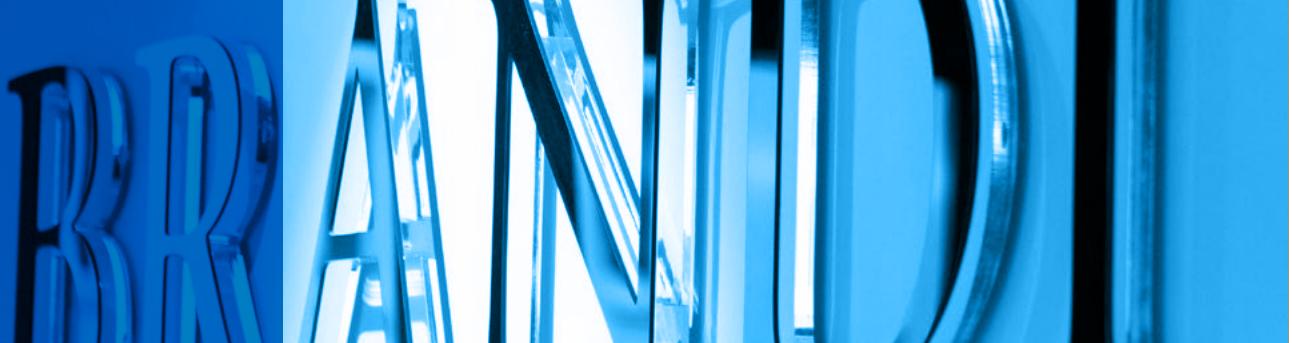


# BRANDI

RECHTSANWÄLTE

Juli 2020



Liebe Leser\*innen,

wir möchten Sie mit unseren Beiträgen auch in diesen schwierigen Zeiten weiterhin über aktuelle Themen und Entwicklungen informieren.

Unsere Kompetenzgruppe „Arbeitsrecht“ berichtet z. B. darüber, warum ein einzelnes Wort schon ausreichen kann, um Ausschlussfristen unwirksam werden zu lassen. Neben weiteren interessanten Themen erfahren Sie aus französischer Sicht, ob sich Arbeitgeber bei COVID19 auf höhere Gewalt berufen können.

Über den Plan einer Kehrtwende der Verjährung bei Scheinselbstständigkeit, dem Rat zur Prüfung Ihrer Homepage auf den Einsatz von Cookies oder warum die Uhr zur Prüfung Ihres Compliance-Managementsystems läuft, informiert Sie neben vielen anderen Beiträgen unsere Compliance-Kompetenzgruppe.

Was „ellenlange“ Etiketten an Jeans mit Kennzeichnungs- und Meldepflicht zu tun haben, welche Aspekte vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie von Start-Up Unternehmern und Geldgebern zu beachten sind und vieles mehr hat die Kolleg\*innen unserer M&A-Kompetenzgruppe beschäftigt.

Warum Vorsicht bei der Gestaltung von „Honorararztverträgen“ geboten ist, erläutert der Bericht aus dem Kompetenzbereich Medizinrecht.

Außerdem freuen wir uns, Ihnen unsere neuen Kolleg\*innen Frau Dr. Laura Schulte und Herrn Christian Rödding sowie unsere Wissenschaftlichen Mitarbeiter\*innen Frau Christina Prowald und Herrn Hendrik Verst vorstellen zu können. Wir wünschen Ihnen eine erholsame Sommerzeit.

Herzlichst  
Ihr BRANDI Team

### Neues aus dem BRANDI Team

Frau Dr. Laura Schulte unterstützt das BRANDI Team in Bielefeld seit April 2020 im Datenschutz- und IT-Recht sowie dem Recht des Gewerblichen Rechtsschutzes als Rechtsanwältin.



Nach dem Studium an der Universität Bielefeld, Promotion an der Universität Bielefeld inklusive eines Forschungsaufenthalts an der Queen Mary School of Law (London), absolvierte sie ihr Referendariat am Oberlandesgericht Hamm mit Stationen u. a. in Bonn bei dem Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik.



Christian Rödding unterstützt seit März 2020 das BRANDI Team in den Bereichen Allgemeines Zivilrecht und Arbeitsrecht am Standort Detmold.

Herr Rödding hat an der Martin-Luther Universität Halle-Wittenberg und der Comenius-Universität Bratislava studiert. Das Referendariat absolvierte er am Oberlandesgericht Hamm.

Hendrik Verst verstärkt seit Dezember 2019 das BRANDI Team in Bielefeld als wissenschaftlicher Mitarbeiter im Bereich Datenschutz und IT-Recht.



Er studierte Rechtswissenschaft an der Universität Bielefeld und absolvierte 2019 sein Erstes Staatsexamen.



Christina Prowald gehört seit Dezember 2019 als wissenschaftliche Mitarbeiterin zum BRANDI Team in Bielefeld im Bereich Datenschutz und IT-Recht.

Sie studierte Rechtswissenschaft an der Universität Bielefeld, absolvierte 2019 ihr Erstes Staatsexamen und war als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Römisches Recht bei Prof. Dr. Ingo Reichardt tätig.

Inhalt	Seite
<b>Arbeitsrecht</b>	4
Dr. Sören Kramer	
<b>Rückzahlungspflicht von Scheinselbstständigen</b>	4
Dr. Andrea Pirscher	
<b>Manchmal reicht schon ein falsches Wort – Neues vom BAG zu Ausschlussfristen</b>	4
Bernd Kaufhold	
<b>Schmähkritik als Kündigungsgrund</b>	5
Denise Runge	
<b>Verfall von Urlaubsansprüchen – keine Hinweisobliegenheiten bei Dauererkrankungen</b>	6
Björn Mai	
<b>Weiteres Update zum Vorbeschäftigteverbot bei Befristungen</b>	7
Dr. Tobias Schmitt	
<b>Arbeitsunfähigkeit: keine Entgeltfortzahlung trotz Erstbescheinigung</b>	9
Dr. Sandra Vyas	
<b>Zusätzliche Pflichten öffentlicher Arbeitgeber bei Bewerbungen schwerbehinderter Menschen</b>	9
Uwe Augustin/Anne-Sophie Bonhomme	
<b>COVID19: Kann sich der Arbeitgeber auf höhere Gewalt berufen?</b>	10
<b>Compliance</b>	12
Dr. Mario Bergmann	
<b>Scheinselbstständigkeit: BGH plant Kehrtwende bei der Frage der Verjährung</b>	12
Christopher Jones	
<b>Das Wettbewerbsregister</b>	12
Dr. Sebastian Meyer	
<b>Neue Vorgaben für die Nutzung von Cookies</b>	13
Dr. Christoph Rempe	
<b>Krisenkommunikation aus äußerungsrechtlicher Sicht</b>	14
Hubert Salmen	
<b>Entwurf des Verbandssanktionengesetzes – „die Uhr läuft“</b>	15
Ulrich Vorspel-Rüter	
<b>Zur Reduzierung von Haftungsrisiken bei Unternehmensverkäufen über eine Warranty&amp;Indemnity-Versicherung</b>	17
<b>Gesellschaftsrecht/M&amp;A</b>	18
Dr. Carsten Christophery	
<b>M&amp;A post-Corona</b>	18
<b>Start-Up post-Corona</b>	19
Daniela Deifuß-Kruse	
<b>Alles nur Verwaltungskram? Registrierungs-, Kennzeichnungs- und Meldepflichten für Hersteller und Inverkehrbringer</b>	20
Dr. Sven Hasenstab	
<b>Schiedsklauseln in der Insolvenz</b>	22
Hubert Salmen	
<b>Was ist bei der Vorbereitung von Gesellschafterversammlungen zu beachten?</b>	22
Ute Lienenlüke/Dr. Paul Czaplinski	
<b>Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang – § 2 COVInsAG und die Auswirkungen auf die Haftung des GmbH-Geschäftsführers nach § 64 S. 1 GmbHG</b>	25
Dr. Björn Schulz	
<b>Auswirkungen der Corona-Krise auf das Vereins- und Stiftungsrecht</b>	26
<b>Medizinrecht</b>	27
Miriam L. Germer	
<b>Ärztliche Vertretung für ein MVZ ist sozialversicherungspflichtig</b>	27
<b>Autoren</b>	28

## Arbeitsrecht

Dr. Sören Kramer

### Rückzahlungspflicht von Scheinselbstständigen

Wir haben in den vergangenen Ausgaben dieses Mandantenrundbriefes wiederholt zu den teilweise komplexen Fragen der Abgrenzung von Arbeitnehmern bzw. Beschäftigten und freien Mitarbeitern berichtet (vgl. zuletzt Rundbrief Dezember 2019 zur Bedeutung des Rahmenvertrages, dort Seite 11, und zur Sozialversicherungspflicht von Honorarärzten, dort Seite 16).

Wir haben hierbei nicht nur die teilweise komplizierten Abgrenzungsfragen erörtert, sondern immer wieder auch auf die einschneidenden Rechtsfolgen der Scheinselbstständigkeit hingewiesen: Der nur scheinbar Selbstständige genießt in vollem Umfang arbeitsrechtlichen Schutz, was sich insbesondere im Falle der Beendigung des Vertragsverhältnisses als böse Überraschung herausstellen kann. Der Auftrag- bzw. Arbeitgeber haftet für nicht geleistete Sozialversicherungsabgaben (einschließlich teurer Säumniszuschläge) ebenso wie für die nicht abgeführt Lohnsteuer. Im Übrigen droht regelmäßig ein Ermittlungsverfahren wegen Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen und Steuerhinterziehung.

Mit einem Urteil aus dem Jahre 2019 hat der 5. Senat des Bundesarbeitsgerichtes die Rechtsfolgen einer gescheiterten freien Mitarbeit um eine neue für den vermeintlich freien Mitarbeiter sehr unangenehme Komponente bereichert:

Steht etwa am Ende eines Kündigungsschutzprozesses oder eines sozialversicherungsrechtlichen Statusverfahrens fest, dass der vermeintlich freie Mitarbeiter tatsächlich ein sozialversicherungspflichtig beschäftigter Arbeitnehmer war, kann der vermeintliche Auftraggeber die an den Mitarbeiter gezahlte Vergütung einschließlich geleisteter Umsatzsteuer erstattet verlangen. Er muss sich allerdings dasjenige anrechnen lassen, was er im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als Lohn bzw. Gehalt hätte leisten müssen. Typischerweise ist das Honorar für den freien Mitarbeiter höher als die Vergütung, die ein Arbeitnehmer für dieselbe bzw. eine ähnliche Tätigkeit erhalten würde. Der freie Mitarbeiter genießt gerade keinen arbeitsrechtlichen Schutz und muss daher mit kurzfristiger Vertragsbeendigung rechnen. Darüber hinaus ist er für seine soziale Vorsorge selber verantwortlich.

Maßstab für die anrechenbaren Aufwendungen, die der gescheiterte freie Mitarbeiter dem Auftraggeber entgegenhalten kann, ist die branchenübliche Vergütung für einen sozialversicherungspflichtig angestellten Arbeitnehmer.

Der Rückforderungsanspruch des gescheiterten Auftraggebers ist nur durch die allgemeinen Verjährungsgrenzen von drei Jahren beschränkt. Die Verjährung beginnt in dem Augenblick, in dem der Auftraggeber die Überzahlung feststellen kann, also im Zweifel erst mit rechtskräftigem Abschluss des Kündigungsschutz- bzw. Statusverfahrens.

Wenn also der übliche Bruttoarbeitslohn für die erbrachte Leistung inklusive Arbeitgeberanteil zur Sozialversicherung die Summe des im selben Zeitraum ausgezahlten Honorars übersteigt, sieht sich der gescheiterte freie Mitarbeiter einem Rückzahlungsanspruch ausgesetzt. In dem vom BAG entschiedenen Fall wurde der beklagte IT-Administrator in letzter Instanz zur Rückzahlung von mehr als 100.000 EUR verurteilt!

Ungeachtet der unangenehmen finanziellen Konsequenzen für den Arbeitnehmer führt die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes dazu, dass die Verantwortung für die Voraussetzungen einer echten Selbstständigkeit nicht mehr nur auf den Schultern des Auftraggebers lastet. Auch der freie Mitarbeiter bzw. Auftragnehmer muss mit finanziellen Konsequenzen rechnen, wenn tatsächlich Scheinselbstständigkeit vorliegt. Beide Vertragspartner sind also aufgerufen, sowohl bei der Vertragsgestaltung als auch bei der tatsächlichen Durchführung des Vertrages größte Aufmerksamkeit walten zu lassen.

Dr. Andrea Pirscher

### Manchmal reicht schon ein falsches Wort – Neues vom BAG zu Ausschlussfristen

Seit vielen Jahren befassen sich die Arbeitsgerichte immer wieder mit der Wirksamkeit von Ausschlussfristen. Grund dafür sind teilweise gesetzliche Änderungen (z. B. die Einführung des Mindestlohngesetzes oder Änderungen im BGB zur Textform von Anzeigen und Erklärungen). Aber auch die Frage, ob eine Klausel in einem Arbeitsvertrag für den Arbeitnehmer transparent ist, ist immer wieder Gegenstand von arbeitsgerichtlichen Urteilen.

Das Bundesarbeitsgericht musste sich am 3. Dezember 2019 mit einer Klausel aus dem Jahr 2007 befassen, in der es hieß:

*„Alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und solche, die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen, verfallen, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten nach Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich geltend gemacht werden.“*

*Lehnt die Gegenseite den Anspruch ab, oder erklärt sie sich nicht innerhalb von zwei Wochen nach Geltendmachung des Anspruchs **dagegen**, so verfällt dieser, wenn er nicht innerhalb von drei Monaten nach der Ablehnung oder dem Fristablauf gerichtlich geltend gemacht wird. (...)"*

Das BAG entschied: Der zweite Absatz suggeriere dem Arbeitnehmer, dass er den Anspruch ausnahmslos innerhalb der Ausschlussfrist gerichtlich geltend machen müsse, sogar dann, wenn der Arbeitgeber zugesagt habe, den Anspruch zu erfüllen. Die Klausel sei irreführend und geeignet, den Arbeitnehmer davon abzuhalten, sich auf seine Rechte zu berufen. Damit sei sie intransparent und unwirksam.

Hätte das Bundesarbeitsgericht nicht einfach die zweite Alternative des zweiten Absatzes streichen können, um die Klausel „zu retten“? Das kam nicht in Betracht, weil es sich um eine einheitliche Regelung handelt, die inhaltlich nicht teilbar ist. Die erste Alternative des zweiten Absatzes wäre zwar allein aus sich heraus noch verständlich. Der Anwendungsbereich würde aber in zeitlicher Hinsicht erweitert: Es würde sich auch auf die Fälle erstrecken, in denen der Anspruch nicht innerhalb von zwei Wochen, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt abgelehnt wird.

Hätte der Arbeitgeber „erklärt sich nicht“ formuliert, also das Wort „dagegen“ einfach weggelassen, hätten sich diese Schwierigkeiten nicht ergeben. Eine Streichung nur des Worts „dagegen“ durch das BAG kam aber auch nicht in Betracht, weil eine sog. geltungserhaltende Reduktion im System der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, unter die auch Arbeitsverträge fallen, nicht vorgesehen sei.

Das BAG formuliert es kurz und prägnant: Der Arbeitgeber hatte es als Verwender der Klausel selbst in der Hand, eine transparente Ausschlussfristenregelung zu formulieren.

Wäre die Klausel im Jahre 2017 statt im Jahre 2007 vereinbart worden, wäre sie aus einem weiteren Grund unwirksam gewesen: Seit Oktober 2016 dürfen Ausschlussfristen nur noch die Geltendmachung in Textform, aber nicht mehr in Schriftform verlangen. Da es sich aber um einen Altvertrag handelte, musste sich das Bundesarbeitsgericht damit nicht befassen.

In dem BAG-Urteil ging es um 1.700,00 € Spesen. Die Anwalts- und Gerichtskosten beliefen sich auf fast 4.000,00 € (einschließlich Mehrwertsteuer).

Die finanzielle Dimension einer unwirksamen Ausschlussfristenregelung mag folgendes vereinfachtes Beispiel beleuchten: Der Arbeitnehmer begeht Überstundenvergütung von 20 Stunden pro Monat für 45 Monate. Es spielt dann eine entscheidende Rolle, ob nur 60 Stunden für drei Monate bei wirksamer Ausschlussfrist zu vergüten sind oder gar 900 Stunden im Rahmen der gesetzlichen Verjährungsfristen. Schon bei einem Brutto-Stundenentgelt von 15,00 € macht das einen Unterschied von über 12.000 € brutto aus.

Die dreijährige gesetzliche Verjährungsfrist beginnt übrigens erst mit Ablauf des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist.

Auf die Unwirksamkeit einer intransparenten Klausel kann sich nur der Arbeitnehmer berufen. Der Arbeitgeber als Verwender der Klausel ist an seine Regelung gebunden.

Bei Abschluss von Arbeits- oder Änderungsverträgen sollte immer darauf geachtet werden, dass wirksame Ausschlussfristenklauseln verwendet werden.

Bernd Kaufhold

## Schmähkritik als Kündigungsgrund

Die Sprache verroht. Diese trübe Erkenntnis gilt nicht nur für die Politik und die sozialen Medien, auch das Klima vieler Betriebe wird durch die Wortwahl in Auseinandersetzungen beeinträchtigt. Der Arbeitgeber muss wachsam sein. Entgleisungen sind arbeitsrechtlich durch Abmahnung oder Kündigung zu ahnden. Aber wo verlaufen die Grenzen zwischen unzulässiger Schmähkritik und der grundrechtlich geschützten Meinungsäußerung? Das BAG hatte in einer neuen Entscheidung vom 05.12.2019 die Gelegenheit, die Spielregeln noch einmal grundsätzlich darzustellen.

### Der Sachverhalt

Die Parteien stritten im Wesentlichen um die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers.

Die Klägerin war bei der Beklagten als kaufmännische Angestellte beschäftigt. Im Verlauf des Arbeitsverhältnisses sah sie sich durch ihre Vorgesetzten wegen ihres Geschlechts und ihrer afghanischen Herkunft diskriminiert. In einer E-Mail an die Beklagte gab die Klägerin an, seit einigen Jahren würden „Guerilla-Aktionen“ gegen sie geführt, sie habe eine „himmelschreiende Ausländer- und Frauenfeindlichkeit“ vorgefunden. Sie würde es als unfair erachten, wenn der Vorstandsvorsitzende davon aus der amerikanischen Presse oder der „Oprah-Winfrey-Show“ erfuhr. Bei ihrem „Chef“ handele es sich um einen „unterbelichteten Frauen- und Ausländerhasser“. Mit einer weiteren E-Mail setzte die Klägerin ihre seelischen Leiden mit den der verfolgten Juden und die Situation in dem Unternehmen mit dem Film „der Pate“ gleich. Schließlich wandte sie sich unter dem Betreff „Lebenswerk der unfähigen Führungskräfte“ an ihren unmittelbaren Vorgesetzten. Sie hielt ihm Mobbing, Bossing, unberechtigte Kritik sowie unsachliche und leere Bemerkungen vor, ferner, dass er seine Position nur inne habe, um einer intellektuellen Frau das Leben zur Hölle zu machen. Die Klägerin versandte die E-Mail an weitere zwölf Mitarbeiter der Beklagten.



Die Beklagte wies die Klägerin darauf hin, dass ihre Äußerungen durch ihr Beschwerderecht und das Recht zur freien Meinungsäußerung nicht mehr gedeckt seien. Die Beklagte forderte die Klägerin auf, insbesondere die Anspielungen auf die Zeit des Nationalsozialismus zurückzunehmen und sich bei den betroffenen Personen zu entschuldigen, anderenfalls drohten arbeitsrechtliche Maßnahmen bis hin zur Kündigung. Die Klägerin relativierte nachfolgend einzelne Aussagen, entschuldigte sich aber nicht. Die Beklagte kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis ordentlich. Das LAG löste das Arbeitsverhältnis zunächst gegen Abfindung auf, wies die Klage dann nach erfolgter Revision ab.

### **Die Entscheidung**

Das BAG hob das Urteil des LAG auf und verwies den Rechtsstreit erneut an das LAG zurück. Mit der gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht die Kündigung der Beklagten nicht als sozial gerechtfertigt ansehen.

Auch das BAG hielt die Ankündigung der Klägerin, die amerikanische Presse einzuschalten, falls ihre Arbeitsumstände unverändert blieben, für eine widerrechtliche Drohung. Auf diesen Aspekt hatte das LAG seine Entscheidung aber nicht gestützt. Das LAG wertete vielmehr die Äußerungen ggü. ihrem Vorgesetzten rechtsfehlerhaft als Schmähkritik bzw. als unwahre Tatsachenbehauptungen. Aufgrund dieser unzutreffenden Wertung unterließ das LAG die erforderliche Güterabwägung unter Berücksichtigung des grundrechtlich geschützten Rechts der Klägerin auf freie Meinungsäußerung.

