuererklärungen zu übernehmen und/oder abgegebene Steuererklärungen im Sinne des Prüfungsberichts zu berichtigen. Die gesetzliche Grundlage dieser Forderung und die Konsequenzen einer Nichtbefolgung (Steuerhinterziehung?) waren umstritten. Der Gesetzgeber hat diese Frage nun für Veranlagungszeiträume, für die ab dem 01. Januar 2025 eine Prüfungsanordnung ergeht, geklärt.

§ 153 AO verpflichtet den Steuerpflichtigen schon immer zur unverzüglichen Anzeige und erforderlichen Berichtigung von Steuererklärungen, wenn er nachträglich vor Ablauf der Festsetzungsverjährung erkennt, dass eine von oder für ihn abgegebene Steuererklärung fehlerhaft war. Diese Verpflichtung trifft u. a. auch die gesetzlichen Vertreter des Steuerpflichtigen.

Diese Korrekturverpflichtung durch den Steuerpflichtigen ist in Fällen von Fehlerfeststellungen durch die Betriebsprüfung für die in der Prüfungsanordnung vorgesehenen Steuerarten und Prüfungszeiträume entbehrlich, da die Außenprüfung die Berichtigung vornimmt.

Für den Zeitpunkt nach der Betriebsprüfung gilt für Veranlagungszeiträume, für die ab dem 01. Januar 2025 eine Prüfungsanordnung ergeht:

„Die Anzeige- und Berichtigungspflicht besteht ferner, wenn Prüfungsfeststellungen einer Außenprüfung unanfechtbar in einem Steuerbescheid, einem Feststellungsbescheid nach § 180 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 oder einem Teilabschlussbescheid nach § 180 Absatz 1a umgesetzt worden sind und die den Prüfungsfeststellungen zugrunde liegenden Sachverhalte auch in einer anderen vom oder für den Steuerpflichtigen abgegebenen Erklärung, die nicht Gegenstand der Außenprüfung war, zu einer Änderung der Besteuerungsgrundlagen führt.“

Beispiel:

„Im Rahmen der Außenprüfung wird die Höhe der Abschreibung oder die Pauschalrückstellung für Gewährleistungsverpflichtungen wegen fehlerhafter Berechnungsgrundlage nach unten korrigiert. Gegen die Änderungsbescheide wird kein Einspruch eingelegt. Der Steuerpflichtige hat nun unverzüglich eine Berichtigung der noch nicht festsetzungsverjährten Veranlagungszeiträume, welche nicht den Prüfungszeitraum betreffen, vorzunehmen.“

Die Anzeigepflicht dürfte wohl rein objektiv an die Bestandskraft der Änderungsbescheide nach der Außenprüfung anknüpfen. Die Anzeigepflicht beginnt mit dem Ende der Einspruchsfrist, sofern kein Einspruch eingelegt wird. Begrenzt durch den Eintritt der Festsetzungsverjährung für die nicht geprüften Veranlagungszeiträume ist diese Anzeigepflicht unverzüglich – also ohne schuldhaftes Zögern – zu erfüllen. Nach dem Gesetzeswortlaut scheint die Verpflichtung auf Dauersachverhalte beschränkt zu sein. Allerdings bleibt die zukünftige Entwicklung abzuwarten. Ob aus der Berichtigungspflicht auch eine Verpflichtung zur Ein-

reichung überarbeiteter Jahresabschlüsse folgt, bleibt ebenfalls abzuwarten. Wir würden zunächst eine Berichtigung/Offenbarung der aus den Prüfungsfeststellungen ersichtlichen Sachverhalte für ausreichend erachten.

Eine neue Geschäftsführung trifft im Anschluss an die Betriebsprüfung ebenfalls die Anzeige- und Berichtigungspflicht für unrichtige Erklärungen, die vor ihrer Amtszeit von dem vorhergehenden Geschäftsführer abgegeben worden sind (Nachforschungspflicht). Ihr droht sonst die Haftung gemäß § 71 AO.

Das Unterlassen der unverzüglichen Anpassungen der sich aus den Prüfungsfeststellungen ergebenden Folgeänderungen nach § 153 Abs. 4 AO führt damit sofort zu einer Steuerhinterziehung durch Unterlassen. Scheitert die Verpflichtung am Merkmal der Unverzüglichkeit, dann kann dieser Fehler nur noch durch eine Selbstanzeige – mit ihren wesentlich umfangreicheren Mitteilungspflichten (Vollständigkeitsgebot, weiter zurückreichender Berichtigungszeitraum usw.) und nachteiligeren Rechtsfolgen (Hinterziehungszinsen, ggf. Strafzuschlag) – strafrechtlich geheilt werden.



Rüdiger Hitz

Rechtsanwalt und Steuerberater
Fachanwalt für Steuerrecht
Fachanwalt für Strafrecht
Zertifizierter Berater für Steuerstrafrecht (DAA)
ruediger.hitz@brandi.net

Dr. Mario Bergmann, LL.M.

GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer im Fokus der DRV – trotz 50%-Anteil sozialversicherungspflichtig?