Das BAG hielt die Kritik der Klägerin für (teils maßlos) überzogen, ausfällig und ungehörig, wertete die Äußerungen der Klägerin aber als Meinungen. Der Klägerin sei es nicht entscheidend um die Diffamierung ihres Vorgesetzten gegangen, sondern um die Thematisierung und Wertung der von ihr behaupteten Geschehnisse. Das gelte auch für ihre Vergleiche mit dem Leid der Juden und dem Film „Der Pate“. Mit diesen Vergleichen habe sie das als demütigend empfundene Verhalten ihres Vorgesetzten bewertet. Solche Werturteile seien auch im Arbeitsverhältnis unter dem Gesichtspunkt der Meinungsfreiheit geschützt. Vom Grundrecht der Meinungsfreiheit umfasste Äußerungen verlören den sich daraus ergebenden Schutz selbst dann nicht, wenn sie scharf oder überzogen geäußert würden.

Für die Bewertung des BAG war insbesondere entscheidend, dass der betreffende Vorgesetzte nicht vollkommen schuldlos an der Eskalation war. Auch dieser war verschiedentlich sprachlich entgleist (u. a. hatte er die Klägerin als „Walross“ bezeichnet und geäußert „Ihr Araber seid alle gleich“).

### **Fazit**

Das BAG stellt ausdrücklich klar, dass widerrechtliche Drohungen und grobe Beleidigungen des Arbeitgebers oder dessen Vertreter eine Kündigung auch ohne Abmahnung rechtfertigen können.

Zwar dürfen Arbeitnehmer – auch unternehmensöffentlich – Kritik am Arbeitgeber, ihren Vorgesetzten und den betrieblichen Verhältnissen üben und sich dabei auch überspitzt äußern. In grobem Maße unsachliche Angriffe, die zur Untergrabung der Position eines Vorgesetzten führen können, muss der Arbeitgeber aber nicht hinnehmen. Schmähkritik oder unwahre Tatsachenbehauptungen seien gerade nicht durch das Recht der freien Meinungsäußerung gedeckt.

Eine Schmähung ist eine Äußerung – unter Berücksichtigung von Anlass und Kontext – jedoch nur dann, wenn jenseits auch polemischer und überspitzter Kritik nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern allein die Diffamierung der Person im Vordergrund steht. Wesentliches Merkmal der Schmähung ist eine, das sachliche Anliegen völlig in den Hintergrund drängende, persönliche Kränkung.

Auch wenn Äußerungen eines Arbeitnehmers als Meinung geschützt sind, bleibt eine Kündigung des Arbeitgebers aus diesem Anlass durchaus möglich. Schließlich ist auch die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des Arbeitgebers grundrechtlich geschützt. Diese kann durch geschäftsschädigende Äußerungen des Arbeitnehmers verletzt sein. Der Arbeitgeber wird allerdings darlegen und beweisen müssen, dass das den Arbeitnehmer treffende Gebot zur Rücksichtnahme in der konkreten Situation seinem Recht auf freie Meinungsäußerung vorging. Dies kann nur gelingen, wenn der Äußerung des Arbeitnehmers keine Provokationen auf Seiten des Arbeitgebers oder dessen Vertreter vorausgegangen sind, oder wenn durch die Äußerungen des Arbeitnehmers erhebliche betriebliche Beeinträchtigungen entstanden sind.

Denise Runge

### **Verfall von Urlaubsansprüchen – keine Hinweisobligationen bei Dauererkrankungen**

Im November 2018 entschied der EuGH in zwei Fällen, dass Arbeitnehmer den europarechtlich vorgeschriebenen Mindesturlaubsanspruch von vier Wochen jährlich, den diese zum Ende eines Kalenderjahres (bzw. zum Ende des Übertragungszeitraums) nicht genommen haben, nicht automatisch verlieren, wenn sie beim Arbeitgeber keinen Urlaub beantragt haben. Das Bundesarbeitsgericht hat im Februar 2019 seine bisherige Rechtsprechung zur Übertragung von Urlaubsansprüchen grundlegend geändert und an die Entscheidungen des EuGH angepasst. Der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers erlischt demnach in der Regel nur dann am Ende des Kalenderjahres oder eines zulässigen Übertragungszeitraums, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor konkret aufgefordert hat, den Urlaub zu nehmen und ihn klar und rechtzeitig darauf hingewiesen hat, dass der Urlaub anderenfalls mit Ablauf des Urlaubsjahres oder Übertragungszeitraums erlischt (BAG, Urteil vom 19 Februar 2019 - 9 AZR 541/15).

Das LAG Rheinland-Pfalz hat sich in seiner Entscheidung vom 15. Januar 2020 nun mit der Frage befasst, ob den Arbeitgeber diese Mitwirkungsobligation auch hinsichtlich der Urlaubsansprüche von langzeiterkrankten Arbeitnehmern trifft (LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 15. Januar 2020 - 7 Sa 284/19).

Sachverhalt: Die Parteien stritten über Urlaubsabgeltungsansprüche für das Jahr 2016. Der klagende Arbeitnehmer begehrte von der beklagten Arbeitgeberin Abgeltung für insgesamt 30 Urlaubstage aus dem Jahre 2016. Der Kläger war seit dem 18. Januar 2016 durchgehend arbeitsunfähig erkrankt. Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien endete aufgrund eines Auflösungsvertrags mit Ablauf des 28. Februar 2019. Der Auflösungsvertrag sah für die Jahre 2017 – 2019 eine Urlaubsabgeltung vor. Der Resturlaub aus dem Jahre 2016 war zwischen den Parteien jedoch streitig. Einen Hinweis über einen etwaigen Verfall seines Urlaubs erteilte die Beklagte dem Kläger nicht.

Die Beklagte vertrat im Prozess die Auffassung, dass der Urlaubsanspruch des Klägers für das Jahr 2016 bereits verfallen sei. Der Kläger hingegen war der Ansicht, dass die Beklagte ihn auf den Verfall seines Urlaubsanspruchs für das Jahr 2016 hätte hinweisen müssen. Die Frage, ob er während des Bezugszeitraums vollumfänglich arbeitsunfähig gewesen sei oder nicht, habe nichts mit der Obliegenheit der Beklagten zu tun, auf die Gefahr des Verfalls des Urlaubs bzw. dessen Inanspruchnahme hinzuweisen.

Die Entscheidung: Nach Auffassung des LAG Rheinland-Pfalz ist der Resturlaubsanspruch aus dem Jahr 2016 verfallen. Das LAG sah keine Mitwirkungsobliegenheit des Arbeitgebers: Zwar treffe den Arbeitgeber bei der Verwirklichung des Urlaubsanspruchs gem. § 7 Abs. 1 S. 1 BURLG grundsätzlich die Initiativlast. Nur dann, wenn der Arbeitgeber seine Mitwirkungsobliegenheiten hinsichtlich der Inanspruchnahme des Urlaubs ordnungsgemäß erfüllt habe, könne das urlaubsrechtliche Fristenregime eingreifen. Zweck dieser Mitwirkungsobliegenheit sei es zu verhindern, dass ein Arbeitnehmer seinen Urlaub nicht wahrnehme, weil der Arbeitgeber ihn dazu nicht in die Lage versetzt habe. Im Fall des langandauernd erkrankten Arbeitnehmers könne der Arbeitgeber aufgrund der Arbeitsunfähigkeit jedoch keinen Urlaub gewähren. Der vom BURLG bezweckte Gesundheitsschutz durch die tatsächliche Inanspruchnahme des Urlaubs könne bei langandauernd erkrankten Arbeitnehmern nicht dadurch gefördert werden, dass der Arbeitgeber seinen Mitwirkungsobliegenheiten ordnungsgemäß nachkomme. Darüber hinaus sei der Arbeitgeber während der andauernden Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers ohnehin schon nicht in der Lage, einen zutreffenden konkreten Hinweis über den Verfall des Urlaubsanspruchs zu erteilen. Ein solcher „konkreter“ Hinweis sei erst dann möglich, wenn der Arbeitgeber Kenntnis davon habe, wann der Arbeitnehmer seine Arbeitsfähigkeit wiedererlange.

Das LAG Rheinland-Pfalz folgt damit im Ergebnis der Entscheidung des LAG Hamm vom 24. Juli 2019 (5 Sa 676/19), der ein vergleichbarer Sachverhalt zugrunde lag. Anders als das LAG Hamm hat das LAG Rheinland-Pfalz die Revision zum BAG zugelassen.

Hinweise für die Praxis: Das BAG muss nun entscheiden, ob auch gegenüber langzeiterkrankten Arbeitnehmern ein Hinweis des Arbeitgebers über den Verfall ihres Urlaubs erforderlich ist. Die Feststellung der beiden Landesarbeitsgerichte überzeugt jedoch: Zum einen ist es dem Arbeitgeber während der andauernden Arbeitsunfähigkeit schon nicht möglich, den Arbeitnehmer „konkret“ und in „völliger Transparenz“ – wie von der Rechtsprechung gefordert – über den Verfall seines Urlaubs zu informieren, da der Arbeitgeber im Zeitpunkt seiner Belehrung noch nicht absehen kann, ob der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers tatsächlich verfallen wird oder bis zu 15 Monate nach Ende des Urlaubsjahres fortbesteht. Zum anderen hat der Arbeitgeber schon nicht die Möglichkeit, den erkrankten Arbeitnehmer in die Lage zu versetzen, seinen Urlaub tatsächlich zu nehmen. Bis das BAG die Frage der Mitwirkungsobliegenheit des Arbeitgebers bei lang andauernd erkrankten Arbeitnehmern geklärt hat, sollten Arbeitgeber jedoch auch diese Arbeitnehmer in das jeweilige „Hinweissystem“ des Unternehmens einbeziehen und ihnen einen Hinweis auf den Verfall ihres Urlaubs erteilen. Sobald der langzeiterkrankte Arbeitnehmer wieder arbeitsfähig ist, hat der Arbeitgeber ihn über seine konkreten Urlaubsansprüche individuell zu belehren.

Björn Mai

### Weiteres Update zum Vorbeschäftigteverbot bei Befristungen

Wesentliche Voraussetzung für eine kalendermäßige Befristung von Arbeitsverhältnissen ohne Sachgrund ist, dass nicht mit demselben Arbeitgeber „bereits zuvor“ ein Arbeitsverhältnis bestanden hat (sog. Vorbeschäftigteverbot). Im Mandantenrundbrief Dezember 2019 hat Dr. Sandra Vyas dargestellt, dass und warum die Rechtsprechung zu sachgrundlosen Befristungen insbesondere nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2018 zum Vorbeschäftigteverbot einer ständigen Entwicklung unterliegt.

Vor Abschluss eines befristeten Arbeitsverhältnisses ohne Sachgrund ist sorgfältig zu prüfen, ob bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber bestanden hat. Die Möglichkeiten, sich vom Arbeitnehmer bestätigen zu lassen, dass kein Vorarbeitsverhältnis bestanden hat, hat das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg nunmehr mit Urteil vom 11.03.2020 jedoch eingeschränkt.

Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg hat entschieden, dass eine Vertragsklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (und als solche sind Arbeitsverträge regelmäßig anzusehen), mit welcher der Arbeitnehmer bestätigen soll, nicht bereits zuvor in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber gestanden zu haben, unwirksam ist. Zweck einer solchen Regelung sei nämlich, dass der Arbeitnehmer eine Tatsache bestätigen soll, die geeignet ist, die Darlegungs- und Beweislast bezüglich des Bestands einer Vorbeschäftigung zulasten des Arbeitnehmers und zugunsten des Arbeitgebers zu verändern. Und solche Tatsachenbestätigungen, die zu einer Veränderung der Darlegungs- und Beweislast führen sollen, sind – jedenfalls soweit sie in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sind – unwirksam.

Im vom Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg entschiedenen Fall stellte der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin zunächst im April 1999 befristet bis zum 31.07.2001 ein. Das Arbeitsverhältnis ging im Rahmen eines Betriebsübergangs im September 1999 auf einen neuen Arbeitgeber über und endete später mit dem Ablauf der Befristung. Erst im Jahr 2014 bewarb sich die Arbeitnehmerin erneut bei dem früheren Arbeitgeber. Die Vorbeschäftigung aus dem Jahr 1999 war im Lebenslauf der Arbeitnehmerin nicht aufgeführt. In einem Personalbogen gab sie zwar an, bereits in der Unternehmensgruppe beschäftigt gewesen zu sein, nach einer Vorbeschäftigung bei dem Arbeitgeber selbst wurde die Arbeitnehmerin jedoch nicht explizit gefragt. Der Arbeitsvertrag enthielt allerdings folgende Regelung: „Sie bestätigen, bisher in keinem befristeten oder unbefristeten Arbeitsverhältnis (einschließlich Ferienbeschäftigung) zu uns gestanden zu haben.“

Trotz dieser Bestätigung stand der wirksame Befristung des Arbeitsverhältnisses die frühere Vorbeschäftigung entgegen. Der Arbeitgeber konnte sich nicht auf diese Regelung im Arbeitsvertrag berufen. Zwar kehrt eine solche Klausel die Beweislast der Parteien nicht gänzlich um, jedoch ermöglicht sie dem Arbeitgeber ein sog. „substantiertes Bestreiten“, indem der Arbeitnehmerin deren Bestätigung vorgehalten werden kann, wodurch diese einer erhöhten Darlegungslast in ihrer Erwiderung ausgesetzt ist. Hierdurch trete eine Veränderung der Darlegungs- und Beweislast ein, sodass die Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam sei.

An der vormaligen Rechtsprechung des BAG, dass in „verfassungsorientierter Auslegung“ des Vorbeschäftigungsvorbots nur solche Vorbeschäftigungen einer erneuten sachgrundlosen Befristung entgegenstehen können, wenn diese nicht länger als 3 Jahre zurückliegen, kann nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2018 nicht mehr festgehalten werden. Demnach gilt, dass jedenfalls im Grundsatz jegliche Vorbeschäftigungen bei demselben Arbeitgeber die Möglichkeit einer erneuten sachgrundlosen Befristung sperren. Das gilt auch – wie hier – im Falle einer Vorbeschäftigung vor 15 Jahren. Hiervon weicht die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung zwar in bestimmten Ausnahmefällen, die Dr. Sandra Vyas im Mandatenrundbrief Dezember 2019 dargestellt hat, im Wege einer einschränkenden Auslegung ab. Im vom Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg entschiedenen Fall war nach Ansicht der Richter jedoch keine dieser einschränkenden Ausnahmen einschlägig. Die Befristung war daher unwirksam.

Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg folgt grundsätzlich der Rechtsprechungslinie des Bundesarbeitsgerichts, dass eine 15 Jahre zurückliegende Vorbeschäftigung als nicht sehr lang zurückliegend angesehen wird. Allerdings beschränkt das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg mit dieser Entscheidung die Möglichkeit, Risiken bezogen auf das Vorbeschäftigungsvorbot arbeitgeberseitig durch eine Regelung im

Arbeitsvertrag zu begrenzen. Im Rahmen der sorgfältigen Prüfung, ob bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, ist es daher der sicherste Weg, den Arbeitnehmer explizit nach einer Vorbeschäftigung beim Arbeitgeber außerhalb von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, d. h. außerhalb des Arbeitsvertrags sowie außerhalb eines Personalfragebogens, zu fragen.

Dennoch empfiehlt es sich, (auch weiterhin) vom Arbeitnehmer durch derartige Klauseln im Arbeitsvertrag oder Personalfragebogen bestätigen zu lassen, dass kein Vorarbeitsverhältnis bestanden hat. Zum einen entfaltet eine entsprechende Klausel im Arbeitsvertrag eine „psychologische Wirkung“ gegenüber dem Arbeitnehmer, eine etwaige Vorbeschäftigung zu offenbaren, zum anderen könnte eine solche Klausel den Arbeitsvertragsparteien als nützliche Erinnerung dienen, die Frage einer Vorbeschäftigung außerhalb des Arbeitsvertrags noch aufzuklären.

Darüber hinaus stellt sich natürlich die Frage, ob und wie das Bundesarbeitsgericht den dieser Entscheidung zugrundeliegenden Rechtsstreit entscheiden wird – die Revision zum Bundesarbeitsgericht wurde im Urteil jedenfalls zugelassen. Es ist also gut möglich, dass das Bundesarbeitsgericht diesen Rechtsstreit als weiteren Anlass nehmen wird, seine Rechtsprechung zum Vorbeschäftigungsvorbot bei sachgrundlosen Befristungen zu konkretisieren.



Dr. Tobias Schmitt

## **Arbeitsunfähigkeit: keine Entgeltfortzahlung trotz Erstbescheinigung**

Arbeitsfähigkeitsbescheinigungen sind für Arbeitgeber ein leidiges Thema: Sie bescheinigen, dass eine Arbeitsunfähigkeit besteht, seit wann sie besteht und wie lange sie voraussichtlich andauern wird. Ob die Angaben stimmen, kann der Arbeitgeber jedoch kaum überprüfen. Arbeitnehmer können sich so teilweise monatlang in eine vermeintliche Arbeitsunfähigkeit mit voller Entgeltfortzahlung verabschieden. Zwar muss ein Arbeitnehmer im Streitfall das Vorliegen und die Dauer einer Krankheit beweisen, er kann sich dabei jedoch auf die Arbeitsfähigkeitsbescheinigung stützen. Die Gerichte gehen von einem hohen Beweiswert dieser Bescheinigung aus, den der Arbeitgeber in aller Regel nur schwer erschüttern kann. Es gibt jedoch Fälle, in denen es mit Kenntnis der Regeln der Beweislast gelingt – die Erfolgschancen haben sich durch ein Urteil des Bundesarbeitsgerichtes erhöht (Urteil vom 11. Dezember 2019 – 5 AZR 505/18).

Der Fall: Die Arbeitnehmerin war bis einschließlich 18. Mai 2017 arbeitsunfähig erkrankt und erhielt zunächst für sechs Wochen Entgeltfortzahlung, danach Krankengeld. Vom 19. Mai bis zum 30. Juni 2017 war sie erneut und angeblich auf Grund einer anderen Krankheit arbeitsunfähig. Die Arbeitnehmerin erhielt von ihrer Ärztin für den zweiten Arbeitsfähigkeitszeitraum eine Erstbescheinigung und verlangte für weitere sechs Wochen Entgeltfortzahlung. Die Arbeitgeberin verweigerte die Zahlung und bekam Recht. Es sprachen gewichtige Indizien dafür, dass kein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch entstanden sei und die Arbeitnehmerin das Gegenteil nicht habe beweisen können.

Rechtlicher Hintergrund: Tritt die neue Erkrankung zu einem Zeitpunkt ein, in dem die ursprüngliche krankheitsbedingte Arbeitsverhinderung bereits beendet war, besteht grundsätzlich auch ein neuer Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Überschneiden sich jedoch beide Krankheitsursachen zeitlich, beginnt der sechswöchige Entgeltfortzahlungszeitraum nicht neu zu laufen. Denn in diesem Fall werden beide Arbeitsfähigkeitszeiträume rechtlich als ein einziger Zeitraum betrachtet, für den der Arbeitnehmer auch nur für maximal 6 Wochen Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall beanspruchen kann (sogenannte Einheit des Verhinderungsfalles). Darüber, ob sich die Krankheitsursachen überschneiden, kann man sich im Einzelfall trefflich streiten. Entscheidend ist daher, wer welche Tatsachen beweisen muss und welche Beweismittel man dafür nutzen kann – und genau an dieser Stelle setzt die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes an:

- Der Arbeitnehmer muss Beginn und Ende einer auf einer bestimmten Krankheit beruhenden Arbeitsunfähigkeit darlegen und beweisen. Dafür kann er sich zunächst auf die Arbeitsfähigkeitsbescheinigung und den ihr zugesprochenen hohen Beweiswert stützen.
- Der Arbeitgeber kann den Beweiswert der Arbeitsfähigkeitsbescheinigung erschüttern und diese Erschütterung ist durch das eingangs genannte Urteil des Bundesarbeitsgerichtes erleichtert worden: Indizien, die zu einer Erschütterung führen, liegen neuerdings bereits dann vor, wenn der erste und der weitere Arbeitsfähigkeitszeitraum zeitlich entweder unmittelbar aufeinanderfolgen – so im oben geschilderten Fall – oder zwischen ihnen lediglich ein für den erkrankten Arbeitnehmer arbeitsfreier Tag oder ein arbeitsfreies Wochenende liegt.