Die Prüfung des sozialversicherungsrechtlichen Status von Gesellschafter-Geschäftsführern gehört zu den Standard-Aufgaben der Deutschen Rentenversicherung (DRV). Aktuell mehren sich jedoch die Anfragen von Mandanten und Steuerberatern in diesem Bereich. Ein Grund dafür liegt sicherlich in dem seit August 2022 online gegangenen gemeinsamen Registerportal der Länder. Denn seit diesem Zeitpunkt kann Jedermann und damit besonders auch jeder Prüfer der Deutschen Rentenversicherung die wesentlichen Informationen zur Statusprüfung der Gesellschafter-Geschäftsführer mühelos aus dem elektronischen Handelsregister abrufen: den Gesellschaftsvertrag und die Gesellschafter-Liste. Dabei werden die Prüfer nach wie vor in großem Umfang fündig, denn trotz der seit 2015 begonnenen und seitdem stetig fortgesetzten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ist das Thema bei vielen Unternehmen und auch Steuerberatern noch nicht ausreichend präsent. Dies kann aber schnell zur Beitragsfalle werden, denn entsprechen die Verhältnisse nicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung, setzt die Deutsche Rentenversicherung wenigstens für die letzten 4 Jahre ganz erhebliche Sozialversicherungsbeiträge fest. Aktuell geht die

DRV sogar dazu über, zusätzlich Säumniszuschläge zu erheben und begründet dies mit einem den Unternehmen zurechenbaren Fehlverhalten der Steuerberater, wenn diese als Lohnabrechnungsstelle tätig werden und trotz der mittlerweile als bekannt vorausgesetzten Problematik keine Verbeitragung erfolgt ist. Der Ton wird somit zunehmend schärfer und es ist nur eine Frage der Zeit, bis aus dem beitragsrechtlichen auch ein strafrechtlicher Vorwurf wird, verbunden mit sämtlichen Risiken und Nebenwirkungen, die ein solches Verfahren mit sich bringt. Hinzu kommt die Brisanz, dass infolge einer aktuellen Entscheidung des Bundessozialgerichts (BSG) auch Gesellschafter-Geschäftsführer mit einem 50%igen Geschäftsanteil alarmiert sein sollten und ihren Status klären sollten.

Geschäftsführer ohne Beteiligung am Kapital der Gesellschaft (sog. Fremdgeschäftsführer) sind bis auf wenige Ausnahmen nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts sozialversicherungspflichtig abhängig beschäftigt. Dieser Status kann sich ändern, wenn der Geschäftsführer auch am Kapital der Gesellschaft beteiligt ist. Mehrheitsgesellschafter sind ohne Weiteres selbstständig tätig. Im Bereich der Minderheits-Gesellschafter-Geschäftsführer hat sich aber in den vergangenen Jahren eine umfangreiche Rechtsprechung des Bundessozialgerichts entwickelt, die es seitdem zu beachten gilt:

Wandte das BSG bis 2015 noch die sog. „Kopf-und-Seele“-Rechtsprechung auf die zu prüfenden Sachverhalte an und bezog besonders in Familien-Gesellschaften auch den Umstand ein, ob der Minderheits-Gesellschafter-Geschäftsführer rein faktisch maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft hatte, kommt es seit 2015 darauf nicht mehr an. Vielmehr muss der Minderheits-Gesellschafter-Geschäftsführer nunmehr allein aus den Regelungen des Gesellschaftsvertrags heraus dazu in der Lage sein, auf alle Unternehmensentscheidungen Einfluss nehmen und ihm nicht genehme Weisungen verhindern zu können (sog. echte Sperrminorität). Dies ist z. B. nur dann möglich, wenn die Entscheidungen der Gesellschafter-Versammlung einstimmig oder mit einer solchen Mehrheit getroffen werden, die dem Gesellschafter-Geschäftsführer ein jederzeitiges Vetorecht einräumt. Sämtlichen außerhalb des Gesellschaftsvertrags erfolgten zivilrechtlichen Absprachen (z. B. Stimmbindungsvereinbarungen etc.) hat das BSG eine Absage erteilt.

Aufhorchen ließ dann eine Entscheidung des BSG vom 1. Februar 2022, worin das BSG über einen nach nunmehr gefestigter Rechtsprechung grundsätzlich unproblematischen Fall eines Minderheits-Gesellschafter-Geschäftsführers ohne echte Sperrminorität (49%-Anteil) zu entscheiden hatte und dessen abhängige Beschäftigung bestätigte. Im Rahmen eines Nebensatzes (sog. obiter dictum) führte das BSG dann aber zusätzlich aus:

„Ob selbst eine umfassende Sperrminorität zur Annahme von Selbständigkeit noch ausreichen würde oder ob für eine „echte“ umfassende Sperrminorität zusätzlich zu fordern ist, dass dem Geschäftsführer gerade dadurch auch umfassende Handlungsmöglichkeiten vermittelt werden, kann der Senat offenlassen. Denn der Kläger verfügt bereits formal nicht über eine umfassende Sperrminorität.“

Begleitet wurde dies von einer Mitteilung des Präsidenten des Bundessozialgerichts, der nunmehr eine Abkehr vom bisherigen

Bewertungssystem erkennen wollte.

Zwar hat das BSG in Folgeentscheidungen seit 2022 diesen Hinweis nicht noch einmal erteilt und auch die DRV bewertet zumindest aktuell Fälle einer 50%-Beteiligung noch als sozialversicherungsfrei. Rechtssicherheit auch mit Blick auf eine sich ggf. doch künftig ändernde Rechtsprechung können die Unternehmen aber nur dann erreichen, wenn der sozialversicherungsrechtliche Status durch einen Bescheid ausdrücklich geregelt ist. Und genau an diesem Punkt wehren sich die Prüfungsdienste aktuell „mit Händen und Füßen“. Stellen sie eine 50%-Beteiligung fest, ergeht lediglich eine sog. Prüfmitteilung, wonach es keine Feststellungen oder Nachforderungen geben soll. Eine solche Prüfmitteilung ist nach der Rechtsprechung des BSG aber kein Verwaltungsakt, aus dem die Betroffenen einen Vertrauensschutz herleiten können. Sollte sich somit zukünftig die Rechtsprechung des BSG ändern, kann die Deutsche Rentenversicherung innerhalb der Verjährungsfristen auch in die Jahre zurückgehen, die von dieser formlosen Prüfmitteilung umfasst waren. Dann droht beitragsrechtlich ein böses Erwachen für alle Beteiligten. Häufig hilft den Betroffenen dann nur die Erhebung einer Klage, um die DRV zu einem positiv feststellenden Bescheid zu verpflichten.

Die Statusfrage der eigenen Gesellschafter sollte daher mittlerweile auf jeder To-do-Liste eines Unternehmens stehen und besonders Gesellschafter-Geschäftsführer mit aktuell noch als sozialversicherungsfrei geltendem Anteil von 50 % sollten ihren Status rechtssicher feststellen lassen.



Dr. Mario Bergmann, LL.M.
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht
Magister des Wirtschaftsstrafrechts
mario.bergmann@brandi.net

Dr. Anne-Louise Schümer

Bestimmtheitsanforderungen an Blankettgesetze im Ordnungswidrigkeitenrecht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes – Alt, aber immer noch brauchbar...

Blankettgesetze sind Gesetze, bei denen der Tatbestand durch andere Rechtsquellen bestimmt respektive vervollständigt wird. Es ist anerkannt, dass diese Verweisungen grundsätzlich zulässig sind, sie unterliegen aber dem Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG.

Im Fall der Ergänzung des Blankettgesetzes durch ein Gesetz selbst genügt die Verweisung auf die ausfüllende Vorschrift. Handelt es sich bei der Ausfüllungsvorschrift um eine Rechtsverordnung, ist eine solche Verweisung nicht per se ausreichend. Der Gesetzgeber ist vielmehr verpflichtet, die Voraussetzungen der Ahndung in dem Blankettgesetz selbst oder in einer anderen gesetzlichen Bezugsvorschrift hinreichend deutlich zu bestimmen.

Entsprechendes gilt, wenn eine Straf- oder Bußgelddrohung an die Nichtbefolgung eines Verwaltungsaktes geknüpft ist; auch in diesen Fällen muss der Gesetzgeber selbst festlegen, welches Verhalten er geahndet wissen will.

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in einem Beschluss vom 15.09.2011 - 1 BvR 519/10 (NVwZ 2012, 504) die Bestimmtheitsanforderungen für die letztgenannte Konstellation, also der Ausfüllung von Blankettgesetzen durch behördliche Entscheidungen in Form eines Verwaltungsaktes, konkretisiert. Grundlage dieser höchstrichterlichen Entscheidung war folgender Sachverhalt:

Ein Anlagenbetreiber war wegen Verstoßes gegen die Nebenbestimmung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zu einer Geldbuße verurteilt worden. Der Verstoß gegen eine solche Nebenbestimmung kann eine Ordnungswidrigkeit gem. § 62 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG darstellen.

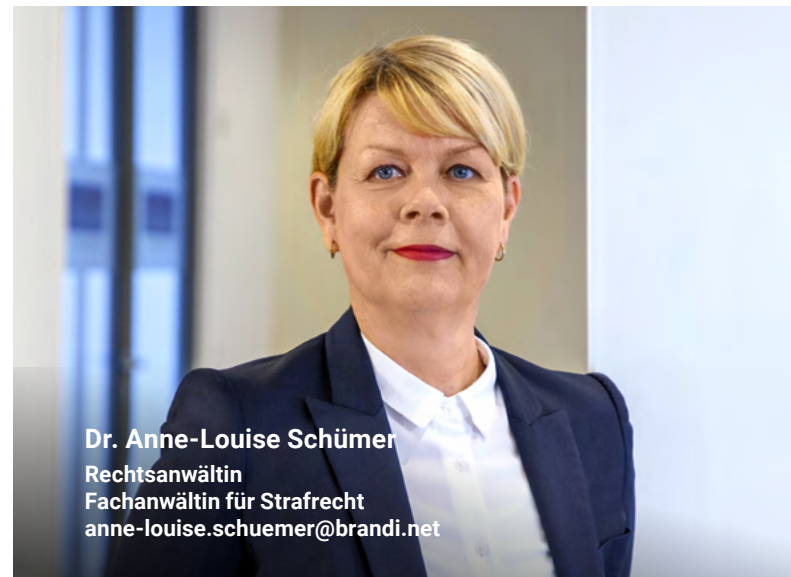
In dem zu entscheidenden Fall war der Anlagenbetreiber durch die in Frage stehende Nebenbestimmung verpflichtet worden, einige Flächen des Betriebsgeländes wasserdicht zu befestigen, wobei die Bezeichnung der Flächen lediglich allgemein und ohne weitergehende Konkretisierung erfolgte.