- Weist der Arbeitgeber darauf hin und beruft er sich auf die Einheit des Verhinderungsfalles, muss der Arbeitnehmer im Weiteren das Bestehen sowie Beginn und Ende der jeweiligen Arbeitsunfähigkeit in vollem Umfang beweisen. Zweifel gehen zulasten des Arbeitnehmers.

Das Bundesarbeitsgericht hat Arbeitgebern damit wirksame prozesstaktische Mittel an die Hand gegeben. Besteht bei sich unmittelbar anschließenden Arbeitsfähigkeitszeiten mit angeblich jeweils unterschiedlicher Ursache der Verdacht, dass der Arbeitnehmer die Entgeltfortzahlung missbraucht, sollte der Arbeitgeber zunächst keine Entgeltfortzahlung leisten. Der Arbeitgeber kann in einem Rechtsstreit allein durch Verweis auf das zeitliche unmittelbare Aufeinanderfolgen der Arbeitsfähigkeitszeiten den Beweiswert der Arbeitsfähigkeitsbescheinigungen erschüttern und dem Arbeitnehmer die volle Beweislast für die Richtigkeit seines Vortrages aufbürden.

Die Erschütterung des Beweiswertes ist zugegebener Maßen nur der erste Schritt. Stellt sich in der dann folgenden Beweisaufnahme heraus, dass sich die zugrundeliegenden Ursachen tatsächlich nicht überschnitten haben, muss der Arbeitgeber Entgeltfortzahlung leisten. Mitunter ergibt die Beweisaufnahme jedoch, dass die Arbeitsfähigkeitsbescheinigungen ohne persönliche Untersuchung des Patienten ausgestellt wurden – so auch im vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall. Und gerade in diesen Fällen wird es dann für den Arbeitnehmer schwer zu beweisen, dass sich die Ursachen nicht überschnitten haben

Dr. Sandra Vyas

## **Zusätzliche Pflichten öffentlicher Arbeitgeber bei Bewerbungen schwerbehinderter Menschen**

Die Bewerbung von schwerbehinderten Menschen löst grundsätzlich für jeden Arbeitgeber besondere Pflichten aus. Öffentlichen Arbeitgebern legt der Gesetzgeber im SGB IX zusätzliche Verpflichtungen auf, die im Rahmen eines Stellenbesetzungsverfahrens zu beachten sind:

### **Weitergehende Meldepflicht bei der Arbeitsagentur**

Grundsätzlich ist jeder Arbeitgeber verpflichtet zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen, besetzt werden können. Darüber hinaus müssen öffentliche Arbeitgeber frei werdende, neu zu besetzende und neue Arbeitsplätze frühzeitig bei der Agentur für Arbeit melden. Diese Verpflichtung greift, wenn der zu besetzende Arbeitsplatz nicht vorrangig intern besetzt werden kann. Gemeldet werden muss ein Arbeitsplatz, wenn der Zeitpunkt des Ausscheidens vorhersehbar ist (z. B. bei Erreichen der Altersgrenze oder Auslaufen eines befristeten Arbeitsvertrages) und die erforderlichen Mittel für die Stelle im Haushalt vorhanden sind.

### **In der Regel: Einladung zum Vorstellungsgespräch**

Öffentliche Arbeitgeber müssen schwerbehinderte Bewerber\* i. d. R. zum Vorstellungsgespräch einladen. Hierzu können sie im Ausnahmefall absehen, wenn dem Bewerber die fachliche Eignung für die ausgeschriebene Stelle offensichtlich fehlt. Die Pflicht zur Einladung zum Bewerbungsgespräch besteht auch dann, wenn sich schon aus der Papierform ergibt, dass andere Bewerber besser geeignet sind. Nur bei offensichtlicher fachli-

cher Ungeeignetheit kann eine Einladung zum Vorstellungsgespräch unterbleiben.

Öffentliche Arbeitgeber sind – auch aus diesem Grund – gut beraten, **konkrete Anforderungsprofile** für zu besetzende Stellen in der Ausschreibung zu formulieren. Werden beispielsweise „umfassende Kenntnisse und Führungserfahrung in der öffentlichen Verwaltung“ verlangt, so liegt es – so jedenfalls das VG Hannover – auf der Hand, dass ein Jurist, der gerade das zweite Staatsexamen abgeschlossen hat, das Anforderungsprofil nicht erfüllt und ausnahmsweise nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen werden muss.

In der Praxis sind manche Sachverhalte trotz konkreter Anforderungsprofile nicht eindeutig. Um spätere Diskussionen vor Gericht über die Frage der offenkundigen Ungeeignetheit zu vermeiden, sollten öffentliche Arbeitgeber schwerbehinderte Bewerber standardmäßig zu Vorstellungsgesprächen einladen. Nur in ganz offensichtlichen Ausnahmefällen sollte darauf verzichtet werden.

#### **Unklar: Einladungspflicht bei interner Stellenbesetzung?**

Höchstrichterlich (noch) nicht geklärt ist die Frage, ob die Einladungspflicht für eine interne Stellenbesetzung gilt. Das LAG Berlin-Brandenburg hat die Auffassung vertreten, dass schwerbehinderte Bewerber einzuladen seien, wenn Auswahlgespräche stattfinden. Ein Urteil des BAG zu dieser Frage wird für Sommer 2020 erwartet.

#### **Nichteinladung = Indiz für eine Benachteiligung**

Wird ein deutlich erkennbar schwerbehinderter, grundsätzlich geeigneter Bewerber nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen, so ist dies ein Indiz für eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung. Eine nachträgliche Einladung des schwerbehinderten Bewerbers bringt keine Abhilfe. Öffentliche Arbeitgeber können die gesetzliche Vermutung widerlegen. Dazu müssen sie in einem Verfahren vortragen und beweisen, dass andere als die im allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz genannten Gründe zu der Nichteinladung und damit zur indizierten Benachteiligung geführt haben. Die besondere Hürde ist, dass öffentliche Arbeitgeber sich zur Widerlegung der Vermutung nicht darauf berufen dürfen, dass die offensichtlich fehlende fachliche Eignung Grund für die Benachteiligung war. Sie müssen darlegen, dass ausschließlich andere Gründe als die Behinderung für die Benachteiligung ausschlaggebend waren. Als potentiell zu berücksichtigende Ablehnungsgründe nennt das BAG vage „personalpolitische Erwägungen“, die die Mitarbeiterzufriedenheit und eine nachhaltige Personalplanung zum Ziel haben.

#### **Keine Verpflichtung zur Zuweisung einer vertragsfremden leidensgerechten Stelle**

Öffentliche Arbeitgeber sind nach aktueller Rechtsprechung des BAG nicht verpflichtet, einem bereits beschäftigten Arbeitnehmer eine vertragsfremde ausgeschriebene Stelle vorab zuzuweisen. Im entschiedenen Fall hatte sich eine als Lehrerin im Schuldienst beschäftigte Mitarbeiterin auf diverse vom öffentlichen Arbeitgeber ausgeschriebene Stellen außerhalb des Schuldienstes beworben, u.a. um eine Stelle als Kulturagentin. Das BAG entschied, dass der Anspruch auf leidensgerechte Beschäftigung nicht so weit geht, dass vertragsfremde Beschäftigungen schwerbehinderten Mitarbeitern vor Abschluss eines Auswahlverfahrens zugewiesen werden müssen. Ein Anspruch auf Vertragsanpassung schloss das Bundesgericht allerdings nicht aus.

#### **Begründung der Ablehnungsentscheidung?**

Gesetzlich vorgesehen ist eine Begründungspflicht für alle Arbeitgeber, wenn der Arbeitgeber die Pflichtquote zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen (Schwerbehindertenquote) nicht erfüllt und entweder die Schwerbehindertenvertretung oder eine sonstige Personalvertretung mit der beabsichtigten Auswahlentscheidung des Arbeitgebers nicht einverstanden ist. Grundsätzlich sind bei der Besetzung von Stellen im öffentlichen Dienst alle unterlegenen Bewerber rechtzeitig von der Nichtberücksichtigung im Auswahlverfahren zu informieren. Zwischen Zugang der Information und endgültiger Stellenbesetzung sollte eine Wartezeit von mind. 14 Tagen eingehalten werden.

#### **Fazit:**

Die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit Bewerbungen schwerbehinderter Menschen sind im Rahmen von Stellenbesetzungen bei öffentlichen Arbeitgebern besonders eklatant. Um Risiken zu vermeiden, ist ein konkretes Anforderungsprofil für die auszuschreibende Stelle als Grundlage des Ausschreibungsverfahrens zu erstellen. Alle Schritte sind sorgfältig zu dokumentieren, um ggf. in Entschädigungs- und Schadenersatzanspruchsprozessen von Bewerbern darlegen und beweisen zu können, dass keine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung erfolgt ist.

\*Zugunsten der besseren Lesbarkeit wird die männliche Form verwendet. Der Text bezieht sich selbstverständlich auf alle Geschlechter.

Uwe Augustin/Anne-Sophie Bonhomme

#### **COVID19: Kann sich der Arbeitgeber auf höhere Gewalt berufen?**

Nach französischem Recht berechtigt höhere Gewalt den Arbeitgeber die Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten zurückzustellen. Dabei wird höhere Gewalt als „das Eintreten eines unabwendbaren externen Ereignisses, das die Fortsetzung des Vertrags unmöglich macht“ definiert. Um als Fall von höherer Gewalt angesehen zu werden, muss das Ereignis vier Voraussetzungen erfüllen:

##### **1. Externalität**

Das Ereignis muss außerhalb des Einflussbereichs der Arbeitsvertragsparteien liegen.

Dies ist bei der COVID19 Pandemie klar der Fall.

##### **2. Unabwendbarkeit**

Das Ereignis darf weiterhin nicht der Kontrolle des Schuldners der Leistung unterliegen, d.h. es muss unabwendbar sein.

In diesem Zusammenhang hat die französische Rechtsprechung in der Vergangenheit wiederholt entschieden, dass die bloße Existenz einer Epidemie oder eines Virus grundsätzlich nicht ausreicht, die Einrede der höheren Gewalt zu rechtfertigen. So wurde in den Fällen des Dengue-Fiebers, des Chikungunya-Virus und die H1N1-Grippe-Epidemie des Jahres 2009 ein Fall höherer Gewalt verneint, wobei die Richter die Ansicht vertraten, dass in allen Fällen die Krankheit, ebenso wie ihr Verbreitungsrisiko und ihre Auswirkungen auf die Gesundheit der Menschen bekannt waren. Außerdem wurde vertreten, dass die Heilungsmöglichkeiten dieser Krankheiten ausreichten, um die Voraussetzung der Unabwendbarkeit zu verneinen.

Das Corona Virus unterscheidet sich von diesen Krankheiten jedoch in mehrfacher Hinsicht: Es handelt sich um eine Infektionskrankheit, die durch ein bisher unbekanntes Corona Virus, dessen einzige Behandlungsmethode in der Linderung der Symptome besteht, verursacht wird. Die bis heute fehlenden Behandlungsmöglichkeiten und die Letalität des Virus können also für einen Fall der Unabwendbarkeit sprechen. Diese kaum kontrollierbare Situation zeigt sich auch in den massiven Maßnahmen der staatlichen Behörden und in der beispiellosen Abfolge von neuen Vorschriften und Gesetzen.

### 3. Unvorhersehbarkeit

Das Ereignis muss darüber hinaus zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung vernünftigerweise nicht vorhersehbar gewesen sein. Dabei wird auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt.

Fraglich ist hier vor allem, ab wann eine Unvorhersehbarkeit verneint werden muss?

Hier bieten sich mehrere Zeitpunkte an. So könnte eine Unvorhersehbarkeit bereits nach dem 30. Januar 2020 ausgeschlossen werden. Zu diesem Zeitpunkt erklärte die Weltgesundheitsorganisation (WHO) den Corona Virus zu einem öffentlichen Gesundheitsnotstand von internationaler Bedeutung.

Wesentlich restriktiver wäre es, eine Vorhersehbarkeit erst mit den ersten von der französischen Regierung getroffenen Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Virus, d. h. ab dem 4. März 2020 anzunehmen. Schließlich wird vertreten, dass erst seit dem 23. März 2020, Datum der Erklärung des französischen Gesundheitsnotstands, Unvorhersehbarkeit ausgeschlossen werden könnte.

### 4. Unüberwindbarkeit

Das Ereignis muss schließlich zur Folge haben, dass die Fortsetzung des Arbeitsvertrages unmöglich wird und die Auswirkungen nicht durch geeignete Maßnahmen vermieden werden können. Der Schuldner muss also aufzeigen, dass alternative Maßnahmen nicht in Betracht kommen.

So hat die französische Rechtsprechung in der Vergangenheit vertreten, dass die Schließung einer Einrichtung aufgrund eines Verwaltungsaktes keinen Fall höherer Gewalt darstellt.

Als Fazit lässt sich festhalten, dass es sicherlich auf den Einzelfall ankommt, wobei insbesondere der Vertragsschluss und die konkreten Möglichkeiten den Auswirkungen entgegenzuwirken, eine Rolle spielen.

Davon abgesehen ist bisher nicht absehbar, wie die französischen Gerichte mit der COVID19-Pandemie im arbeitsrechtlichen Kontext umgehen werden.

Sicherlich sprechen gute Gründe für die Annahme höherer Gewalt. Maßgeblich dagegen spricht aus unserer Sicht jedoch, dass in diesem Fall das unternehmerische Risiko auf den Arbeitnehmer abgewälzt werden würde.

höhere  
Gewalt?

## Compliance

Dr. Mario Bergmann

### Scheinselbstständigkeit: BGH plant Kehrtwende bei der Frage der Verjährung

Stellt sich ein Auftragsverhältnis im Nachhinein als Arbeitsverhältnis heraus, erhebt die Staatsanwaltschaft regelmäßig den Vorwurf der Scheinselbstständigkeit. Damit verbunden ist, dass der Auftraggeber infolge der (vorsätzlichen oder fahrlässigen) unzutreffenden Bewertung des Vertragsverhältnisses keine Sozialversicherungsbeiträge abgeführt hat. Bislang konnten die Strafverfolgungsbehörden dabei bis zu 30 Jahre zurück entsprechende Verfehlungen verfolgen und sanktionieren, bedingt durch eine Besonderheit im deutschen Straf- und Sozialversicherungsrecht:

Führt der Unternehmer keine Sozialversicherungsbeiträge ab, unterlässt er damit die vom Gesetz geforderte Handlung. Bei solchen Unterlassungstaten beginnt die strafrechtliche Verjährung erst dann, wenn die Handlungspflicht erloschen ist. Die Handlungspflicht erlischt unter anderem, wenn der Pflichtbegünstigte, d. h. in diesem Fall die Deutsche Rentenversicherung und die Krankenkassen als Einzugsstellen der Beiträge die Nachzahlung nicht mehr verlangen kann. Bei vorsätzlichen Taten sieht das Sozialversicherungsrecht allerdings eine 30-jährige Verjährungsfrist für die Nachforderung der Beiträge vor. Somit ist der Unternehmer bei Vorsatz 30 Jahre lang nicht von der Handlungspflicht, d. h. der Nachzahlung, befreit. Erst nach 30 Jahren beginnt die (5-jährige) strafrechtliche Verjährungsfrist; eine Ungleichbehandlung gegenüber sonstigen Unterlassungsdelikten im deutschen Strafrecht, die aber bis ins Jahr 2019 durch den Bundesgerichtshof akzeptiert und bestätigt wurde.

Doch seit dem 13. November 2019 bahnt sich insoweit eine vollständige Kehrtwende an. Der 1. Strafsenat will seine eigene Rechtsprechung dazu ändern, sieht sich aber infolge der gleichlautenden Rechtsprechung der übrigen Strafsenate daran gehindert und rief daher im Rahmen eines sog. Anfragebeschlusses den Großen Senat des Bundesgerichtshofs in Strafsachen an, der nun über die Vorlage entscheiden muss.

Der 1. Strafsenat zieht bei seiner Anfrage zu Recht eine Parallele zur Lohnsteuerhinterziehung, die bei Nichtabgabe der erforderlichen Steuererklärung ebenfalls als Unterlassungsdelikt ausgestaltet ist, bei der die strafrechtliche Verjährung aber bereits mit Ablauf der Frist zur Abgabe der Lohnanmeldungen am 10. Kalendertag des Folgemonats beginnt.

Vergleichbar dazu plädiert der 1. Senat des Bundesgerichtshofs dafür, die strafrechtliche Verjährung bei vorsätzlicher Scheinselbstständigkeit mit Verstreckenlassen des sozialversicherungsrechtlichen Fälligkeitszeitpunktes beginnen zu lassen, d. h. mit Ablauf des drittletzten Arbeitstages im Monat. Dies würde dazu führen, dass die Taten – sollte der Verjährungsablauf nicht vorher wirksam durch eine der gesetzlich vorgesehnen Handlung unterbrochen worden sein – jeweils 5 Jahre nach Ablauf des drittletzten Arbeitstages des jeweiligen Monats verjähren.

Die Entscheidung des Großen Senats wird mit Spannung erwartet.

Christopher Jones

### Das Wettbewerbsregister

#### Die bundesweite „Blacklist“ für Unternehmen kommt

Bereits im Juli 2017 ist das neue Gesetz zum bundesweiten Wettbewerbsregister in Kraft getreten. Öffentliche Auftraggeber müssen zukünftig das Wettbewerbsregister abfragen, bevor sie Aufträge mit einem Wert von mehr als 30.000 € vergeben dürfen. Das digitale Register befindet sich derzeit im Aufbau, soll aber noch im Laufe des Jahres 2020 in Betrieb genommen werden. Zuständig für die Einrichtung und den Betrieb ist das Bundeskartellamt.

#### Entstehung des Wettbewerbsregisters

Mit dem Wettbewerbsregister hat der Gesetzgeber ein bereits seit langem geplantes Projekt endlich umgesetzt. Die Überprüfung von Auftragnehmern anhand des GewerbezentralsRegisters ist für öffentliche Auftraggeber bereits Pflicht, bislang waren die Abfragepflichten aber auf verschiedene Gesetze verteilt und die benötigten Informationen konnten durch das GewerbezentralsRegister nur eingeschränkt zur Verfügung gestellt werden. Daneben führen verschiedene Bundesländer sogenannte Korruptionsregister. Die Eintragungsvoraussetzungen und Abfragemöglichkeiten sind jedoch sehr unterschiedlich geregelt. Beispielsweise reicht bei manchen Registern bereits ein Ermittlungsverfahren für eine Eintragung aus, einer rechtskräftigen Verurteilung bedarf es nicht. In manchen Bundesländern gibt es dagegen überhaupt kein Register. Diese uneinheitliche und unübersichtliche Vielzahl von Registern wird durch das neue Wettbewerbsregister ersetzt werden. Die bundesweite Regelung schafft größere Transparenz und Rechtsklarheit, für einen fairen Wettbewerb sicherlich ein Gewinn, für eine große Zahl von Unternehmen aber auch ein nicht zu unterschätzendes Risiko. Der Gesetzgeber geht von insgesamt 47.500 Eintragungen aus. Pro Jahr sollen ca. 9.500 Neueintragungen erfolgen.

#### Wer wird eingetragen?

Eine Eintragung im Wettbewerbsregister erfolgt immer für ein Unternehmen. Als Unternehmen gilt dabei jede natürliche oder juristische Person oder eine Gruppe solcher Personen, die auf dem Markt die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von sonstigen Leistungen anbietet. Der Unternehmensbegriff ist also sehr weit gefasst. Da Strafurteile und Ordnungswidrigkeiten in der Regel nur gegen natürliche Personen ergehen können, kommt es darauf an, ob die betroffene Person für ein Unternehmen gehandelt hat. Das ist insbesondere der Fall, wenn sie das Unternehmen geleitet hat oder in leitender Stellung für das Unternehmen tätig war. Das Unternehmen muss sich also für Verfehlungen des Führungspersonals verantworten. Bei juristischen Personen können z. B. auch Prokuristen, faktische Geschäftsführer und Handlungsbevollmächtigte für die Leitung des Unternehmens verantwortlich sein.

#### Was wird eingetragen?

Einzutragende Straftaten und Ordnungswidrigkeiten werden im Gesetz zum Wettbewerbsregister (WRegG) abschließend benannt. Nur rechtskräftig festgestellte Verstöße führen zu einer Eintragung. Einzutragen sind alle Verstöße gegen solche Rechtsnormen, bei denen ein Ausschluss vom Vergabeverfahren nach dem GWB grundsätzlich zwingend ist. Aufgeführt werden unter anderem Betrug zum Nachteil öffentlicher Auftraggeber, Korruption, Geldwäsche, Hinterziehung von Sozialversicherungsabgaben und Steuerhinterziehung. Verbotene Wettbewerbsabsprachen,

Kartellrechtsverstöße sowie verschiedene Ordnungswidrigkeiten aus den Bereichen Mindestlohn, Arbeitnehmerüberlassung und Schwarzarbeit müssen ebenfalls eingetragen werden. Auch eine Unternehmensgeldbuße, in Zusammenhang mit den genannten Verfehlungen, führt zu einer Eintragung.