Das Bundesverfassungsgericht hat diese Verurteilung aufgehoben und nochmals ausdrücklich betont, dass auch die Nebenbestimmung in ihrem konkreten Regelungsinhalt hinreichend bestimmt i.S.v. Art. 103 Abs. 2 GG sein muss. Der Adressat der Nebenbestimmung müsse bereits im Vorhinein erkennen können, was bußgeldbewehrt sei. Das sei bei der vorgenannten Nebenbestimmung nicht der Fall. Die Nebenbestimmung, die Flächen seien wasserdicht zu befestigen, hätte zwar vom reinen Wortlaut her noch so verstanden werden können, dass die gesamte Fläche des Betriebsgeländes in der beschriebenen Art und Weise zu befestigen sei. Eine so umfassende Versiegelungspflicht sei allerdings erkennbar nicht Sinn und Zweck der Regelung gewesen. Infolge der Unmöglichkeit für den Anlagenbetreiber die intendierte Reichweite der Nebenbestimmung zu erkennen, könne sie daher nicht Grundlage für eine Ahndung sein.

Die Unbestimmtheit von Nebenbestimmungen ist in der Praxis häufig anzutreffen. Beispielhaft sei hier noch eine Nebenbestimmung genannt, die den Anlagenbetreiber verpflichtet hatte, „erforderliche Einsatzteile der Abluftreinigungsanlage vorrätig zu halten“. Auch einen solchen Inhalt einer Nebenbestimmung hatte das Verwaltungsgericht Arnsberg in einem Beschluss vom 10.06.2014 - 4 L 867/13 als zu unbestimmt eingestuft. Das OVG Nordrhein-Westfalen hat diese Unbestimmtheit in einem weiteren Beschluss vom 30.10.2014 - 8 B 721/14 bestätigt.

Praxishinweis

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes datiert zwar schon aus dem Jahr 2011, sie findet aber nach wie vor Beachtung. Sollten Zweifel an der Bestimmtheit von Nebenbestimmungen bestehen, kann der Rückgriff auf diese höchstrichterliche Rechtsprechung in einem Ordnungswidrigkeitenverfahren wegen des Vorwurfs des Verstoßes gegen eine Nebenbestimmung gem. § 62 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG immer hilfreich sein



Dr. Anne-Louise Schümer
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Strafrecht
anne-louise.schuemer@brandi.net

Dr. Steffen Kurth, LL.M.

Rückblick auf das gesetzliche Notvertretungsrecht für Ehegatten und dessen Bedeutung für Vorsorgevollmachten

Vor knapp einem Jahr, nämlich am 01.01.2023 ist das Gesetz zur Reform des Betreuungsrechts in Kraft getreten. Anliegen des Gesetzgebers war es, das Selbstbestimmungsrecht von Personen zu stärken, die nicht mehr geschäftsfähig sind. Aus diesem Anlass wurde zum ersten Mal ein sogenanntes Notvertretungsrecht für Ehegatten im Gesetz verankert. Danach sind nunmehr von Gesetzes wegen Ehegatten grundsätzlich berechtigt, sich gegenseitig in Angelegenheiten mit Bezug auf die Gesundheits-sorge zu vertreten. Dabei sind klassische Fragen der Gesundheits-sorge beispielsweise Entscheidungen darüber, ob eine Person ärztlich untersucht wird, ob bzw. welche Heilbehandlungen sie erhält und inwiefern ärztliche Eingriffe an ihr vorgenommen werden. Ebenfalls zum Themenkreis der Gesundheits-sorge gehören Fragen der für den Betroffenen beschränkenden Maßnahmen, wie z. B. das Anbringen von Bettgittern. Solche Angelegenheiten der Gesundheits-sorge kann nunmehr – auch ohne entsprechende Vorsorgevollmacht – grundsätzlich ein Ehegatte für den jeweils anderen Ehegatten vornehmen.

Allerdings setzt das Notvertretungsrecht zum einen voraus, dass der eine Ehegatte aufgrund Bewusstlosigkeit oder Krankheit nicht selbst in der Lage ist, seine Gesundheitsangelegenheiten zu regeln. Eine solche Unfähigkeit muss also in jedem Einzelfall zunächst festgestellt werden. Zum anderen muss der andere Ehegatte den behandelnden Ärzten versichern, dass beide Ehegatten nicht getrennt leben und der erkrankte Ehegatte keine Vorsorgevollmacht errichtet hat; an dieser Stelle besteht – jedenfalls ein theoretisches – Missbrauchspotential.