Positiv hervorzuheben ist, dass eine Eintragung erst erfolgt, wenn ein Strafurteil oder ein Bußgeldbescheid rechtskräftig geworden ist. Eine Stigmatisierung allein durch die Aufnahme von Ermittlungen wird dadurch vermieden. Insbesondere führt die Einstellung eines Verfahrens gegen Geldauflage (§ 153a StPO) nicht zur Eintragung. In den Regelungen der einzelnen Bundesländer ist dies teilweise der Fall. Dies ist im Sinne der Rechtssicherheit für die Unternehmen zu begrüßen.

Das Register wird als elektronische Datenbank geführt werden, welches standardisierte Eintragungen vorsieht. Inhalt der Eintragungen sind unter anderem:

- Die zur Registereintragung führende Straftat oder Ordnungswidrigkeit einschließlich der verhängten Sanktion,
- das Datum der einzutragenden Entscheidung und ihrer Rechtsbeziehungsweise Bestandskraft,
- die Personalien der natürlichen Person, gegen die sich die einzutragende Entscheidung richtet,
- die Umstände, welche die Zurechnung des Fehlverhaltens zu einem Unternehmen begründen sowie
- vom betroffenen Unternehmen, die Rechtsform, die Namen der gesetzlichen Vertreter und der geschäftsführenden Gesellschafter, die Handelsregisternummer und die Umsatzsteueridentifikationsnummer.

### **Wer nimmt Einsicht?**

Öffentliche Auftraggeber sind verpflichtet das Register einzusehen, sobald sie Aufträge mit einem Nettowert von 30.000 € vergeben. Bereits diese niedrige Schwelle wird zu einer sehr hohen Zahl an Registerabfragen führen. Darüber hinaus ist es dem öffentlichen Auftraggeber freigestellt, auch bei niedrigeren Auftragswerten eine Anfrage an das Wettbewerbsregister zu stellen. Daneben sind auch Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber bei Erreichen des Schwellenwertes nach § 106 GWB zu einer Abfrage verpflichtet. Im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs darf ebenfalls eine Abfrage des Registers erfolgen.

### **Welche Folgen hat eine Eintragung?**

Die Eintragung in das Wettbewerbsregister führt nicht zwingend zum Ausschluss aus einem Vergabeverfahren. Vielmehr entscheiden die Auftraggeber nach Maßgabe der vergaberechtlichen Vorschriften in eigener Verantwortung über den Ausschluss. Ein zwingender Ausschluss kann sich jedoch aus anderen Vorschriften ergeben, z. B. aus § 123 GWB. In der Praxis dürfte allerdings jede Eintragung die Wahrscheinlichkeit eines Zuschlages drastisch reduzieren.

Auch im privaten Sektor könnte eine Eintragung negative Folgen haben. Es ist bereits heute üblich, dass große Auftraggeber von ihren Vertragspartnern Auskünfte über Registereintragungen oder laufende Ermittlungen einfordern. Dieses Vorgehen wird durch das einheitliche Wettbewerbsregister noch bestärkt.

### **Was kann man tun?**

In fast allen Fällen werden lediglich rechtskräftige Entscheidungen in das Wettbewerbsregister eingetragen. Es kann sich also lohnen gegen entsprechende Entscheidungen vorzugehen oder eine Einstellung des Verfahrens ggf. gegen Geldauflage zu erwirken.

Das Gesetz sieht ferner vor, dass betroffene Unternehmen vor der Eintragung Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten müssen. Das Unternehmen hat dann die Möglichkeit nachzuweisen, dass die übermittelten Daten fehlerhaft sind. In der Praxis dürfte hier aber nur eine geringe Aussicht auf Erfolg bestehen.

Die Eintragungen können auch wegen Zeitablauf gelöscht werden. Die Frist beträgt je nach Vergehen zwischen 3 und 5 Jahren.

Für Unternehmen die von öffentlichen Aufträgen abhängig sind, kann dieser Zeitraum existenzvernichtend sein. Der Gesetzgeber hat daher die Möglichkeit der Selbstreinigung eröffnet. Ein Unternehmen kann die vorzeitige Löschung der Eintragung beantragen. Dafür müssen alle vorenthaltenen Steuern und Abgaben nachgezahlt worden sein und das Unternehmen muss nachweisen, dass es aktive Maßnahmen zur Selbstreinigung ergriffen hat. Dies erfordert neben der Schadenskompensation regelmäßig eine Kooperation mit den ermittelnden Behörden zur Aufklärung der Vergehen und die Einführung von organisatorischen Maßnahmen, die geeignet sind weiteres Fehlverhalten aus dem Unternehmen heraus zu verhindern. Dies muss gegenüber dem Bundeskartellamt glaubhaft gemacht werden.

### **Fazit**

Das neue Wettbewerbsregister trägt maßgeblich zur Vereinheitlichung des Rechts bei und dient damit einem fairen Wettbewerb. Gleichzeitig wirkt eine Eintragung nun bundesweit und kann gravierende wirtschaftliche Folgen haben. Bei dem Verdacht von Straftaten im Unternehmensumfeld sollte dies immer berücksichtigt werden. Bei Strafurteilen und Bußgeldbescheiden muss geprüft werden, ob sie für das Wettbewerbsregister relevant sind. Gegebenenfalls muss die Möglichkeit einer Selbstreinigung daher bereits lange vor einer registerrechtlichen Eintragung bedacht und vorbereitet werden.

Dr. Sebastian Meyer

### **Neue Vorgaben für die Nutzung von Cookies**

Auf fast allen Homepages kommen Cookies zum Einsatz, die für verschiedene Zwecke verwendet werden können. Die aktuelle Entscheidung des BGH zur rechtskonformen Verwendung von Cookies betrifft damit fast alle Betreiber von Homepages und führt zu einem Prüfungs- bzw. Handlungsbedarf.

Bei Cookies handelt es sich – vereinfacht dargestellt – um kleine Textdateien, die im Browser des Nutzers (also auf seinem Computer) gespeichert werden und die bis zu ihrer Löschung von dem Anbieter der aufgerufenen Seite ausgelesen werden können. Auf diese Weise ist es Anbietern möglich, einen Nutzer, der mehrfach eine Seite oder verschiedene Unterseiten aufruft, verlässlich wiederzuerkennen. Cookies können beispielsweise dafür verwendet werden, einmal getroffene Entscheidungen des Nutzers beizubehalten (etwa die präferierte Sprachversion bei einem mehrsprachigen Angebot) oder bei einem Online-Shop eine Funktion zu realisieren, mit der ausgewählte Produkte zunächst in einem Warenkorb zwischengespeichert werden. Mit Cookies

ist es außerdem möglich, genauer zu analysieren, welche Nutzer wie häufig eine Homepage besuchen und für welche Bereiche sie sich besonders interessieren. Wenn für diese Analyse externe Dienstleister wie Google Analytics verwendet werden, besteht aus der Perspektive der Nutzer die Gefahr, dass seitenübergreifende Nutzerprofile entstehen können, mit denen die Interessen und Online-Aktivitäten des einzelnen Nutzers sehr genau ausgewertet werden können.

Im Hinblick auf die Nutzung von Cookies hat sich der deutsche Bundesgerichtshof erstmals zu der Frage geäußert, in welchem Umfang Werbecookies für Internetseiten verwendet werden dürfen (BGH, Urteil vom 28.05.2020, Az. I ZR 7/16). Der BGH hat in seiner Entscheidung ausgeführt, dass die wirksame Einholung der datenschutzrechtlichen Einwilligung in die Speicherung von Cookies mittels einer voraktivierten Checkbox nicht möglich ist. Aus der Entscheidung ergibt sich weiter, dass auch vergleichbare Maßnahmen, die darauf hinauslaufen, dass der Nutzer nicht aktiv dem Einsatz von Cookies zustimmt, ungenügend sind. Soweit die nationalen Vorgaben in Übereinstimmung mit dem an sich klaren Wortlaut von § 15 Telemediengesetz (TMG) bisher so interpretiert wurde, dass eine Widerspruchslösung bei Cookies zu Werbezwecken ausreichend sei, bedarf es nach Auffassung des BGH einer europarechtskonformen Auslegung. Inhaltlich hat sich der BGH damit der Auffassung des europäischen Gerichtshofs angeschlossen, der zuvor ebenfalls auf Basis der europarechtlichen Vorgaben eine aktive Zustimmung gefordert hat (EuGH, Urteil vom 01.10.2019, Az. C-673/17).

Durch die Entscheidung des BGH dürfte jetzt geklärt sein, dass auch unter Berufung auf die Vorschrift in § 15 Abs. 3 TMG keine Möglichkeit mehr besteht, im Falle von Marketing- und Analysecookies ausschließlich eine Widerspruchslösung umzusetzen oder nur einen Cookie-Hinweis einzublenden. Der vollständige Wortlaut des Urteils ist zwar noch nicht veröffentlicht, dennoch ist die Position des BGH auf Basis der bisher vorliegenden Pressemitteilung des Gerichts eindeutig. Ausgehend von der Pressemitteilung sollten daher Analyse- und Werbecookies zukünftig nur noch nach einer aktiven Einwilligung der Nutzer verwendet werden. Vor diesem Hintergrund sollte jede Homepage darauf überprüft werden, in welchem Umfang für eigene Online-Angebote Cookies verwendet werden und wie dies technisch umgesetzt ist.

Das Urteil des BGH hatte sich nach der Entscheidung des EuGH bereits angekündigt und kam letztlich erwartungsgemäß. Die Aufsichtsbehörden für den Datenschutz hatten sich bereits vor den Entscheidungen von EuGH und BGH so positioniert, dass sie die Verwendung von Cookie-Hinweisen oder die Nutzung einer Widerspruchslösung unter der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) als nicht mehr rechtskonform angesehen haben. Eine Sanktionierung eines anderweitigen Einsatzes von Cookies ist in der Vergangenheit gleichwohl nicht erfolgt, dies kann bzw. wird sich aber nach Klärung der Streitfrage in der Rechtsprechung jetzt ändern. Dabei kann auch nicht damit gerechnet werden, dass es nach der BGH-Entscheidung noch eine offizielle Übergangsfrist zur Umsetzung gibt, da der BGH formal nur die ohnehin bereits geltende Rechtslage klargestellt hat.

Soweit im Hinblick auf die Nutzung von Cookies ein Anpassungsbedarf besteht, gibt es verschiedene Umsetzungsmöglichkeiten. Möglich sind weiterhin Cookie-Banner, wenn der Nutzer die Wahl hat, vor der Verwendung von Cookies deren Speicherung zuzustimmen oder abzulehnen. Unzulässig ist aber die in

der Vergangenheit teilweise genutzte Variante, dass mit der weiteren Nutzung der Homepage durch den Nutzer automatisch von einer Zustimmung ausgegangen wird. Für die Verwaltung von Cookies gibt es auch softwarebasierte Lösungen, mit deren Hilfe der Nutzer beim erstmaligen Aufruf einer Homepage auswählen kann, welche Cookies gespeichert werden dürfen. Solche Systeme für eine Consent Management Platform (CMP) lassen sich häufig an individuelle Anforderungen anpassen, wobei natürlich die Konfiguration rechtskonform erfolgen muss. Für einzelne Seiten kommt möglicherweise auch die Nutzung von sogenannten Tracking-Walls in Betracht, bei denen einem Nutzer erst dann der Zugang gewährt wird, wenn eine Zustimmung zum Einsatz von Cookies erfolgt, was häufig zugleich mit der Zustimmung zur Einblendung von personalisierten Werbeanzeigen kombiniert wird. Die letzte Option ist ein Verzicht auf Werbe- und Analysecookies, zumal erste Dienstleister bereits alternative Methoden zur Nutzeranalyse auf anderer technischer Grundlage anbieten.

In jedem Fall sollte die Prüfung der Homepage auf Einhaltung der aktuellen Vorgaben und vor allem die Gestaltung der Cookie-Hinweise datenschutzrechtlich begleitet werden, zumal regelmäßig die obligatorische Datenschutzerklärung anzupassen sein wird.

In unserem monatlich erscheinenden Datenschutznewsletter informieren wir regelmäßig über aktuelle Entwicklungen im Datenschutzrecht. Bestandteil des Newsletters sind Berichte und Analysen über Gerichtsentscheidungen und Gesetzgebungs-Vorhaben sowie zusätzlich auch praktische Handlungsempfehlungen. Eine genauere Bewertung der aktuellen Entscheidung des BGH ist etwa in unserem Juni-Newsletter erfolgt, der über die Mediathek unter brandi.net noch abrufbar ist. Der Newsletter kann unverbindlich per E-Mail über [datenschutz@brandi.net](mailto:datenschutz@brandi.net) bestellt und auch jederzeit wieder abbestellt werden.

Dr. Christoph Rempe

### Krisenkommunikation aus äußerungsrechtlicher Sicht

Wenn ein Unternehmen in eine Krise gerät, sei es durch eigenes Fehlverhalten oder äußere Umstände, wird es schnell auch im Fokus der Öffentlichkeit stehen. Besonders gravierend ist dies, wenn einem Unternehmen Verstöße gegen geltendes Recht und sonstige Skandale vorgeworfen werden. In dem Fall ist eine sorgsame Krisenkommunikation bzw. Krisen-PR wichtig.

Mit der Krisenkommunikation soll einerseits auf die Vorwürfe reagiert und die Kontrolle über die Kommunikation in der Hand behalten werden. Mit geschickter Krisenkommunikation kann zum Beispiel ein sogenannter Shit-Storm verhindert oder zumindest eingedämmt werden. Andererseits dient die Krisenkommunikation auch zur Vorbereitung äußerungsrechtlicher Ansprüche entweder gegen diejenige Person, von der die Vorwürfe in die Welt gesetzt wurden oder gegenüber dem jeweiligen Presseorgan. Die Verbreitung unwahrer Tatsachenbehauptungen ist generell nicht von der Meinungsfreiheit geschützt. Wer also Lügen über ein Unternehmen verbreitet, sei es im Internet oder über die Medien, kann deswegen auf Unterlassung und auf Schadensersatz verklagt werden. Strafrechtlich handelt es sich gegebenenfalls um üble Nachrede oder Verleumdung.

Wenn Medien über einen Skandal berichten möchten, handelt es sich dabei meist um eine sogenannte Verdachtsberichterstattung, weil – jedenfalls bis zu einer rechtskräftigen Verurtei-

lung oder anderweitigem Beweis der Tatsachen – insoweit die Unschuldsvermutung gilt. An der Stelle kann nun das Unternehmen ansetzen, wenn es die Krisenkommunikation sinnvoll beeinflussen möchte. Dass die Medien berichten, lässt sich meist ohnehin kaum aufhalten oder verhindern, solange ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit besteht, was aber bei Skandalen meist der Fall sein wird. Vor einer Verdachtsberichterstattung muss von dem Verdächtigen, also dem Unternehmen in der Krise, grundsätzlich eine Stellungnahme eingeholt werden.

Hier beginnt nun die Krisenkommunikation aus äußerungsrechtlicher Sicht. Bevor eine Stellungnahme abgegeben wird, sollte nicht nur Rücksprache mit der PR-Abteilung des Unternehmens gehalten werden, sondern auch mit der Rechtsabteilung oder einem Rechtsanwalt. Zunächst müssen zwei Dinge geprüft werden: (1) Wurde eine angemessene Frist zur Stellungnahme gesetzt? Die Frist darf nicht zu kurz sein, da der Verdächtige in der Lage sein muss, angemessen auf die Anfrage reagieren zu können. Allerdings ist regelmäßig mit recht kurzen Fristen zu rechnen, da die Neuigkeit der Information im Vordergrund steht. (2) Ist die mitgeteilte Faktenbasis ausreichend, um angemessen Stellung nehmen zu können? Auf vage Verdächtigungen hin kann keine angemessene Stellungnahme abgegeben werden. Wenn eine dieser beiden Fragen mit Nein zu beantworten ist, sollte vor Abgabe der eigentlichen Stellungnahme dringend Kontakt mit dem Medienvertreter aufgenommen werden, um ihm mitzuteilen, dass innerhalb der gesetzten Frist keine angemessenen Aussagen getroffen werden können oder die mitgeteilte Faktenlage zu dünn ist. In beiden Fällen sollte gegebenenfalls zudem klargestellt werden, dass, falls dennoch berichtet werden sollte, umgehend rechtliche Schritte eingeleitet werden.

Die Stellungnahme selbst sollte wohl überlegt verfasst und gegengeprüft werden. Es sollte bereits beim Verfassen der Stellungnahme bedacht werden, dass diese zur Basis für die Berichterstattung genommen werden wird. Man sollte daher die Vorwürfe mit ausführlichen Fakten aus der Welt räumen, ebenso wie Fehlvorstellungen zu rechtlichen Anknüpfungspunkten und der rechtlichen Bewertung eines Sachverhalts.

Natürlich kann sich das Unternehmen auf den Standpunkt stellen, auf entsprechende Anfragen gar nicht zu reagieren oder schlicht mit „Kein Kommentar“. Damit verpasst man jedoch die Chance, bereits im Vorfeld den Verdacht auszuräumen oder jedenfalls den Skandal nicht unnötig zu pushen.

Hubert Salmen

### **Entwurf des Verbandssanktionengesetzes – „die Uhr läuft“**

Am 22.04.2020 hat das Bundesjustizministerium den Entwurf für ein Verbandssanktionengesetz vorgelegt und veröffentlicht. Das Gesetz soll zwei Jahre nach seiner Verkündung in Kraft treten. Dieser Übergangszeitraum soll den Unternehmern die Gelegenheit zur Überprüfung und Verbesserung ihrer Compliance-Strukturen geben. Man geht davon aus, dass das Gesetz noch im Jahre 2020 bzw. Anfang 2021 verkündet wird und folglich Ende 2022 bzw. Anfang 2023 in Kraft tritt. Das Gesetz sieht Geldsanktionen bis zu 10 % des konzernweiten Jahresumsatzes vor. Nach Ansicht des Bundesjustizministeriums ist mit den bisherigen Regelungen des Ordnungswidrigkeitengesetzes eine angemessene Reaktion auf Unternehmenskriminalität nicht möglich.

Das Verbandssanktionengesetz ist auf juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts, auf nicht rechtsfähige Vereine und rechtsfähige Personengesellschaften anwendbar. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. Bei Verbänden oder Vereinigungen, bei denen dies nicht der Fall ist, kann weiterhin eine Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG verhängt werden. Gleiches gilt für staatliche Stellen.

Das Verbandssanktionengesetz setzt die Begehung einer Straftat voraus, durch die den Verband treffende Pflichten verletzt werden oder durch die der Verband bereichert werden soll. Ebenso wie die derzeitigen Regelungen des Ordnungswidrigkeitengesetzes knüpft das Verbandssanktionengesetz an das Handeln von Leitungspersonen an und ermöglicht eine Sanktion des Verbandes, wenn bestimmte Verfehlungen, sogenannte Verbandstaten dieser Leitungspersonen vorliegen. Die Verhängung von Unternehmenssanktionen ist allerdings auch dann möglich, wenn sonst ein Mitarbeiter des Unternehmens in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbandes eine Verbandstat begangen hat, die durch angemessene Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten hätten verhindert oder wesentlich erschwert werden können. Unter einer solchen Verbandstat ist eine Straftat zu verstehen, durch die Pflichten, die den Verband treffen, verletzt worden sind, oder durch die der Verband bereichert worden ist oder werden sollte. Taten, auf die das deutsche Strafrecht nicht anwendbar ist, stehen einer Verbandstat gleich, wenn die Tat nach deutschem Strafrecht eine Straftat wäre, die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist, der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt oder der Verband zur Zeit der Tat einen Sitz im Inland hat. Damit kommt eine Sanktionierung nach dem Verbandssanktionengesetz auch dann in Frage, wenn die Verbandstat im Ausland begangen werden würde.

Anders als bisher im Verbandsbußgeldverfahren nach Ordnungswidrigkeitengesetz wird nunmehr das Legalitätsprinzip angewendet. Dies bedeutet, dass bei allen Verbandstaten die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren auch gegen den betreffenden Verband einleiten muss. Jedoch kann ein entsprechendes Verfahren gegen den Verband wegen Geringfügigkeit oder gegen Auflagen und Weisungen ohne Verhängung einer Sanktion nach dem Entwurf des Verbandssanktionengesetzes eingestellt werden.

Als Verbandssanktionen sind die Verbandsgeldsanktionen sowie die Verwarnung mit Sanktionsvorbehalt vorgesehen. Die noch in der Vorgängerfassung des Gesetzesentwurfes vorgesehene Möglichkeit der Verbandsauflösung ist entfallen. Der Rahmen der Verbandsgeldsanktionen beträgt bei vorsätzlichen Straftaten zwischen 1.000,00 € und 10 Mio. €, bei fahrlässigen Straftaten zwischen 500,00 € und 5 Mio. €. Konzernangehörige Verbände mit einem durchschnittlichen Jahresumsatz von mehr als 100 Mio. € können mit einer Verbandsgeldsanktion von bis zu 10 % bzw. 5 % des durchschnittlichen Konzernumsatzes belegt werden. Maßgeblich ist der durchschnittliche Konzernumsatz der letzten drei Geschäftsjahre vor dem Zeitpunkt der Sanktionsverhängung und nicht der Zeitpunkt der Tatbegehung. Bei umfassender Kooperation und Durchführung von internen Untersuchungen gibt es nach § 17 VerSanG-Entwurf die Möglichkeit einer Minderung des Sanktionsrahmens.

Maßgeblich für die Höhe der einzelnen Verbandsgeldsanktionen sind unter anderem die Bedeutung der Verbandstat,

Schwere und Ausmaß von Aufsichtspflichtverletzungen und die wirtschaftlichen Verhältnisse des Verbandes. Der Konzernumsatz ist allerdings bei der Bemessung der Verbandsgeldsanktion nicht zu berücksichtigen. Weitere Zumessungsgesichtspunkte sind insbesondere die vor oder nach der Verbandstat getroffenen Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Taten. Demnach wirkt sich die Existenz, aber auch die Nichtexistenz sowie die nachträgliche Implementierung oder die Nichtimplementierung von Compliance-Managementsystemen auf die Höhe der Verbandsgeldsanktion aus.

Statt einer Verbandsgeldsanktion kann auch eine Verwarnung ausgesprochen und die Verhängung einer Verbandsgeldsanktion vorbehalten werden. Dies kommt dann in Betracht, wenn nach einer Gesamtwürdigung aller Umstände die Verhängung einer Verbandsgeldsanktion nicht erforderlich ist, um den Verband zum künftigen rechtskonformen Verhalten anzuhalten. Die vorbehaltene Verbandsgeldsanktion wird dann erst fällig, wenn der Verband trotz der Verwarnung weitere Verbandstaten begeht oder gegen Auflagen und Weisungen verstößt. Den betreffenden Verbänden können zudem Weisungen auferlegt werden, um der Begehung von Verbandstaten entgegenzuwirken. Hier werden insbesondere Weisungen zur Einführung von Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten, beispielsweise zur Einführung oder Fortentwicklung von Compliance-Systemen und Compliance-Prozessen, in Betracht kommen. Als weitere Nebenfolge einer Verbandsanktion kommt jedoch eine öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung des Verbandes in Betracht.

Der Gesetzesentwurf enthält zudem Vorschriften, mit denen eine Umgehung der Sanktionen durch Umstrukturierungsmaßnahmen, insbesondere nach dem Umwandlungsgesetz, erschwert werden sollen. Der Gesetzesentwurf sieht zudem Geldsanktionen gegen den Rechtsnachfolger des eigentlich zu sanktionierenden Unternehmens vor und ermöglicht zudem auch eine Sanktion gegenüber einer Konzernmuttergesellschaft, wenn durch Erlöschen der Tochtergesellschaft oder durch eine Vermögensverschiebung die Verhängung oder die Vollstreckung der Sanktion voraussichtlich vereitelt wird.

Der Einrichtung und Fortentwicklung von Compliance-Managementsystemen wird künftig eine wesentlich höhere Bedeutung als bisher zukommen, da ein effektives Compliance-Managementsystem nach dem vorliegenden Entwurf des Verbandsanktionengesetzes dazu führt, dass bei Begehung von Verbandstaten durch Mitarbeiter oder Dritte schon die Zurechnung an den Verband entfällt, von einem weiteren Ermittlungsverfahren gegen den Verband ggf. abgesehen oder lediglich eine Verwarnung nach dem Verbandsanktionengesetz ausgesprochen wird. Ein fehlendes oder mangelhaftes Compliance-Managementsystem wirkt dagegen sanktionenschärfend. Auch ein erst nach Vorliegen der Verbandstat eingeführtes oder verbessertes Compliance-Managementsystem kann sanktionenmindernd berücksichtigt werden. Das Verbandsanktionengesetz selbst enthält allerdings keine Angaben darüber, wie ein Compliance-Managementsystem ausgestaltet und beschaffen sein sollte, um eine Sanktion zu verhindern oder zu mildern.

Das Verbandsanktionengesetz schafft nicht lediglich einen Anreiz zur Einführung proaktiver und vorausschauender bzw. präventiver Compliance-Managementsysteme. Vielmehr kommt nach dem Verbandsanktionengesetz eine Milderung der Sanktion auch dann in Betracht, wenn der Verband wesentlich dazu beiträgt, die Verbandstat aufzuklären und er ununterbrochen und uneingeschränkt mit den Verfolgungsbehörden zusammenarbeitet, insbesondere interne Untersuchungen durchführt und deren Ergebnisse inklusive eines Abschlussberichts zur Verfügung stellt. In solchen Fällen kann die Höchstgrenze der Verbandsanktion auf die Hälfte gemindert werden. Außerdem entfällt in diesen Fällen der Kooperation und internen Ermittlungen dann die öffentliche Bekanntmachung der Verhängung einer Sanktion gegen den Verband.

Von besonderer Bedeutung ist auch die in Betracht kommende obligatorische Vergabesperre nach § 123 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen), wenn gegen ein Unternehmen eine Sanktion nach dem Verbandsanktionengesetz verhängt wurde.



**Fazit:**

Das Verbandssanktionengesetz wird kommen und es folgt einem Trend, Unternehmen für Fehlverhalten ihrer Führungskräfte und Mitarbeiter zukünftig noch schärfer zur Rechenschaft zu ziehen. Vorstände und Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften sind bereits bislang verpflichtet, in ihren Unternehmen Compliance-Prozesse einzurichten und zu kontrollieren. Dies ist sogar Kernaufgabe der Geschäftsleitung. Auch nach der bisherigen Rechtslage und Rechtsprechung ist die Geschäftsleitung verpflichtet, sowohl präventive als auch repressive Compliance-Maßnahmen durchzuführen und zu kontrollieren. Gesetzliche Vorgaben, in welchem Umfang Compliance-Managementsysteme einzurichten sind, finden sich auch nach dem Gesetzesentwurf nicht. Nach bisheriger Rechtsprechung und nach der Gesetzesbegründung hängt der Umfang von Compliance-Maßnahmen vom jeweiligen Einzelfall ab und dabei insbesondere von Art, Größe und Organisation eines Unternehmens, Gefährlichkeit des Unternehmensgegenstands, Anzahl der Mitarbeiter und den zu beachtenden Vorschriften sowie dem Risiko ihrer Verletzung. Damit hat weiterhin die Geschäftsleitung zwar ein Ermessen mit Blick auf die Einrichtung eines entsprechenden Compliance-Managementsystems. Allerdings dürfte durch das Verbandssanktionengesetz der Anreiz für Geschäftsleiter von Unternehmen steigen, der Einrichtung und Überprüfung vom Compliance-Managementsystem im Unternehmen angesichts der doch erheblichen Auswirkungen eine erhöhte Aufmerksamkeit zu schenken. Das Verbandssanktionengesetz tritt zwei Jahre nach Verkündung in Kraft und sieht somit einen ausreichenden Zeitraum für die Einrichtung und Anpassung von Compliance-Managementsystemen vor. Diese Zeit sollte genutzt werden. Die Uhr läuft!

Ulrich Vorspel-Rüter

### **Zur Reduzierung von Haftungsrisiken bei Unternehmensverkäufen über eine Warranty&Indemnity-Versicherung**

Die W&I-Versicherung (W&I=Warranty&Indemnity) versichert unbekannte Risiken aus Garantien und Freistellungen im Unternehmenskaufvertrag (SPA). Sie war ursprünglich ausschließlich als Haftpflichtversicherung konzipiert, die durch den Verkäufer abgeschlossen wurde. Hier liegt der Nachteil auf der Hand: Eine wissentliche Verletzung ist, wie bei allen Haftpflichtversicherungen, nicht versichert. Heute wird daher die W&I-Versicherung fast ausschließlich durch den Käufer abgeschlossen. In diesem Falle handelt es sich um eine Eigenschadenversicherung. Der große Vorteil: Auch bei Arglist oder Betrug seitens des Verkäufers besteht Versicherungsschutz. Aber auch der Verkäufer profitiert nachhaltig von dieser Form der Versicherung, denn einen Regress des Versicherers gegen ihn erfolgt ebenfalls nur bei Betrug oder Arglist. Im Falle einer Garantieverletzung wendet sich der Käufer als Versicherungsnehmer mit einer Schadensmeldung direkt an den Versicherer. Das Verhältnis zum Verkäufer muss er in einem solchen Schadensfall also nicht unbedingt belasten, denn er ist nicht genötigt, einen teuren Haftpflichtprozess in aller Öffentlichkeit gegen ihn zu führen. Er erhält zudem einen solventen Schuldner in Form des Versicherers. Wurde der Unternehmenskauf mit Verkäufern aus dem Ausland abgeschlossen, verlagert sich der Gerichtsstand durch den Versicherungsvertrag nach Deutschland. So werden riskante Prozesse vor ausländischen Gerichten in ausländischen Rechtsordnungen vermieden. Großer Beliebtheit erfreut sich diese Versicherung bei den Private Equity Gesellschaften. Wenn sie ein Unternehmen verkaufen, streben sie einen „Clean Exit“ an. Die Hinterlegung eines Teiles des Kauf-

preises als Sicherheit, einen sogenannten Escrow, wollen sie vermeiden. Dies gelingt mithilfe der Versicherung, zumal ja auch der Regress des Versicherers grundsätzlich nicht zu befürchten ist. So steht der gesamte Kaufpreis dem Verkäufer sofort zum Reinvestement oder zur Ausschüttung zur Verfügung. Ähnliche Argumente machen diese Versicherungslösung auch im Falle von Unternehmensnachfolgen attraktiv. In festgefahrenen Verhandlungssituationen ist die W&I-Versicherung ebenfalls sehr hilfreich. Mit ihr gelingt es dem Käufer, den Verkäufer zur Abgabe von Garantien und Freistellungen zu bewegen, die dieser ansonsten nicht oder nicht in diesem Umfang abgegeben hätte.

Vorstände und Geschäftsführer sollten bei Transaktionen ab 10 Mio. € Kaufpreis stets die Versicherbarkeit prüfen. Unterbleibt dies ohne Begründung im Sinne der „Business Judgement Rule“, könnte daraus nachträglich im Schadensfall der Vorwurf einer Pflichtverletzung konstruiert werden.

Üblicherweise werden zwischen 10 und 50 % des Transaktionswertes versichert. Die Versicherungsprämien liegen zwischen 1 und 2 % der Deckungssumme, bei Immobilientransaktionen darunter. Die Schadenserfahrung zeigt, dass bei etwa 20 % aller versicherten Deals früher oder später ein Schaden gemeldet wird. Häufig liegt die Schadensursache im Bereich der Steuern und der Jahresabschlüsse. Der bisher größte versicherte Schaden im deutschen Markt (Lixil/Grohe) wurde durch einen Bilanzskandal in China ausgelöst und führte zu einem Schaden von 270 Mio. €.

Natürlich kann der Käufer den Abschluss der Versicherung initiieren, aber die käuferseitige W&I-Versicherung wird heute in vielen Fällen durch den Verkäufer vorbereitet. Der Verkäufer nimmt dazu möglichst früh Kontakt zu einem spezialisierten Versicherungsmakler auf. Auf Grundlage der wichtigsten Parameter zur Transaktion und einem „Information Memorandum“ schreibt er den Versicherungswunsch unter den rund ein Dutzend Anbietern aus. Der Makler erstellt so innerhalb von ungefähr 3 Tagen einen Report über die vorliegenden unverbindlichen Angebote, die bei Vorliegen eines SPA-Enwurfs weiter konkretisiert werden. Dabei sollten auch die unterschiedlichen Versicherungsbedingungen unbedingt verglichen werden, diese enthalten mitunter „excess cover“- und Schiedsgerichtsklauseln, die vermieden werden sollten.

Sodann wird das vom Verkäufer angestoßene Versicherungsprojekt dem Käufer zur Weiterführung übergeben. Auf Grundlage dieses Vergleichs wird dann mit einem Versicherer das Underwriting vorgenommen. Der ausgewählte Versicherer stützt sich dabei auf die Due Diligence des Käufers, deswegen ist der Grundsatz zu beachten, dass nur das versichert werden kann, was Gegenstand der Due Diligence war. Sollen bekannte Risiken versichert werden, bieten sich spezielle Produkte, wie Tax Liability Insurance, Litigation Buyout Insurance oder Environmental Risk Insurance an. Mit ihnen können Risiken in den Bereichen Steuern, schwedende Rechtsstreitigkeiten und Umwelt versichert werden.

**M&A post-Corona**

Fast täglich werden derzeit weitergehende Lockerungen der strengen Maßnahmen zur Eindämmung der Corona-Pandemie verkündet. Während in der Gesellschaft ein geteiltes Meinungsbild darüber vorherrscht, drängt die Wirtschaft nahezu einhellig auf schnelle Maßnahmen zur Ankurbelung des Angebots- und Nachfragermarktes. Die Wiederbelebung des Marktes im Allgemeinen ist ebenfalls bei den Unternehmenstransaktionen im Speziellen zu beobachten – frei werdende Ressourcen bei den Marktakteuren sowohl in personeller als auch in finanzieller Hinsicht werden genutzt, um stillgelegte Projekte voranzutreiben oder um neue Transaktionen anzuschieben. Allerdings bedeutet die neu gewonnene Freiheit weder, dass alle Probleme während des Lockdown beseitigt worden sind, noch, dass künftige Risiken aus oder im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie unberücksichtigt bleiben dürfen. Dieser Beitrag gibt Hinweise darauf, welche Themen auch im derzeitigen Stadium der Corona-Pandemie bei M&A-Transaktionen insbesondere berücksichtigt werden sollten.

1. Bekanntlich wird bei der grundsätzlichen Struktur einer Unternehmenstransaktion zwischen dem *share deal* und dem *asset deal* unterschieden. Während bei ersterem die Geschäftsanteile, also die Gesellschaft als Unternehmenshülle selbst mit allen Rechten und Pflichten, Forderungen und Verbindlichkeiten erworben wird, werden bei dem asset deal die einzelnen Vermögensgegenstände übertragen, wobei Forderungen und Verbindlichkeiten nur soweit übergehen, wie dies ausdrücklich im Kaufvertrag geregelt wird. Die Vor- und Nachteile dieser Strukturen gilt es zu Beginn des Prozesses stets sorgfältig miteinander abzuwegen. Bestehen bei dem zu erwerbenden Unternehmen wirtschaftliche oder andere Risiken oder wurde über dessen Vermögen gar das Insolvenzverfahren eröffnet, bietet sich fast ausschließlich ein asset deal als Struktur der Wahl an, um nur die Vermögenswerte aus dem Unternehmen herauszukaufen, die von den allgemeinen Risiken nicht betroffen werden.

Diesen allgemeinen Gedanken gilt es insbesondere bei M&A-Transaktionen während oder am Ende der Corona-Pandemie zu berücksichtigen. Denn der *asset deal* bietet auch in diesem Szenario die Möglichkeit, eine grundsätzlich sinnvolle Transaktion nicht daran scheitern zu lassen, dass das betreffende Unternehmen durch die Auswirkung eines *Lockdown* oder durch Veränderungen des Marktes wirtschaftlich unsicheren Zeiten gegenübersteht.

2. Im Rahmen der *due diligence* – also der Prüfung des zu erwerbenden Unternehmens – ist innerhalb der bekannten Prüfungsfelder ein besonderes Augenmerk auf krisenbedingte Aspekte zu werfen. So sind wichtige zu übernehmende Verträge auf gesonderte Kündigungs- oder Rücktrittsrechte hin zu überprüfen, die durch die Folgen der Pandemie ausgelöst werden können. Die vom Zielunternehmen offengelegte Liquiditätsplanung ist streng danach zu überprüfen, ob sie bereits an die neuen Gegebenheiten post-Corona angeglichen wurde; dasselbe gilt für Businesspläne und die üblichen Planrechnungen. Hat das Zielunternehmen bereits Notfallpläne für bestimmte Bereiche erarbeitet, sind diese ebenfalls kritisch zu hinterfragen und auf Aktualität hin zu überprüfen. Auch ist in diesem Zusammenhang zu prüfen, ob und welche staatlichen Hilfen das Zielunternehmen beantragt oder in Anspruch genommen hat und ob

daraus in der Zukunft Belastungen resultieren können, die ggf. im Kaufpreis zu berücksichtigen sind.

3. Die Verständigung auf einen Kaufpreis nimmt nicht selten einen erheblichen Teil der Verhandlungen ein. Regelmäßig werden Kompromisse darin gefunden, dass kein fixer Kaufpreis vereinbart wird, sondern die Parteien sich zumindest zu einem gewissen Anteil auf einen variablen Kaufpreis einigen, der von der künftigen Entwicklung des Unternehmens abhängt.

Wurde eine solche variable Kaufpreisregelung bereits vor dem Ausbrechen der Corona-Pandemie vereinbart, stellt sich die Frage nach deren Wirksamkeit post-Corona, wenn die wirtschaftliche Entwicklung völlig außerhalb dessen liegt, was sich die Parteien im Zeitpunkt der Vereinbarung über den flexiblen Kaufpreis vorgestellt haben. In solchen Fällen könnten Möglichkeiten zur Anpassung von bestimmten Vertragsklauseln eröffnet sein.

Aber auch bei der Vereinbarung von derartigen variablen Kaufpreisregelungen im derzeitigen Stadium sind besondere Vorkehrungen zu treffen. Denn obgleich die Wiederbelebung derzeit stark voranschreitet, kann nicht vorhergesehen werden, ob es etwa durch eine zweite Pandemiewelle zeitnah wieder zu Einschränkungen oder gar einem Lockdown kommen kann. Diese Umstände und die sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Kaufvertragsparteien gilt es bei den Verhandlungen über variable Kaufpreisregelungen zu beachten.

4. In sehr engem Zusammenhang mit dem Ergebnis der *due diligence* (Ziffer 2.) und den Regelungen über den (variablen) Kaufpreis (Ziffer 3.) stehen die Verhandlungen der Garantien in einem Unternehmenskaufvertrag. Insbesondere identifizierte Risiken, die im Zusammenhang mit den Folgen der Corona-Pandemie stehen, gilt es aus Käufersicht bestmöglich über Garantien abzudecken. Hier ist auch auf einen angemessenen Verjährungszeitraum zu achten, um auch noch Auswirkungen zu erfassen, die sich ggf. erst nach einiger Zeit realisieren. Aus Sicht des Verkäufers ist freilich eine unangemessene Risikoverteilung zu seinen Lasten zu vermeiden.

5. Als fünften Aspekt sind sog. *Material Adverse Change-Klauseln* (MAC-Klausel) vor dem Hintergrund der Auswirkungen der Corona-Pandemie zu beachten. Diese können einer oder beiden Parteien unter Eintritt von bestimmten Voraussetzungen ein Rücktritts- oder Kündigungsrecht einräumen. Während man sich in „normalen“ Zeiten darauf beschränkt, MAC-Klauseln allgemein zu fassen, sollten diese post-Corona konkreter geregelt oder mit Fallbeispielen versehen werden, bei deren Vorliegen das entsprechende Recht aus der MAC-Klausel entsteht.

Im Zusammenhang mit etwaigen Rücktrittsrechten der Parteien ist abschließend auf angepasste *Long-Stop-Dates* in dem Unternehmenskaufvertrag hinzuweisen. Das heißt: Treten bis zu bestimmten Zeitpunkten vereinbarte Umstände, etwa eine Freigabe der Transaktion durch die Kartellbehörden, nicht ein, kann sich eine Partei von dem Kaufvertrag lösen. Hier sind einerseits eingeführte verlängerte gesetzliche Fristen für den Eintritt bestimmter Umstände und andererseits rein tatsächliche Verzögerungen durch einen *Lockdown* zu beachten.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Markt für Unternehmenstransaktionen wieder Fahrt aufnimmt. Die Marktakteure sind jedoch gut beraten, sowohl die weiterhin bestehenden Ris-

ken im Zusammenhang mit der Pandemie als auch die daraus resultierenden künftigen Unsicherheiten in dem M&A-Prozess zu beachten und durch angemessene Regelungen in dem Unternehmenskaufvertrag zu minimieren.