Das Risiko, dass das gesetzliche Notvertretungsrecht missbraucht wird, lässt sich dadurch minimieren, dass die betroffene Person noch im Zustand, in dem sie geistig gesund ist, eine Vorsorgevollmacht errichtet und die Vorsorgevollmacht im Zentralen Vorsorgeregister registrieren lässt. Dass eine solche Vorsorgevollmacht nebst Registrierung auch nach Inkrafttreten des gesetzlichen Notvertretungsrechts weiterhin in den meisten Fällen sinnvoll ist, ergibt auch daraus, dass das Notvertretungsrecht aus dem Gesetz sich nur auf Angelegenheiten der Gesundheits-sorge bezieht und es nicht erlaubt, den anderen Ehegatten auch in Angelegenheiten der Vermögens-sorge zu vertreten. Demgegenüber kann eine Vorsorgevollmacht so ausgestaltet werden, dass sowohl Angelegenheiten der Gesundheits-sorge als auch Vermögensangelegenheiten abgedeckt werden, sie kann also vom Umfang her weitergehen als das gesetzliche Notvertretungsrecht.

Daneben ist stets zu berücksichtigen, dass das gesetzliche Notvertretungsrecht zeitlich befristet ist. Es kann schon nach wenigen Monaten nicht mehr ausgeübt werden. Auch insofern bietet eine Vorsorgevollmacht, die der Betroffene noch im Zustand der Geschäftsfähigkeit erstellt, größere Sicherheit, da sie – außer dies ist ausnahmsweise gewollt – kein „Ablaufdatum“ hat.

Zu denken ist auch an die Fälle, in denen ein Betroffener sich nicht von seinem Ehegatten in Gesundheitsfragen vertreten lassen will, z. B. wegen fehlenden Vertrauens oder weil der andere Ehegatte sich schlicht und ergreifend nicht in der Lage sieht, über Gesundheitsfragen zu entscheiden.

Darüber hinaus hilft das gesetzliche Vertretungsrecht beispielsweise nicht in Unfallsituationen, in denen beide Ehegatten zusammen verunfallen und damit eine gegenseitige Vertretung ausgeschlossen ist. Gerade dieses Risiko lässt sich durch eine Vorsorgevollmacht vermeiden, in der auch mehrere Personen bevollmächtigt werden können.

Weiter ist zu bedenken, dass das Notvertretungsrecht ausschließlich für Ehegatten gilt, also nicht für Kinder, Geschwister, nicht verheiratete Paare und andere nahestehende Personen. Für diese Personen gilt das gesetzliche Notvertretungsrecht nicht, sie können also die erkrankte Person nicht automatisch vertreten.

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass trotz des im Gesetz neu eingeführten Notvertretungsrechts es in den allermeisten Fällen weiterhin sinnvoll sein wird, eine Vorsorgevollmacht zu errichten und diese im Zentralen Vorsorgeregister registrieren zu lassen.



Dr. Steffen Kurth, LL.M.
Rechtsanwalt und Notar mit Amtssitz in Bielefeld
Fachanwalt für Erbrecht
Fachberater für Unternehmensnachfolge (DStV e.V.)
steffen.kurth@brandi.net

Dr. Daniel Kollmeyer

Anrechnung von Zuwendungen auf den Pflichtteil

Soll sich ein Pflichtteilsberechtigter eine Zuwendung auf seinen etwaigen Pflichtteil im Falle einer späteren Enterbung anrechnen lassen, so ist grundsätzlich eine entsprechende Bestimmung spätestens zum Zeitpunkt der Zuwendung erforderlich. Die Anrechnung erfolgt, anders als häufig angenommen, nämlich gerade nicht „automatisch“. Bei der Aufnahme einer solchen Bestimmung ist im Einzelnen Folgendes zu beachten:

I. Allgemeines zur Anrechnungsbestimmung

Die Anrechnungsbestimmung muss der Form der Zuwendung entsprechen. So bedarf etwa eine Anrechnungsbestimmung in Bezug auf die Übertragung einer Immobilie ebenfalls der notariellen Beurkundung. Eine Stellvertretung und die Aufnahme von Bedingungen ist problemlos möglich. Empfehlenswert ist auf jeden Fall, eine ausdrückliche und schriftliche Regelung zu treffen, um spätere Beweisschwierigkeiten und Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden.

II. Zeitpunkt

Wichtig ist, dass die Anrechnungsbestimmung grundsätzlich vor oder spätestens zum Zeitpunkt der Zuwendung erfolgen muss. So muss diese etwa bei der Zuwendung eines Grundstücks spä-

testens zum Zeitpunkt des Grundbuchvollzuges erfolgt sein. Nur ausnahmsweise ist eine nachträgliche einseitige Anrechnungsbestimmung möglich, wenn der Schenker sich dies bei der Zuwendung vorbehalten hat oder die Voraussetzungen der Pflichtteilsentziehung vorliegen. Ansonsten ist eine spätere Bestimmung nur mit Einwilligung des Pflichtteilsberechtigten möglich. Hierbei handelt es sich dann um einen Pflichtteilsverzichtsvertrag, sodass eine notarielle Beurkundung erforderlich ist. Insbesondere kann also auch eine spätere Anrechnung nicht einseitig durch Verfügung von Todes wegen getroffen werden, weil damit das Pflichtteilsrecht der zuvor Beschenkten als bedarfsunabhängige Mindestteilhabe am dereinstigen Nachlass des Erblassers entgegen den aktuellen gesetzlichen Bestimmungen unzulässig beeinträchtigt würde.

Ist eine Anrechnungsbestimmung zum Zeitpunkt der Zuwendung nicht getroffen worden und liegt auch keiner der oben genannten Ausnahmefälle vor, so bleibt nur noch die Möglichkeit der sogenannten Flucht in die Pflichtteilsergänzung durch weitere lebzeitige Schenkung wesentlichen Vermögens an die künftigen Erben oder sonstige Dritte, um die Wirkung einer Anrechnungsbestimmung erreichen zu können.

III. Vorsicht bei der Formulierung

Bei der Formulierung der Anrechnungsbestimmung ist es besonders wichtig sorgfältig vorzugehen, da diese sorgfältig von der Ausgleichsbestimmung abzugrenzen ist. Der Anwendungsbereich dieser beiden Bestimmungen liegt zwar deckungsgleich bei Schenkungen im Rahmen vorweggenommener Erbfolge, sie haben aber unterschiedliche Voraussetzungen und Wirkungsweisen. Dementsprechend muss je nach Einzelfall entschieden werden, ob die Anrechnungsbestimmung, die Ausgleichsbestimmung oder eine kumulative Anwendung von beiden zweckdienlich ist. Bei der Formulierung der Bestimmung ist dann darauf zu achten, dass aus dieser eindeutig hervorgeht, welche der Optionen gewählt wurde.

Weiterhin ist bei der Formulierung Vorsicht geboten, um unerwünschte Nebenfolgen wie etwa eine Enterbung zu verhindern. Das OLG Brandenburg hat nämlich im August 2022 in einer umstrittenen Entscheidung ausgeführt, dass die Formulierung „im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unter Anrechnung auf den Pflichtteil des Erwerbers am künftigen Nachlass des Veräußerers“ zur Enterbung des Erwerbers führt.

IV. Besondere Konstellationen

Je nach Einzelfall müssen gegebenenfalls noch weitere Besonderheiten beachtet werden.

1. Zuwendung an Minderjährige

Bei Zuwendungen an minderjährige Kinder kann sowohl die Bestellung eines Ergänzungspflegers als auch die Einholung einer familiengerichtlichen Genehmigung erforderlich sein. Dies muss aber je nach Einzelfall gesondert geprüft werden.

2. Zuwendung an einen Abkömmling mit Gleichstellungszahlung

Besondere Vorsicht ist auch bei der Übertragung von Vermögen an ein Kind mit einer Anrechnungsbestimmung und einer Ausgleichszahlungspflicht an die übrigen Geschwister geboten. Sollten im Folgenden alle Kinder enterbt werden, führt dies bei der Berechnung des jeweiligen Pflichtteils zu einer Ungleichbehand-

lung der Geschwister, welche aber durch die Ausgleichszahlung gerade vermieden werden sollte. Eine Lösungsmöglichkeit ist ein vollständiger Pflichtteilsverzicht aller Kinder. Alternativ kann die Auszahlung an die Geschwister ebenfalls der Anrechnung unterworfen werden, indem eine Zahlungspflicht des Veräußerers begründet wird, die der Erwerber anstelle des Veräußerers zu erfüllen hat.

3. Zuwendung durch nur ein Elternteil

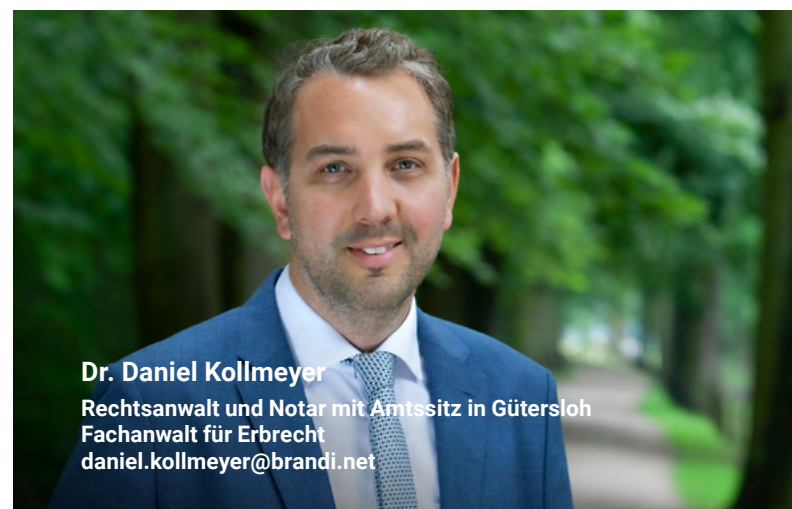
Bei der Zuwendung nur durch ein Elternteil mit einer Anrechnungsbestimmung ist zu beachten, dass diese nur für den Pflichtteil nach dem Schenker gilt. Soll die Wirkung der Anrechnungsbestimmung sich auch auf den Pflichtteil des anderen Elternteils erstrecken, muss zusätzlich ein gegenständlich beschränkter Pflichtteilsverzicht erfolgen.