Dr. Carsten Christophery

### **Start-Up post-Corona**

Junge Unternehmen (Start-Ups) gelten als Technologie- und Innovationstreiber. Das hat in der Vergangenheit sowohl Wagniskapitalgeber als auch etablierte Industrieunternehmen gleichermaßen auf den Plan gerufen, die sich an den Start-Ups beteiligt haben, um deren zukunftsweisende Ideen und Geschäftsmodelle in einem professionellen Umfeld effizient voranzutreiben. Die Corona-Pandemie und deren Konsequenzen für die Wirtschaft haben jedoch tiefe Spuren bei den Start-Ups hinterlassen, deren Rücklagen regelmäßig nicht derart üppig sind, um einen längeren wirtschaftlichen Abschwung überstehen zu können.

Der jeweilige Markt muss neu analysiert und Businesspläne angepasst werden. Aufgrund von wegbrechenden Umsätzen muss die essentielle Liquiditätsplanung überarbeitet und mit den Kapitalgebern besprochen werden, damit der Fortbestand des Unternehmens gesichert bleibt. Der Gesetzgeber hat zahlreiche Maßnahmen ergriffen, um die Wirtschaft zu stützen – diese gelten freilich auch für Start-Ups. Zur weiteren Unterstützung hat die Bundesregierung ein Hilfspaket für junge Unternehmen im Volumen von 2 Mrd. € auf den Weg gebracht.

Mit den Lockerungen der Maßnahmen gegen die Ausbreitung der Corona-Pandemie wird ebenfalls das Interesse an Start-Up Beteiligungen wieder geweckt. Dieser Beitrag gibt Hinweise für Start-Up Unternehmer wie auch für Kapitalgeber, welche Aspekte bei neuen Kapitalrunden vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie zu beachten sind.

1. Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz (COVInsAG) in § 2 Abs. 1 Nr. 2 bis zum 30.09.2020 begebene Gesellschafterdarlehen, die bis zum 30.09.2023 zurückgezahlt werden, von der Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO befreit. Ferner werden solche Gesellschafterdarlehen im Insolvenzverfahren nicht gem. §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 44a InsO nachrangig behandelt. Das gilt allerdings nur dann, wenn das Start-Up zum 31.12.2019 nicht zahlungsunfähig war.

Einerseits können Gesellschafter von dieser Möglichkeit der Finanzierung noch bis Ende September 2020 Gebrauch machen. Andererseits sollten potentielle Neu-Investoren in künftigen Kapitalrunden darauf achten, ob bestehende Gesellschafter betreffende Darlehen zur Verfügung gestellt haben. Diese würden nämlich – wenn es im Fall der Insolvenz überhaupt zu einer nennenswerten Auszahlung kommt – vorrangig bedient werden, was den Wert der eigenen – dann nachrangigen – Gesellschafterdarlehen schmälert.

2. Neue Investoren sollten neben den genannten Besonderheiten bei der Finanzierung durch Gesellschafterdarlehen bei der *due diligence* im Vorfeld ihrer Beteiligung auch auf die vom Start-Up in Anspruch genommenen staatlichen Hilfen achten. Je nach Ausgestaltung dieser Finanzmittel als Darlehen (Verbindlichkeit) oder Zuschuss (Ertrag) kann sich eine künftige

Belastung ergeben, die den Wert der Beteiligung des künftigen Gesellschafters beeinträchtigen kann.

3. Wird noch in 2020 eine Kapitalrunde durchgeführt, die eine Kapitalerhöhung umfasst, können entsprechende Gesellschafterbeschlüsse abweichend von § 48 Abs. 2 GmbHG – wenn das Start-Up als GmbH bzw. UG strukturiert ist – auch ohne das Einverständnis sämtlicher Gesellschafter in Textform oder durch schriftliche Abgabe der Stimme gefasst werden, § 2 Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie.

4. Regelmäßig bieten Start-Ups ihren Mitarbeitern (virtuelle) Beteiligungsprogramme, häufig als sog. *virtual share option program* (VSOP), an. Im Gegensatz zur tatsächlichen gesellschaftsrechtlichen Beteiligung, mitsamt den gesetzlich festgelegten Rechten und Pflichten, ist ein VSOP sehr viel flexibler und einfacher zu etablieren, da es lediglich schuldrechtlich zwischen dem Start-Up und dem jeweiligen Mitarbeiter wirkt. Die häufig sehr gut ausgebildeten Mitarbeiter erhalten bei den jungen Unternehmen zumindest zu Beginn keine marktübliche Vergütung, sodass durch ein Beteiligungsprogramm ein Anreiz geschaffen werden kann, am späteren Erfolg des Unternehmens überdurchschnittlich teilzuhaben.

Dieses Instrument kann bis zu einem bestimmten Grad, insbesondere während wirtschaftlich angespannter Zeiten, genutzt werden. Denn durch die Einführung oder die Ausweitung eines VSOP wird den Mitarbeitern die Perspektive geboten, als hauptsächliche Know-how-Träger an Bord zu bleiben und selbst dafür zu sorgen, durch den späteren Erfolg einen Ausgleich für die krisenbedingten Einbußen zu erhalten. Das gilt allerdings nur solange, wie eine Perspektive für einen wirtschaftlichen Erfolg dargestellt werden kann. Die Vereinbarung solcher Beteiligungsprogramme stellt auch eine sinnvolle Ergänzung zum Kurzarbeitergeld dar, das allein für sich aufgrund der grundsätzlich relativ niedrigen Gehälter der Mitarbeiter nur eine geringe Unterstützung bietet.

Aus Sicht potentieller Investoren ist im Vorfeld einer Beteiligungs runde wiederum darauf zu achten, ob und in welchem Umfang ein VSOP aufgelegt worden ist. Denn hieraus können sich liquiditätswirksame Ansprüche der Mitarbeiter gegenüber dem jungen Unternehmen ergeben, die es bei der Planung zu berücksichtigen gilt.

5. Letztlich strahlen die krisenbedingten Unsicherheiten auch in den Beteiligungsvertrag aus – sei es in bestehende Vereinbarungen oder in neu abzuschließende Verträge.

Wurden in einem bestehenden Beteiligungsvertrag etwa bestimmte Voraussetzungen definiert (sog. milestones), bei deren Eintritt ein anteiliges Investment in bestimmter Höhe zu erbringen ist, können solche Absprachen zu Unsicherheiten führen. Zwischen den Investoren und dem Start-Up kann nämlich Streit darüber entstehen, ob die vereinbarten milestones erreicht worden sind oder, wenn dies nicht der Fall ist, ob und in welchem Umfang ein vereinbarter Beitrag dennoch geleistet werden muss. Gegebenenfalls wird es in derartigen Situationen zu einer einvernehmlichen Vertragsanpassung kommen müssen, der sowohl dem Interesse des Unternehmens als auch dem des betroffenen Investors gerecht wird.

Bei der Verhandlung von neuen oder aktualisierten *milestones* ist freilich das aktuelle unsichere Umfeld zu berücksichtigen. Es ist ferner nicht unwahrscheinlich, dass die Bewertung junger Unternehmen vor dem Hintergrund der Unsicherheiten niedriger angesetzt wird. Das kann dazu führen, dass Regelungen zum Verwässerungsschutz in Beteiligungsvereinbarungen wirken, was wiederum die geplante Beteiligungsquote eines Neu-Investors verringert. Überdies ist bei den aktuellen Verhandlungen neuer Regelungen zum Verwässerungsschutz eine angemessene Absicherung bestehender Investoren zu beachten.

Einen dritten Aspekt im Zusammenhang mit der Verhandlung der Beteiligungsvereinbarung spielt die Liquidationspräferenz. Regelmäßig verlangen Wagniskapitalgeber eine vorrangige Befriedigung ihres Investments. Bestehende Liquidationspräferenzen sind in Krisenzeiten regelmäßig einer Korrektur zu unterziehen, um dem neuen Investor einen Anreiz zu geben, sich in Zeiten der Unsicherheit überhaupt mit Eigenkapital an dem Start-Up zu beteiligen. Diese Änderungen bedürfen regelmäßig der Zustimmung aller Investoren, einschließlich der Gründer.

Daniela Deifuß-Kruse

### **Alles nur Verwaltungskram? Registrierungs-, Kennzeichnungs- und Meldepflichten für Hersteller und Inverkehrbringer**

Schnell herstellen und dann verkaufen? Das Marketing hat freie Hand bei der Verpackungsgestaltung? Die Daten der Buchhaltung reichen uns? So einfach ist es leider nicht immer. Für eine Vielzahl von Produkten und Branchen gibt es Registrierungs-, Kennzeichnungs- und Meldepflichten, die bereits bei der Planung eines neuen Produktes, dessen Gestaltung und bei der Organisation des Unternehmens berücksichtigt werden müssen. Bei der Verletzung dieser Pflichten drohen unerfreulich hohe Bußgelder und das Einschreiten der Überwachungsbehörde.

#### **Anzeige- und Registrierungspflichten**

Anzeige- und Registrierungspflichten beschreiben die Pflicht eines Unternehmens, sich bei einer staatlichen Stelle oder bei einer vom Staat mit dieser Aufgabe betrauten Stelle mit bestimmten Angaben zu melden. Derartige Pflichten gibt es beispielsweise für Elektro- und Elektronikgeräte, aber auch für Bauprodukte, Verpackungen, Lebensmittel, Futtermittel, Kosmetika und eine ganze Reihe weiterer Produkte.

Wen die Anzeige- bzw. Registrierungspflicht trifft, ist je nach Gesetz unterschiedlich. In der Regel wird unterschieden zwischen „Herstellern“ und „Inverkehrbringern“. Auf den ersten Blick scheinen diese Begriffe selbsterklärend zu sein. Die Tücke liegt aber im Detail. Hersteller ist nach den meisten Vorschriften nicht nur derjenige, der eine Sache tatsächlich anfertigt, sondern auch derjenige für den sie hergestellt wird und der die Sache unter seinem Namen oder seiner Marke in Verkehr bringt. Es kann daher reichen, den eigenen Aufkleber mit dem Firmenlogo auf der Leuchte oder dem Bauprodukt anzubringen, um in diesem Sinne zum Hersteller zu werden. Auch eine unter Marketingaspekten wunderbare Darstellung der eigenen Produkte zusammen mit ergänzenden fremden Produkten im Katalog kann so ungewollte rechtliche Konsequenzen haben.

Die Anzahl der Anzeige- und Registrierungspflichten hat sich in den letzten 10 Jahren vervielfacht. Waren zunächst nur einleucht-

tende besonders kritische Produkte betroffen, so hat das Modell im europäischen Rechtsraum Schule gemacht.

Unternehmen sollten daher regelmäßig den eigenen Rechtsrahmen überwachen. Es ergeben sich auch laufend weitere Verschärfungen: Waren beispielsweise zunächst „passive“ Geräte (die Ströme nur durchleiten) nicht vom Geltungsbereich des ElektroG umfasst, unterfallen sie nunmehr seit Mitte 2019 diesen Regelungen. Es reicht daher nicht, sich auf die vor Jahren durchgeführte Prüfung, ob für das eigene Produkt Registrierungspflichten greifen, zu verlassen. Der Rechtsraum ist in Bezug auf die Entstehung neuer Pflichten für Hersteller und Inverkehrbringer sehr schnelllebig.

#### **Kennzeichnungspflichten**

Am deutlichsten ist die wachsende Zahl und Intensität der Pflichten bei den Kennzeichnungspflichten erkennbar, auch für Verbraucher. Wer hat sich noch nicht über das ellenlange Etikett in der Jeans oder die seitenlangen Sicherheitshinweise für die elektrische Zahnbürste geärgert, die man erst durchblättern muss, um zur eigentlichen Anleitung zu kommen? Wer hat sich nicht schon gewundert, dass auf dem Eukalyptus-Öl, das schon Mutter gegen Erkältungs-Kopfschmerzen verwendete, plötzlich große Warnpiktogramme prangen?

Die Kennzeichnungspflichten treffen sowohl Hersteller als auch Inverkehrbringer: Das Produkt darf nur dann in Verkehr gebracht werden, also z. B. verkauft werden, wenn die erforderlichen Kennzeichnungen richtig angebracht sind. Auch hier ist eine gewisse Detailverliebtheit erforderlich: Oftmals existieren genaue Vorgaben zur Größe und zur Platzierung der Kennzeichnungen. Die Gestaltung der Produktverpackung sollte daher immer in enger Abstimmung zwischen Marketing und Rechtsabteilung erfolgen. Eine typische Fehlerquelle ist übrigens die Druckfreigabe, also erst der Fertigungsprozess der Verpackung selbst. Neben den Angaben zum Hersteller und/oder Inverkehrbringer sind vielfach auch bestimmte Piktogramme zwingend vorgegeben. Besonders ärgerlich wird es, wenn der ausländische Hersteller – gut gemeint – Kennzeichnungen an der Ware vornimmt, die zu ungewollten Rechtsfolgen führen, der Klassiker ist hierbei die „CE“-Kennzeichnung.

Gerade bei der Umsetzung von Kennzeichnungspflichten ist es erforderlich, eine enge Abstimmung mit dem Einkauf zu gewährleisten. Um unnötige Kosten und Aufwand für Änderungen an der Etikettierung und Kennzeichnung zu vermeiden, ist es sinnvoll, schon bei Abschluss der Verträge mit dem Lieferanten abzustimmen, welche Kennzeichnungen dieser wo anbringt. Denn schon ein zusätzliches Klebe-Etikett, welches der Lieferant neben das abgestimmte Etikett mit den richtigen Angaben klebt, kann dazu führen, dass die Kennzeichnung widersprüchlich ist.

#### **Meldepflichten**

Mit Meldepflichten ist gemeint, dass Unternehmen verpflichtet sind, bestimmte Daten an eine staatliche Stelle oder eine vom Staat beauftragte Stelle zu melden. Dies kann beispielsweise Produktströme betreffen (z. B. Elektrogeräte) oder Änderungen des Betriebs (z. B. bei Lebensmittelunternehmen). In vielen Fällen betreffen Meldepflichten die Produktströme dahingehend, dass Mengen, Gewicht, Spezifizierungen und ähnliche Angaben zu den in Verkehr gebrachten Produkten aufgezeichnet und zu bestimmten festen Meldezeitpunkten an die staatliche Stelle übermittelt werden müssen.

Dass eine Meldepflicht erfüllt werden kann, setzt immer voraus, dass die entsprechenden Daten im Unternehmen auch gesammelt und in geeigneter Form zusammengestellt und aufbewahrt werden. Meist ist es erforderlich, die Datenerfassung (die z. B. üblicherweise in Form der Auftragssachbearbeitung erfolgt) um die notwendigen Parameter zu ergänzen. So kann beispielsweise bei der Eingabe des Auftrags bereits das Häkchen an der richtigen Stelle gesetzt werden, um die Menge für die spätere Berichterstattung zu erfassen. Für viele Unternehmen mag dies selbstverständlich sein. Unserer Beratungserfahrung nach ist dies aber immer noch nicht bei allen Unternehmen der Fall, vielmehr erfolgt die Zusammenstellung der Melddaten für Produkte oftmals erst nachträglich für die Zwecke – und verursacht so doppelten Aufwand. Hier bieten sich auch rein praktisch große Vereinfachungspotentiale.

#### **Warum das Ganze? Und wie gehe ich damit um?**

Die wachsende Anzahl und Reichweite von Registrierungs-, Kennzeichnungs- und Meldepflichten zeigt deutlich den Wandel der Verwaltungskultur und auch des Verbraucherbildes. In Deutschland kennen wir traditionell die selbsttätig arbeitende fachlich versierte Überwachungsbehörde, die zum Schutz des

Verbrauchers von Amts wegen recherchiert und tätig wird. Auf Europäischer Ebene ist der Regelungsansatz etwas anders. Dort wird oftmals eine umfassende Bringschuld an Informationen für Unternehmen vorgesehen. Der Bürger soll insbesondere durch Warnhinweise und Informationen als „informierter Verbraucher“ in der Lage sein, sich zu schützen.

Für die Unternehmen bedeutet dies, sehr sorgfältig die eigenen Pflichten zu prüfen. Die enge Vernetzung zwischen Marketing, Einkauf und Recht ist hierbei zwingend erforderlich. Schon kleine Änderungen an der Verpackungsgestaltung, Kennzeichnung oder Katalogdarstellung können rechtliche Konsequenzen haben. An der Gestaltung von Produkt, Verpackung und Marketing sollte daher immer die für produktbezogene Pflichten zuständige Abteilung beteiligt werden.

Wie immer hilft eine sorgfältige Planung und Organisation, die Pflichten zu erfüllen und den Aufwand dafür zu minimieren. Wer sich als Unternehmen über die Pflichten ärgert, dem mag ein Gedanke helfen: Die Pflichten treffen auch alle Konkurrenten gleichermaßen. Und einige schwarze Schafe fallen so hoffentlich eher auf.



Dr. Sven Hasenstab

## Schiedsklauseln in der Insolvenz

Der wirtschaftliche Ausblick auf den Herbst 2020 ist düster. Die COVID-19-Pandemie hat vielen Unternehmen sehr zugesetzt. Experten gehen davon aus, dass es in vielen Branchen zu einer Zunahme von Insolvenzen kommen wird. Mit Spannung wird in Deutschland der Ablauf der Frist zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht am 30. September 2020 erwartet. Viele „Zombieunternehmen“, die längst überschuldet sind, werden dann Farbe bekennen müssen. Insolvenzanfechtungen und Anschlussinsolvenzen sind zu erwarten. Weltweit sieht die Lage noch düsterer aus. Länder wie die USA und England sowie auch die Euro-Südländer sind von der Pandemie hart getroffen worden. Auch hier steht die wirtschaftliche Bilanz noch aus.

Insbesondere in Verträgen mit Auslandsbezug finden sich sehr häufig Schiedsklauseln, mit denen ein etwaiger Streit den staatlichen Gerichten entzogen und zur Entscheidung an ein privates Schiedsgericht übertragen wird. Beispielhaft sind hier Unternehmenskaufverträge (M&A), Investorenvereinbarungen, Joint-Ventures sowie auch Warenlieferverträge zu nennen. Als Vorteile der privaten Schiedsgerichtsbarkeit werden hier neben der Möglichkeit zur Vereinbarung einer beliebigen Verfahrenssprache und der Vertraulichkeit die Expertise der Schiedsrichter, auf deren Benennung die Parteien Einfluss nehmen können, die bessere Vollstreckbarkeit und die nur eingeschränkte Rechtsmittelfähigkeit von Schiedssprüchen genannt. Doch was passiert eigentlich mit einer Schiedsklausel in der Insolvenz?

### 1. Grundsätzlich keine Auswirkung

Während die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Prozesspartei oder der Übergang von deren Verwaltungs- oder Verfügungsbefugnis auf einen vorläufigen Insolvenzverwalter zur Unterbrechung des laufenden Zivilverfahrens führt, findet sich eine derartige Regelung im Schiedsverfahren nicht. Die Insolvenz hat auf das Schiedsverfahren grundsätzlich keine Auswirkung. Eine Ausnahme besteht insoweit nur für Anfechtungsstreitigkeiten oder in Härtefällen, in denen der Insolvenzverwalter aufgrund von Masselosigkeit ein Schiedsverfahren nicht mehr betreiben könnte. In derartigen Fällen kann auch die andere Partei gegen ein insolventes Unternehmen vor dem staatlichen Gericht klagen, da die Schiedsklausel in diesem Fall undurchführbar wird. Für alle anderen Fälle gilt, dass die Insolvenz einer Partei weder die Schiedsvereinbarung, noch ein laufendes Schiedsverfahren tangiert. Insbesondere steht dem Insolvenzverwalter kein Wahlrecht dahingehend zu, sich aus der Schiedsvereinbarung einseitig zu lösen oder diese gegen sich gelten zu lassen. Ebenso unterliegt eine Schiedsklausel als solche nicht der Insolvenzanfechtung, da sie für sich genommen nicht gläubigerbenachteiligend wirkt. Wie immer in Schiedsverfahren kann die Schiedsklägerin das Schiedsverfahren auch nur mit Zustimmung der Schiedsklägerin durch Klagerücknahme beenden.

### 2. Prozessuale Möglichkeiten bei Klagen einer insolventen Partei

In Fällen, in denen die Klägerpartei in Insolvenz fällt, kann dies für die Beklagtenseite mitunter problematisch sein. Schiedsverfahren sind relativ teuer, da in ihnen oft intensiver verhandelt wird und das Schiedsgericht den Parteien oft mehr rechtliches Gehör gewährt, als es ein staatliches Gericht tun würde. Dies führt teilweise zu hohen Kosten der Parteien für deren Prozessbevoll-

mächtigte, wobei die obsiegende Partei gegen die unterlegene Partei grundsätzlich einen vollen Kostenerstattungsanspruch ohne irgendeine Begrenzung auf die gesetzlichen Gebühren hat. Klagt nun eine insolvente Partei, hat dies für die Beklagte jedoch unter Umständen zur Folge, dass sie mit ihrem Kostenerstattungsanspruch auszufallen droht, da dieser aus der Masse nicht befriedigt werden kann.