4. Anrechnungsbestimmung unter Ehegatten

Bei Zuwendungen unter Ehegatten ist zusätzlich zu bestimmen, ob die Anrechnung auf den Zugewinn, auf den Pflichtteil oder teils, teils erfolgen soll. Lediglich eine Doppelanrechnung ist ausgeschlossen. Bei einer teilweisen Anrechnung auf Zugewinn und Pflichtteil ist es zudem wichtig, die Reihenfolge der Anrechnung zu bestimmen.

V. Fazit

Die Aufnahme einer Anrechnungsbestimmung bei lebzeitigen Zuwendungen ist in der Regel sinnvoll und entspricht häufig dem Willen der Schenker. Die konkrete Gestaltung und die Formulierung müssen zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten und unerwünschten Nebenfolgen im Einzelfall jedoch genau abgewogen werden.



Hartmut Sanderling

Das Familienheim als Gestaltungsmittel der Vermögensnachfolge

Das selbstgenutzte Familienheim kann steuerfrei auf den Ehepartner übertragen werden; die Steuerfreiheit wird nach § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG unabhängig vom Güterstand, also auch bei vereinbarter Gütertrennung, und unabhängig vom Wert des Objekts gewährt. Die Millionenvilla am Starnberger See wird genauso behandelt wie die 80 qm Eigentumswohnung. Der Begriff des „Familienheims“ setzt die Nutzung zu eigenen Wohnzwecken, und zwar als Mittelpunkt des familiären Lebens der Ehegatten – gegebenenfalls mit den gemeinsamen Kindern – am maßgeb-

lichen Stichtag der Zuwendung voraus. Steuerlich unschädlich ist es, wenn auch andere nahe Angehörige – z. B. die Eltern – im gemeinsamen Haushalt leben und dass sie dafür eventuell eine Miete zu zahlen haben oder ob ihnen gegebenenfalls ein dingliches Wohnrecht zusteht. Insoweit ist allein die tatsächliche Nutzung in einem gemeinsamen Hausstand entscheidend. Die Zuwendung nur eines dinglichen Wohnungsrechts, das gemäß § 1093 BGB im Grundbuch eingetragen wird, ist keine steuerbegünstigte Variante nach § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG, weil es an der notwendigen Eigentumsverschaffung als Grundlage der Nutzung fehlt. Ebenfalls nicht zu den steuerlich privilegierten Objekten zählen Grundstücke, die sich in der Bebauung mit einem „künftigen“ Familienheim befinden, da sie im Zustand der Bebauung stichtagsbezogen nicht der Mittelpunkt des familiären Lebens sein können. Objektbezogen mitbegünstigt sind aber folgende neutrale Flächen:

Nebengebäude, Garagen auf dem gleichen Grundstück, häusliche Arbeitszimmer, wenn sie von untergeordneter Bedeutung sind, unentgeltliche gewerbliche oder freiberufliche Mitbenutzung, wenn die private Nutzung zu Wohnzwecken insgesamt überwiegt.

Die Steuerbefreiung gilt auch für eine Zuwendung an den Ehegatten im Zusammenhang mit einem Familienheim, wie beispielsweise die Freistellung des anderen Ehegatten von Verbindlichkeiten, die anlässlich der Anschaffung oder der Herstellung des Familienheims begründet worden sind. Steuerbefreit ist damit auch die Anschaffung oder Herstellung durch einen Ehegatten aus Mitteln, die allein oder überwiegend vom anderen Ehegatten stammen (mittelbare Grundstückszuwendung), ebenso die Tilgung eines im Zusammenhang mit dem Kauf oder der Herstellung des Familienheims vom Erwerber-Ehegatten aufgenommenen Darlehens durch den anderen Ehegatten.

Bei der lebzeitigen Übertragung des Familienheims auf den anderen Ehegatten gibt es keinen Objektverbrauch, das heißt, es können mehrere Familienwohnheime zeitlich nacheinander – z. B. bedingt durch Umzüge – auf den anderen Ehepartner übertragen werden. Irgendwelche Behaltensfristen für den erwerbenden Ehegatten gibt es nicht; die spätere Weiterveräußerung oder eine Fremdnutzung (Vermietung) nach der privilegierten Übertragung ist steuerlich unbeachtlich.

Bei der Übertragung des Familienheims erfolgt keine Anrechnung auf den persönlichen Freibetrag in Höhe von 500.000,00 €, der nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG unter Ehegatten besteht, und auch keine Anrechnung auf den für Ehegatten bestehenden Versorgungsfreibetrag des § 17 Abs. 1 ErbStG. Diese Freibeträge bleiben also in voller Höhe für andere Zuwendungen/Erbschaftsgegenstände erhalten. Eine eventuelle spätere Scheidung der Ehegatten lässt die Befreiung unberührt.