Hier bietet es sich für die beklagte Partei an, über die Beantragung einer Kostensicherheit als vorläufige sichernde Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes nachzudenken. Eine derartige Anordnung durch das Schiedsgericht, vorausgesetzt, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit des Scheiterns der Klage und des Ausfalls des Kostenerstattungsanspruchs besteht, würde der Klägerin auferlegen, die zu erwartenden Prozesskosten der Beklagten auf einem Treuhandkonto zu hinterlegen. Tut die Klägerin dies nicht, gilt die Klage als zurückgenommen, wobei die Verjährung etwaiger Ansprüche bis zum Zeitpunkt der Rücknahme als gehemmt gilt. Die Partei, die eine derartige Maßnahme beantragt, sollte zuvor jedoch darüber nachdenken, ob sie die damit einhergehende summarische Prüfung der Erfolgssichten der Schiedsklage durch das Schiedsgericht tatsächlich will.

### 3. Prozesskostenfinanzierung

Auch für Fallkonstellationen, in denen der Insolvenzverwalter Ansprüche der Insolvenzschuldnerin trotz knapper Kasse vor einem Schiedsgericht verfolgen und so werthaltige Ansprüche zur Verbesserung der Masse beitreiben will, hält die Rechtspraxis Lösungen bereit. Insbesondere bei hohen Streitwerten bietet es sich an, die Prozessführung über sog. Prozesskostenfinanzierungsfonds sicherzustellen. Diese stellen nach einer Prüfung der Erfolgssichten durch unabhängige Anwälte ausreichende Mittel zur Verfügung und werden bei positivem Ausgang am Erlös beteiligt. Dies ermöglicht es Verwaltern, aussichtsreiche Prozesse führen zu können und hat zudem den Vorteil, dass bei der Begutachtung des Falls durch das Finanzierungsunternehmen, hinter dem in der Regel größere Private Equity Gesellschaften stehen, auch die Risiken so geprüft werden, dass der Verwalter gegenüber dem Gläubigerausschuss besser Rechenschaft zu der Frage ablegen kann, ob eine Beitreibung lohnt oder nicht.

Hubert Salmen

## Was ist bei der Vorbereitung von Gesellschafterversammlungen zu beachten?

Gesellschafterversammlungen dienen insbesondere dem Zweck, über die die Gesellschaft betreffenden Fragen zu beschließen und sich hierüber auszutauschen und darüber zu diskutieren und zu streiten. Zudem dienen Gesellschafterversammlungen auch der bloßen Information der Gesellschafter über die Lage der Gesellschaft. Mit Blick auf die Vorbereitung einer Gesellschafterversammlung stellt sich für den Einladenden, d. h. regelmäßig die Geschäftsleitung, aber auch für deren Berater, die Frage, welche Gesichtspunkte hierbei beachtet werden müssen. Die nachfolgenden Erläuterungen beziehen sich ausschließlich auf die GmbH, die GbR sowie Personenhandelsgesellschaften, d. h. offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaften sowie GmbH & Co. KG.

Insbesondere mit Blick auf die in einer Gesellschafterversammlung erforderlichen Beschlüsse, muss frühzeitig geklärt werden, ob die Beschlüsse einem besonderen Formalfordernis, etwa einer

notariellen Beurkundungsbedürftigkeit unterliegen. So sind in der GmbH Beschlüsse über Satzungsänderungen, Kapitalmaßnahmen beurkundungsbedürftig. Überdies sind auch Verschmelzungsbeschlüsse sowie gewisse nach dem Umwandlungsgesetz erforderliche Zustimmungserklärungen der Gesellschafter notariell zu beurkunden. Demnach sollte bei der Vorbereitung zunächst darauf geachtet werden, ob für die Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung ein Notar hinzugezogen werden muss oder nicht. Ist dies der Fall, muss mit diesem der Termin für die Gesellschafterversammlung im Vorfeld abgestimmt werden.

Bei der Vorbereitung ist weiterhin zu prognostizieren, ob die beabsichtigte Beschlussfassung einstimmig gefasst werden wird oder ob im Zweifel davon auszugehen ist, dass ein beantragter Beschluss im Wege eines Mehrheitsbeschlusses gefasst werden wird. Es ist also zu klären, ob eine einvernehmliche oder eine streitige Gesellschafterversammlung zu erwarten ist. Bei der einvernehmlichen und einstimmig zu erwartenden Beschlussfassung kann sowohl in der GmbH als auch in der Personengesellschaft bzw. Personenhandelsgesellschaft eine sogenannte Universalversammlung unter Verzicht auf sämtliche Fristen und Formen durchgeführt werden. Sofern kein gesetzliches Erfordernis einer Gesellschafterversammlung unter Anwesenheit der Gesellschafter (Präsenzversammlung) besteht, kommt auch eine Beschlussfassung ohne Präsenzversammlung im schriftlichen Umlaufverfahren bzw. durch schriftliche Stimmabgabe gem. § 48 GmbHG in Frage. Eine gesetzliche Verpflichtung zur Durchführung einer Präsenzversammlung ist etwa in § 13 UmwG vorgesehen. Danach müssen Verschmelzungsbeschlüsse in einer Gesellschafterversammlung und damit unter Präsenz der Gesellschafter gefasst werden. Besteht ein solches gesetzliches Präsenzfordernis nicht, ist die Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren bzw. schriftlichen Umlaufverfahren gem. § 48 GmbHG zulässig, wenn sämtliche Gesellschafter hiermit einverstanden sind und zustimmen beziehungsweise die in dem betreffenden Gesellschaftsvertrag beschriebenen Anforderungen an eine schriftliche Beschlussfassung erfüllt sind.

Ist nicht mit einer einstimmigen Beschlussfassung, sondern mit einer streitigen Gesellschafterversammlung und einer Mehrheitsentscheidung zu rechnen, scheidet in der Regel eine schriftliche Beschlussfassung bzw. Universalversammlung unter Verzicht auf sämtliche Fristen und Formen in der Regel aus. Ausnahmsweise sehen Gesellschaftsverträge die Möglichkeit einer schriftlichen Beschlussfassung nicht nur bei Zustimmung sämtlicher Gesellschafter vor, sondern auch bei Zustimmung einer bestimmten qualifizierten Mehrheit. Zudem sieht aktuell, jedenfalls bislang bis zum 31.12.2020, Artikel 2 Gesetz zur Abmilderung der Folgen der Covid19 Pandemie im Zivilinsolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27.03.2020 (COMVG) vor, dass abweichend von § 48 Abs. 2 GmbHG Beschlüsse der Gesellschafter in Textform oder durch schriftliche Abgabe der Stimmen auch ohne Einverständnis sämtlicher Gesellschafter gefasst werden können. Diese Regelung ist nach überwiegender Ansicht auch auf solche GmbHs anzuwenden, die in ihrer Satzung gleichlautend zu § 48 Abs. 2 GmbHG vorsehen, dass sämtliche Gesellschafter einer schriftlichen Beschlussfassung zustimmen müssen. Bei der Vorbereitung und Durchführung einer derartigen schriftlichen Beschlussfassung muss bei der Aufforderung zur Teilnahme an einer schriftlichen Beschlussfassung ausdrücklich ein Hinweis auf Art. 2 COMVG folgen. Das Verfahren sollte 2-stufig ausgestaltet werden. In einem ersten Schritt sollte der Gesellschafter oder der Geschäftsführer die übrigen Gesellschafter auffordern, über die

Durchführung einer schriftlichen Beschlussfassung abzustimmen. Damit dem von der Beschlussfassung betroffenen Gesellschaftern bzw. bei der eigentlichen Beschlussfassung über den Beschlussantrag ggf. nicht stimmberechtigten Gesellschaftern aber rechtliches Gehör eingeräumt wird, müsste beachtet werden, dass bereits bei der Abstimmung über die Zulässigkeit und Durchführung der schriftlichen Beschlussfassung die Gesellschafter zur Stellungnahme zu den materiellen Tagesordnungspunkten, über die dann im zweiten Schritt Beschluss gefasst werden soll, aufgefordert werden. Auch nicht stimmberechtigten oder von Stimmverboten betroffenen Gesellschaftern steht ein Teilnahmerecht und damit ein Anhörungsrecht zu. Mangels anderer gesellschaftsvertraglicher Regelung ist wohl nach herrschender Meinung und gem. Art. 2 § 5 COMVG die schriftliche Beschlussfassung dann zulässig, wenn mindestens die Hälfte der Gesellschafter mit der schriftlichen Beschlussfassung einverstanden sind und sodann die nach Gesetz und/oder Gesellschaftsvertrag erforderliche Mehrheit den Beschluss in der Sache gefasst hat.

Wird bei einer streitigen Gesellschafterversammlung die schriftliche Stimmabgabe bzw. das schriftliche Umlaufverfahren – sei es gesellschaftsvertraglich vorgesehen oder gem. Art. 2 § 2 COMVG zugelassen – nicht gewählt, kommt nur eine Präsenzversammlung als Gesellschafterversammlung in Frage. Damit die darin beabsichtigten Beschlüsse später auch wirksam sind, ist auf Folgendes zu achten:

Der „Richtige“ muss die Gesellschafterversammlung einberufen. In der GmbH ist grundsätzlich der Geschäftsführer zur Einberufung von Gesellschafterversammlungen befugt. Gesellschaftsvertraglich kann die Zuständigkeit aber auch abweichend geregelt sein und ggf. einem Aufsichtsrat eine Einberufungszuständigkeit zugewiesen sein. In der Personengesellschaft bzw. Personenhandelsgesellschaft sind jeweils nur geschäftsführende Gesellschafter zur Einberufung von Gesellschafterversammlungen berechtigt. Von der Geschäftsführung gesetzlich ausgeschlossene Kommanditisten sind also in der Regel nicht selbst zur Einberufung von Gesellschafterversammlungen berechtigt. Allerdings können in der GmbH Gesellschafter, die mit 10 % oder mehr beteiligt sind, ihr Minderheitsrecht ausüben und von der Geschäftsführung die Einberufung einer Gesellschafterversammlung mit einer bestimmten Tagesordnung verlangen.

Kommt die Geschäftsführung diesem Einberufungsverlangen nicht innerhalb von etwa 3 bis 4 Wochen nach, sind die Minderheitsgesellschafter in der GmbH selbst berechtigt, zu einer entsprechenden Gesellschafterversammlung zu laden. In der Personengesellschaft und Personenhandelsgesellschaft sind von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter, insbesondere Kommanditisten, unabhängig von ihrer Beteiligungshöhe, berechtigt, von geschäftsführenden Gesellschaftern die Einberufung einer Gesellschafterversammlung zu verlangen. Kommen diese dem Verlangen nicht rechtzeitig nach, können die Kommanditisten selbst die Gesellschafterversammlung einberufen. Jedoch muss es um Tagesordnungspunkte gehen, über die die Kommanditisten überhaupt Beschluss zu fassen haben. Hierzu ausgenommen sind regelmäßig Fragen der laufenden Geschäftsführung. Wird die Gesellschafterversammlung durch ein unzuständiges Organ einberufen, sind die im Rahmen der betreffenden Gesellschafterversammlung gefassten Beschlüsse nichtig, es sei denn, sämtliche Gesellschafter sind erschienen und fassen ohne Rüge die angekündigten Beschlüsse (rügelose Vollversammlung).

Weiterhin sind sämtliche Gesellschafter einzuladen. Bei der GmbH ist grundsätzlich die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste maßgeblich. Sind nicht alle Gesellschafter geladen worden, sind die Beschlüsse nichtig, es sei denn sämtliche Gesellschafter sind gleichwohl erschienen und führen die Gesellschafterversammlung ohne Rüge durch.

Wichtig ist insbesondere, die Form und Frist der Ladung zur Gesellschafterversammlung zu beachten. Hier sind zunächst die gesellschaftsvertraglichen Regelungen zu beachten. In der GmbH ist zu beachten, dass die gesetzliche Ladungsfrist von einer Woche und die Ladungsform, nämlich Einschreiben, nicht durch den Gesellschaftsvertrag abgemildert und damit für den einzuladenden Gesellschafter verschärft und erschwert werden. Das Einwurfeinschreiben sowie das Übergabeeinschreiben sind ausreichend. Dort ist die Einladung mittels eingeschriebener Briefe vorgesehen. Verstöße gegen die Form und Frist einer Ladung bzw. Einberufung zu einer Gesellschafterversammlung können zur Unwirksamkeit der in der Versammlung gefassten Beschlüsse führen. Bei der GmbH ist dies immer dann der Fall, wenn sich der Fehler auf die Beschlussfassung möglicherweise ausgewirkt hat, er also eine relevante Verletzung des Teilnahme-rechts beinhaltet. Auch bei Personengesellschaften führen Verfahrensmängel bei der Einberufung nur dann zur Nichtigkeit des Beschlusses, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Zustandekommen des Beschlusses durch den Fehler beeinflusst war. Eine Beschlussunwirksamkeit ist insoweit nur dann anzunehmen, wenn durch den Ladungsfehler die Teilnahmemöglichkeiten eines Gesellschafters einschließlich der Vorbereitungs- und Beratungsmöglichkeiten eingeschränkt worden sind. Diese Kausalität und Ursächlichkeit kann nicht allein deshalb verneint werden, weil der Gesellschafter, der sich auf den Ladungs- bzw. Formmangel beruft, ohne dies überstimmt worden wäre oder nicht mit abstimmen durfte.

Mit Blick auf die zu beachtende Ladungsfrist gilt sowohl für die GmbH als auch für die Personen- bzw. Personengeschäftsgesell-schaften, die Mindestladungsfrist von einer Woche, sofern der jeweilige Gesellschaftsvertrag nicht eine längere Frist vorschreibt. Bei der postalischen Versendung der Einladung ist eine zweitägige Zustellfrist für übliche Postlaufzeit hinzuzurechnen. Wird also die Einladung Montag versandt, kann bei Zugrundelegung einer einwöchigen Ladungsfrist die Gesellschafterversammlung frühestens am Donnerstag der darauffolgenden Woche stattfinden. Fällt das Fristende der Ladungsfrist auf einen Samstag, Sonn- oder Feiertag, sollte dies vorsorglich berücksichtigt werden und das Fristende wäre erst am darauffolgenden Montag gegeben und die Versammlung könnte erst frühestens am Dienstag stattfinden.

Hinsichtlich des Zeitpunktes der Gesellschafterversammlung enthält das Gesetz und enthalten die Gesellschaftsverträge regel-mäßig keine Restriktionen mit Ausnahme derjenigen, die für die Durchführung der ordentlichen Gesellschafterversammlung, die über Jahresabschlussfeststellung, Gewinnverwendung und Entlastung der Geschäftsführung Beschluss fasst. Jedoch darf die Auswahl des Zeitpunkts der Gesellschafterversammlung nicht zur Verletzung von Teilnahmerechten führen. Verboden sind damit Ladungen für einen Zeitpunkt, zu dem die Verhinderung eines Gesellschafters bereits bekannt ist. Hingegen ist die Ladung zu Gesellschafterversammlungen auf Sonn- und Feiertagen nicht generell unzulässig.

Mit Blick auf den Ort der Gesellschafterversammlung ist eben-falls zunächst in den Gesellschaftsvertrag bzw. die Satzung zu schauen. Ist dort nichts geregelt, ist in der GmbH regelmäßig die Gesellschafterversammlung am Sitz der Gesellschaft und damit innerhalb der in der Satzung angegebenen politischen Gemeinde anzuberaumen. Die Gesellschafterversammlung muss nicht in den Geschäftsräumlichkeiten der Gesellschaft stattfin-den. Unzulässig ist eine schikanöse Ortswahl, insbesondere die Privatwohnung eines verhassten Mitgesellschafters oder die Rechtsanwaltskanzlei des verfeindeten Mitgesellschafters. Bei der Personengesellschaft gilt ähnliches. Auch hier darf die Teilnahme an Gesellschafterversammlungen nicht schikanös erschwert oder vereitelt werden.

Bei der Vorbereitung muss sodann besonderes Augenmerk auf den Inhalt der Einladung und insbesondere die Ankündigung der Tagesordnung gelegt werden. In der GmbH ist § 51 GmbHG zu beachten und darüber hinaus weitere gesellschaftsvertragliche Regelungen. Nach § 51 Abs. 2 GmbHG ist der Zweck der Versammlung jederzeit bei der Berufung anzukündigen. Entsprechende Beschlussgegenstände müssten allerdings gem. § 51 Abs. 4 spätestens drei Tage vor der Versammlung in der für die Einberufung vorgeschriebenen Weise angekündigt worden sein. Diese Vorschrift wird oftmals genutzt, um dem gegneri-schen Gesellschafter eine angemessene Vorbereitung auf die Gesellschafterversammlung zu erschweren. So wird oftmals zu unverfänglichen Tagesordnungspunkten eine Gesellschafterver-sammlung unter Beachtung einer mehrwöchigen Frist einberufen und dann werden rechtzeitig und zwar drei Tage vor der Versammlung die eigentlichen kritischen Beschlusspunkte mitgeteilt. Auch bei der Dreitägesfrist ist allerdings eine zweitägige Postlaufzeit zu berücksichtigen und auch, dass erst nach Ablauf der dreitägigen Frist die Versammlung stattfinden darf.

Mit Blick auf die Ankündigung der Tagesordnung müssen die Beschlussgegenstände so genau bezeichnet sein, dass sich der Empfänger der Einladung ein hinreichendes Bild machen kann, worum es geht. Vorformulierte Beschlussanträge sind nicht erfor-derlich. Allerdings sind diese gerade bei anstrengenden und nervenaufreibenden Gesellschafterversammlungen hilfreich. Werden die Tagesordnungspunkte nicht ausreichend angekün-digt, sind gleichwohl gefasste Gesellschafterbeschlüsse bei der GmbH anfechtbar und bei der Personengesellschaft nichtig, soweit nicht eine rügelose Vollversammlung erfolgt ist.

Am Tag der Gesellschafterversammlung ist bei verspätetem Eintreffen von Gesellschaftern eine angemessene Wartezeit zu beachten. Die Eröffnung der Gesellschafterversammlung erfolgt grundsätzlich durch das Einberufungsorgan und damit durch den Geschäftsführer in der GmbH bzw. dem geschäftsführen-den Gesellschafter in der Personengesellschaft oder durch den Gesellschafter, sofern dessen berechtigtes Einberufungsverlan-gen durch die Geschäftsleitung nicht erfüllt wurde.

Sodann sollten die Teilnehmer festgestellt werden und auch das Vorliegen einer ordnungsgemäßen Ladung. Etwaige Stimm-rechtsvollmachten sollten dann vorgelegt, zu den Unterlagen und damit zum Protokoll genommen werden.

Insbesondere ist auch die Beschlussfähigkeit der Gesellschaf-terversammlung festzustellen. Die Beschlussfähigkeit einer Gesellschafterversammlung betrifft die Frage, ob in einer Gesell-schafterversammlung trotz ordnungsgemäßer Ladung eine aus-

reichende Anzahl an Gesellschaftern persönlich anwesend oder vertreten ist, damit wirksam Beschlüsse gefasst werden können. Sofern der Gesellschaftsvertrag oder die Satzung zur Beschlussfähigkeit einer Gesellschafterversammlung keine besonderen Regelungen enthält, hängt die Beschlussfähigkeit einer Versammlung allein von den gesetzlichen oder vertraglichen Mehrheitserfordernissen ab. Sofern Beschlüsse nur mit Zustimmung aller Gesellschafter oder mit einer Stimmenmehrheit aller Gesellschafter bzw. der Mehrheit der vorhandenen Stimmen gefasst werden können, kann die Abwesenheit von Gesellschaftern bzw. Stimmen zur Beschlussunfähigkeit der Versammlung führen. Wenn nach dem Gesellschaftsvertrag auf die Anzahl der abgegebenen Stimmen abgestellt wird, stellt sich die Problematik einer Beschlussfähigkeit der Gesellschafterversammlung anders dar. Bei der GmbH ist die Beschlussfassung nach der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gem. § 47 Abs. 1 GmbHG ohnehin der gesetzliche Regelfall. Damit ist eine ordnungsgemäß geladene Gesellschafterversammlung bereits dann in der GmbH beschlussfähig, sofern bei ordnungsgemäßer Einberufung auch nur ein Gesellschafter erschienen ist.