Auch wenn das Familienheim von Todes wegen aufgrund testamentarischer Anordnungen auf den überlebenden Ehegatten übergeht, gilt die vorstehend beschriebene Steuerbefreiung, hier allerdings nur unter der Voraussetzung, dass der überlebende Ehegatte das Familienheim für die Dauer von zehn Jahren

selbst bewohnt und es solange in seinem Eigentum verbleibt. Die Steuerbefreiung entfällt nachträglich, wenn der erbende Ehegatte das Eigentum an dem Familienheim innerhalb der 10-Jahresfrist auf einen Dritten überträgt, selbst wenn der Ehegatte die Selbstnutzung zu Wohnzwecken aufgrund eines lebenslangen Nießbrauchs fortsetzt (BFH Urt. v. 11.07.2019, BStBl. II 2020, 314). Oftmals ist die Situation gegeben, dass dem überlebenden Ehepartner das Familienheim zu groß und zu aufwendig in der Unterhaltung ist und es deshalb veräußert werden soll; das aber lässt die Steuerbefreiung nachträglich entfallen. In den meisten Fällen ist deshalb die lebzeitige Übertragung des Familienheims auf den anderen Ehegatten – insbesondere bei Altersunterschieden – vorteilhafter, weil der Erwerber-Ehegatte nach dem Ableben des zuwendenden Ehegatten die größere Flexibilität hat. Der übertragende Ehegatte kann sich im Übertragungsvertrag Rückforderungsrechte vorbehalten und zu deren Sicherung eine Rückauflassungsvormerkung im Grundbuch eintragen lassen. Eine solche Gestaltung verhindert nicht die Einordnung als „vollzogene freigiebige Zuwendung“ mit der Folge, dass die Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG erhalten bleibt. Dem steht auch nicht eine im Übertragungsvertrag enthaltene unwiderrufliche Vollmacht an den übertragenden Ehegatten mit Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB und über den Tod des Empfängers hinaus entgegen, das Familienheim auf sich zurück übertragen zu können.

Fazit:

Die lebzeitige Übertragung des Familienheims auf den anderen Ehegatten ist deutlich vorteilhafter gegenüber der testamentarischen Nachfolgeregelung. Die Steuerfreiheit der Vermögensübertragung ist mit dem Vollzug der lebzeitigen Übertragung erreicht und kann nachträglich nicht entfallen, insbesondere ist der Empfänger-Ehegatte namentlich nach dem Tod des zuwendenden Ehepartners nicht an eine fortgesetzte Nutzung oder eine Veräußerungsbeschränkung gebunden. Die Interessen des zuwendenden Ehegatten können durch Rückforderungsrechte, abgesichert durch eine im Grundbuch einzutragende Rückauflassungsvormerkung mit einer unwiderruflichen Vollmacht zur Durchführung der Rückübertragung, gesichert werden.



Hartmut Sandering
Rechtsanwalt und Notar mit Amtssitz in Gütersloh
Fachanwalt für Steuerrecht
Fachanwalt für Erbrecht
hartmut.sandering@brandi.net

DR. DANIEL KOLLMMEYER PRIVAT

WARUM BRANDI?

Ich war schon vor 8 Jahren als Referendar bei BRANDI und hatte davor noch den Wunsch in die Justiz zu gehen. Das hat sich in meiner Anwaltsstation grundlegend gewandelt und ich habe anschließend direkt als Anwalt in unserem Gütersloher Büro angefangen. Heute bin ich sehr froh darüber, diese Entscheidung getroffen zu haben. Bei BRANDI konnte ich mich in einem Umfeld von fachlich herausragenden Kollegen von Beginn an meinen Interessen entsprechend spezialisieren. Heute habe ich das Glück bei BRANDI anwaltlich ausschließlich im Erbrecht und im Übrigen als Notar mit dem Amtssitz in Gütersloh tätig sein zu können.

WAS TREIBT MICH AN?

An der freiberuflichen Tätigkeit reizt mich besonders die damit verbundene Unabhängigkeit und Flexibilität. Meine besondere Leidenschaft liegt darin, die in der Beratungspraxis gewonnenen Erfahrungen und Erkenntnisse auch im Rahmen von Veröffentlichungen und universitären Lehraufträgen weiterzugeben und weiterzuentwickeln. Bei BRANDI lässt sich der Anwalts- und Notarberuf somit auch ideal mit Wissenschaft und Lehre verbinden. Gleichzeitig ist damit gewährleistet, dass unsere Beratung stets auf einem hohen Niveau bleibt.

AUSSER DEM JOB GIBT ES NOCH?

Insbesondere meine Familie, also meine Frau, unsere zwei Kinder (4 und 7 Jahre) sowie unseren Hund, mit denen ich so viel Zeit wie möglich verbringe. Dabei unternehmen wir besonders gern gemeinsame Ausflüge und Reisen. Zuletzt ist uns allen ein Tag Anfang November im Phantasialand in besonders guter Erinnerung geblieben.

HIGHLIGHTS AUS MEINER HEIMAT?

OWL ist ein starker Wirtschaftsstandort mit vielen hervorragenden kleinen und mittelständischen Unternehmen. Gleichzeitig bietet die Region aber auch viele dörfliche und ländliche Strukturen, die Ruhe und Erholung vom Alltag versprechen. Das Highlight aus der Heimat ist für mich also eher das Gesamtpaket. Für mich ist unsere Heimat ein ideales Umfeld Beruf und Familie miteinander zu vereinbaren.



Dr. Daniel Kollmeyer

Rechtsanwalt und Notar mit Amtssitz in Gütersloh
Fachanwalt für Erbrecht
daniel.kollmeyer@brandi.net