Ist eine Gesellschafterversammlung nicht beschlussfähig und werden trotzdem in der Gesellschafterversammlung Beschlüsse gefasst, sind derartige Beschlüsse in der Personengesellschaft nichtig und im Falle der GmbH anfechtbar, es sei denn, die nicht erschienenen Gesellschafter haben die Versammlung nachweislich bewusst boykottiert und damit die entsprechende Beschlussunfähigkeit rechtsmissbräuchlich herbeigeführt.

Sodann sollte insbesondere in der GmbH ein Versammlungsleiter bestellt werden und zwar mit dem Recht zur Beschlussfeststellung. Dies hat nämlich folgende Konsequenzen:

Der jeweils vom Versammlungsleiter festgestellte Beschluss (positiv oder auch negativ) muss fristgebunden mit einer Frist von einem Monat gerichtlich angefochten werden, es sei denn, der Beschluss ist bereits nichtig. Damit verschiebt sich je nach Inhalt der Beschlussfeststellung die Klagelast, also die Obliegenheit, als unterlegener Gesellschafter fristgebunden Anfechtungsklage gegen den betreffenden Beschluss zu erheben.

Bei der Vorbereitung von Gesellschafterversammlungen ist schlussendlich noch zu beachten, wer an der Gesellschafterversammlung teilnehmen darf und ob und inwieweit Stimmrechts- bzw. Vollmachten zulässig sind. Bei Personengesellschaften muss eine Vertretung und damit eine Stimmrechtsvollmacht ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag zugelassen sein. Bei der GmbH ist die Stimmrechtsausübung durch Bevollmächtigte dagegen ein gesetzlicher Regelfall.

Es gibt noch zahlreiche Gesichtspunkte, die bei der Vorbereitung einer Gesellschafterversammlung wichtig sind. Insbesondere auch aus der Perspektive etwaiger Minderheitsgesellschafter, und nicht nur aus Sicht des Einladenden sind taktische Vorüberlegungen oftmals sehr wichtig.

Ute Lienenlüke/Dr. Paul Czaplinski

### **Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang – § 2 COVInsAG und die Auswirkungen auf die Haftung des GmbH-Geschäftsführers nach § 64 S. 1 GmbHG**

Der Zweck des Gesetzes zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung

einer solchen durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz (COVID19-Insolvenzaussetzungsgesetz – COVInsAG) vom 27. März 2020 – das Insolvenzrecht als Ordnungsrecht für mindestens sechs Monate weitestgehend außer Kraft zu setzen – qualifizierte selbiges dazu, als eine der an erster Stelle stehenden Maßnahmen des Gesetzgebers zur Eindämmung der wirtschaftlichen Folgen der COVID-19-Pandemie, umgesetzt zu werden.

### **1. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht, § 1 COVInsAG**

§ 1 COVInsAG setzt § 15a Abs. 1 S. 1 InsO, wonach die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler einer juristischen Person verpflichtet sind, ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung den Insolvenzantrag zu stellen, setzt dieses jedenfalls teilweise außer Kraft. Dieselbe Verpflichtung trifft grundsätzlich auch die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter oder die Abwickler bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist (z. B. GmbH & Co. KG). Die Verpflichteten können bei einem Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht sowohl strafrechtlich als auch zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, um so insbesondere Gläubigerinteressen Rechnung zu tragen.

§ 1 COVInsAG beseitigt die Insolvenzantragspflicht (zunächst) für die Zeit vom 01.03. bis einschließlich 30.09.2020. Voraussetzung ist indes, dass die Insolvenzreife auf den Folgen der COVID-19-Pandemie beruht und Aussichten darauf bestehen, dass die Zahlungsunfähigkeit beseitigt wird. Das Beruhen der Insolvenzreife auf den Folgen der Pandemie wird vermutet, wenn das Unternehmen zum 31.12.2019 nicht insolvenzreif war.

### **2. Haftung des Geschäftsführers nach § 64 S. 1 GmbHG**

Mit der Insolvenzantragspflicht des § 15a InsO korrespondiert die Regelung des § 64 Satz 1 GmbHG und deren Schwester-Vorschriften im HGB und AktG, wonach die Geschäftsführer verschuldensunabhängig zur Erstattung von Zahlungen verpflichtet sind, die nach Eintritt materieller Insolvenzreife (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) geleistet werden. Diese Erstattungspflicht ist oftmals Grundlage erheblicher Zahlungsansprüche der Gesellschaft, die der Insolvenzverwalter im Rahmen des Insolvenzverfahrens geltend macht. Anknüpfungspunkt der Erstattungspflicht ist, wie bei der Insolvenzantragspflicht, die materielle Insolvenzreife der betroffenen GmbH.

Stellt der Geschäftsführer den Insolvenzantrag nicht, sondern werden weiter Zahlungen geleistet, so ist er zu dessen Erstattung verpflichtet. Dies gilt gem. § 64 Satz 2 GmbHG dann nicht, wenn die Zahlungen auch nach diesem Zeitpunkt, d. h. dem Eintritt der materiellen Insolvenzreife, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind. Regelmäßig wird zu überprüfen sein, ob die Zahlung im wohlverstandenen Interesse der Gläubiger liegt, mithin wenn die Zahlung mehr Vor- als Nachteile für die Insolvenzmasse verspricht. So kann als Kontrollüberlegung auf das mutmaßliche Verhalten eines Insolvenzverwalters in der Situation des Geschäftsführers abgestellt werden.

### **3. Folgen der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und Auswirkungen auf die Haftung des Geschäftsführers nach § 64 GmbHG**

Um zu verhindern, dass der Geschäftsführer wegen § 1 COVInsAG zwar keinen Insolvenzantrag stellen muss, aber wegen Eintritts materieller Insolvenzreife zur Erstattung sämtlicher im Ausset-

zungszeitraum bis zur Beseitigung der Insolvenzreife verpflichtet ist und damit in der Führung des Unternehmens eingeschränkt wird, regelt § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG, dass „Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, (...) als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters im Sinne des § 64 Satz 2 GmbHG (...) vereinbar“ gelten, mithin eine Erstattungspflicht des Geschäftsführers nicht eintritt. Dies soll insbesondere für solche Zahlungen gelten, „die der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes oder der Umsetzung eines Sanierungskonzeptes dienen“.

Sicher ist damit, dass jedenfalls solche Zahlungen, die der Aufrechterhaltung des Unternehmens dienen, dem Geschäftsführer erlaubt sind. Welche Zahlungen aber darüber hinaus dem „ordnungsgemäßen Geschäftsgang“ zuzuordnen sind, ist unklar und birgt Risiken für den Geschäftsführer, der das Unternehmen im Aussetzungszeitraum trotz materieller Insolvenzreife fortführt.

Ist der Geschäftsführer mithin berechtigt, beispielsweise Leistungen auf laufende Leasingverträge für Dienstwagen zu leisten, wenn aufgrund der bestehenden Einschränkungen die Nutzung dieser Dienstwagen (mit Ausnahme der Fahrt zum Unternehmen und bei der Möglichkeit der Arbeit im Home-Office möglicherweise nicht einmal dies) nicht mehr notwendig ist, um das Unternehmen aufrechtzuerhalten? Muss der Geschäftsführer die Zahlung auf Altverbindlichkeiten einstellen, wenn nicht aufgrund vereinbarter Vorbehaltstrechte des Lieferanten Nachteile drohen? Dürfen offene Mietzahlungen erfolgen, wenn eine Kündigung des Mietvertrages aufgrund der offenen Forderungen nicht droht?

Die Rechtsprechung legt das Zahlungsverbot des § 64 Satz 1 GmbHG grundsätzlich streng aus. Dies dürfte nunmehr jedoch nicht mehr der Fall sein. Der Geschäftsführer wird sich dennoch fragen müssen, ob die Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Betriebes gefährdet ist, wenn er die Zahlung zurückhält. Insbesondere erlaubt sein wird die Bezahlung von Altrechnungen eines Lieferanten bei laufender Geschäftsbeziehung und bestehender Abhängigkeit. Die Begleichung ausstehender Mieten wird mit der Sorgfalt des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers vereinbar sein, wenn andernfalls die Kündigung des Mietvertrages droht. Abstand nehmen müssen wird der Geschäftsführer allerdings von Zahlungen, die nicht der Fortführung des Unternehmens dienen.

#### 4. Fazit

Zwar setzt das COVInsAG die Insolvenzantragspflicht unter bestimmten Umständen aus und erweitert die Möglichkeiten des Geschäftsführers ohne Erstattungspflicht das Unternehmen fortzuführen. Dringend abgeraten werden muss allerdings davon, als Geschäftsführer eines insolvenzreifen Unternehmens einfach weiter zu machen wie bisher. Dies erlaubt das Gesetz nicht; der Geschäftsführer setzt sich der Gefahr aus, auf Erstattung geleisterter Zahlungen in Anspruch genommen zu werden. Es ist daher zu raten, die Zahlungsströme im Unternehmen kritisch zu hinterfragen und entsprechende Anpassungen vorzunehmen. Dies gilt umso mehr, als die strafbewehrte Haftung gegenüber Sozialversicherungsträgern und Finanzämtern sowie sonstige strafrechtliche Haftungstatbestände wie der Bankrott (§ 283 StGB) und die Gläubigerbegünstigung (§ 283 c StGB) von den Neuregelungen unberührt bleiben.

Dr. Björn Schulz

#### Auswirkungen der Corona-Krise auf das Vereins- und Stiftungsrecht

Wie vielerorts bemerkbar, hat das Herunterfahren des öffentlichen und damit auch wirtschaftlichen Lebens vielfältige Auswirkung auf rechtliche Bereiche. Schutzmaßnahmen zur Vermeidung der Ausbreitung des Virus, allen voran Einschränkung der Versammlungsmöglichkeiten von Personen, haben auch erhebliche Auswirkungen auf die Handlungsfähigkeit von Vereinen und Stiftungen, weil diese infolge dessen vielfach nicht mehr in der Lage sind, auf herkömmlichem Wege auf Versammlungen Beschlüsse ihrer Organe herbeizuführen. Davon betroffen sind nicht nur ordentliche, sondern auch außerordentliche Versammlungen, die aufgrund besonderer Maßnahmen erforderlich sind. Letztere sind gerade in der aktuellen Situation möglicherweise von existenzieller Bedeutung für die Betroffenen.

Steht der deutsche Gesetzgeber häufig in der Kritik, so arbeitet er während der Corona-Krise in bemerkenswerter Weise unter Hochdruck an Lösungen. Ein Baustein hierbei bildet das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht, welches am 28. März 2020 in Kraft getreten ist und auch für die Bereiche des Vereins- sowie Stiftungsrechts zeitlich befristete Regelungen enthält.

Unter anderem werden vorübergehend substanzielle Erleichterungen für die Durchführung von Mitgliederversammlungen von Vereinen geschaffen, um bei auch weiterhin bestehenden Beschränkungen der Versammlungsmöglichkeiten notwendige Beschlüsse fassen zu können und handlungsfähig zu bleiben. So kann der Vereinsvorstand nunmehr auch ohne Satzungs-ermächtigung den Mitgliedern ermöglichen, an einer Versammlung im Wege elektronischer Kommunikation teilzunehmen oder sogar eine Stimmabgabe vorab schriftlich vorzunehmen, ohne sodann physisch oder virtuell an einer Versammlung teilnehmen zu müssen. Zudem enthält das Gesetz für nicht physische Abstimmungen eine Abkehr von dem gesetzlichen Erfordernis der Einstimmigkeit. Zum anderen enthält das Gesetz Regelungen für den vorübergehenden Fortbestand bestimmter Organbestellungen, sollten diese ablaufen, ohne dass neue Organmitglieder bestellt werden können. So gilt für Vereine ebenso wie für Stiftungen, dass Vorstandsmitglieder auch nach Ablauf der Amtszeit bis zur Bestellung eines Nachfolgers im Amt bleiben. Die gesetzlichen und satzungsmäßigen Rechte, ein Organmitglied abzurufen, werden dadurch indes nicht beschränkt.

Zu beachten ist jedoch, dass diese gesetzlichen Regelungen zeitlich befristet sind und lediglich für Versammlungen beziehungsweise Vorstandssitzungen gelten, die noch im Jahr 2020 stattfinden. Gleichermassen erfassen die Regelungen nur die bis Ende des Jahres ablaufenden Bestellungen von Vorstandsmitgliedern.

Allerdings kann sich im Einzelfall die Frage stellen, inwieweit diese gesetzlichen Änderungen Geltung beanspruchen, wenn die jeweilige Satzung gegebenenfalls ausdrücklich bereits abweichende Bestimmungen zu den vorstehend angesprochenen Aspekten enthält. Noch nicht geklärt ist außerdem, ob die Erleichterungen zur Durchführung nicht physischer Versammlungen auch auf die Sitzungen von Vorständen der Vereine und Stiftungen anwendbar sind. Soweit sich bei Ihnen Fragen zu diesen Themenkomplexen ergeben, sprechen Sie uns gerne an.

## Medizinrecht

Miriam L. Germer

### Ärztliche Vertretung für ein MVZ ist sozialversicherungspflichtig

Nach dem Beschluss des LSG Berlin-Brandenburg (Beschluss vom 7.02.2020, Az. L 9 BA 92/18) kann auch eine vorübergehende Vertretungstätigkeit eines Arztes für ein MVZ sozialversicherungspflichtig sein.

Vertritt ein Arzt ein Medizinisches Versorgungszentrum (MVZ) bei der Behandlung der Patienten des MVZ, behandelt dort die vom MVZ einbestellten Patienten und wird dabei auch dann bezahlt, wenn diese Patienten ihre Arztrechnungen mal nicht bezahlen sollten, so ist er abhängig beschäftigt und diese Tätigkeit ist sozialversicherungspflichtig. Daran ändert auch der Grundsatz nichts, dass ein Vertragsarzt nach den zulassungsrechtlichen Regeln „frei“ arbeiten muss, denn der Arzt hat hier nicht einen Vertragsarzt vertreten, sondern das MVZ als Ganzes (so LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 7. Februar 2020 – L 9 BA 92>/18).

Dem Beschluss des LSG Berlin-Brandenburg lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Ein Arzt für Innere Medizin schloss mit einem MVZ einen Vertrag über die Vertretung des MVZ ab. Sein Lohn war davon unabhängig, ob die Patienten des MVZ die Leistungen des MVZ bezahlten oder nicht. Die Patienten wurden vom MVZ jeweils einbestellt und der Vertreter behandelte diese in den Räumen des MVZ und unter Nutzung des nichtärztlichen Personals und der Gerätschaften des MVZ während fest vereinbarter Dienstzeiten. Der Arzt erhielt ein Stundenhonorar. Der Arzt arbeitete insgesamt drei Monate für das MVZ.

Die Sozialversicherungsbehörde sah dies als abhängige Beschäftigung an. Dagegen wendete sich die Klage des MVZ. Das Sozialgericht bestätigte die Einschätzung der Sozialversicherungsbehörde. Das MVZ ging in Berufung. Das Landessozialgericht kam ebenfalls zu dem Schluss, dass der Vertreter abhängig beschäftigt war.

Maßgeblich für diese Entscheidung war, dass

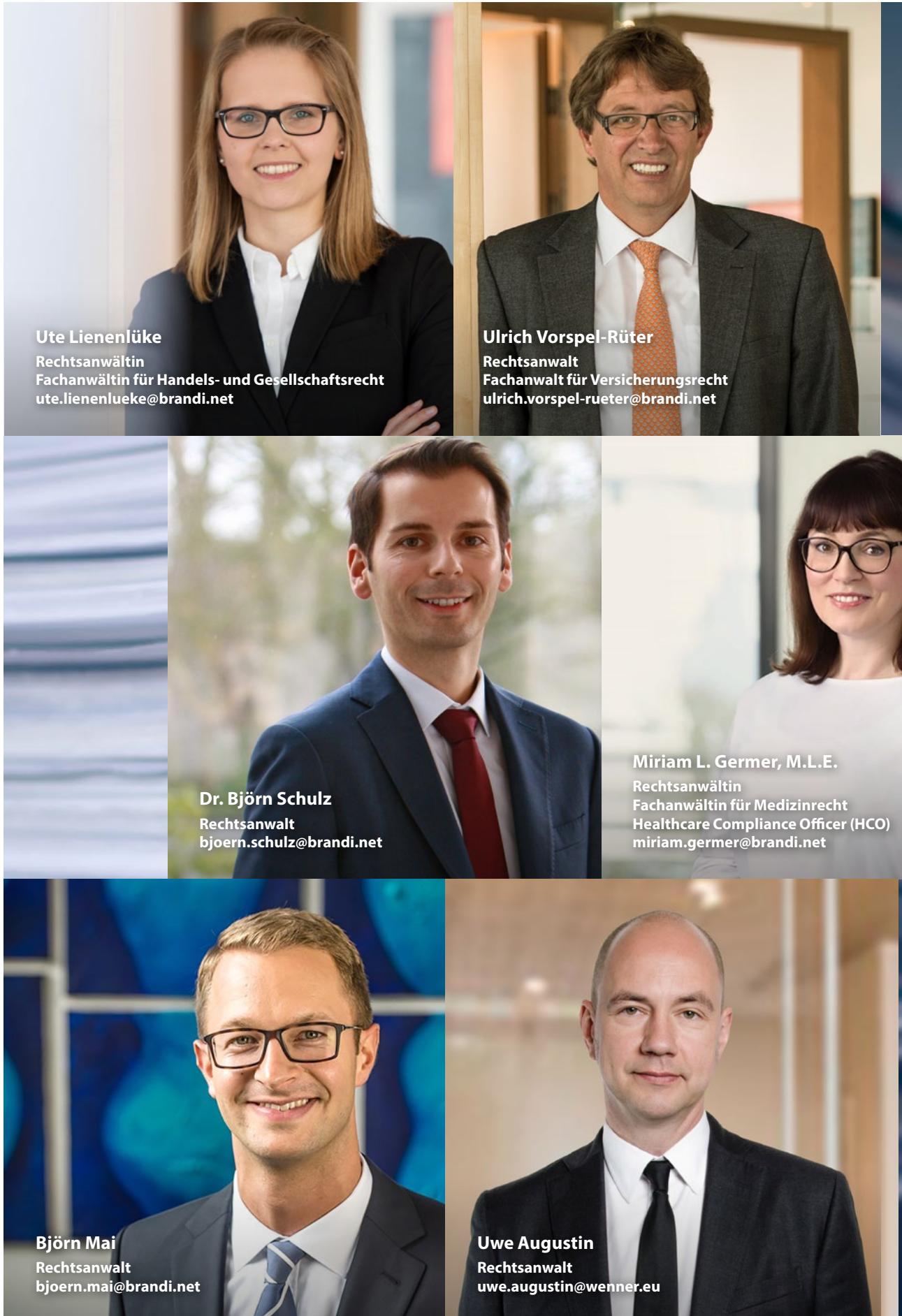
- der Vertreter Patienten behandelte, die vom MVZ einbestellt waren,
- der Vertreter diese ihm „vorgesetzten“ Patienten zu festen Dienstzeiten nach Dienstplan behandelte,
- der Vertreter kein wirtschaftliches Risiko trug, denn er erhielt seinen Stundenlohn unabhängig davon, ob die Patienten das MVZ bezahlten.

Das LSG wies auch den Einwand des MVZ, nach dem Vertragsarztrecht (§ 32 Ärzte-ZV) müsse ein Vertreter eines Vertragsarztes zwingend „frei“ und „selbstständig“ tätig sein, als unbegründet zurück. Denn der Arzt habe hier nicht einen einzelnen Vertragsarzt des MVZ vertreten, sondern laut Dienstvertrag vertrat er das MVZ, nicht einzelne Vertragsärzte des MVZ.

#### Fazit:

Bei der Beschäftigung von Vertretern ist bei der Gestaltung der „Honorararztverträge“ Vorsicht geboten. Dies gilt nicht nur für die Beschäftigung eines Vertreters im MVZ, sondern auch für die Beschäftigung von Vertretern beim niedergelassenen Vertragsarzt. Auch bei niedergelassenen Vertragsärzten besteht ein erhebliches sozialversicherungspflichtiges Risiko, dass Vertretungsärzte nach den Prüfungskriterien der Sozialversicherungsträger als abhängig Beschäftigte eingestuft werden.

## Autoren





**Dr. Sebastian Meyer, LL.M.**  
Rechtsanwalt und Notar  
Fachanwalt für Informationstechnologierecht (IT-Recht)  
Datenschutzauditor  
[sebastian.meyer@brandi.net](mailto:sebastian.meyer@brandi.net)



**Dr. Mario Bergmann, LL.M.**  
Rechtsanwalt  
LL.M. Wirtschaftsstrafrecht  
Fachanwalt für Strafrecht  
[mario.bergmann@brandi.net](mailto:mario.bergmann@brandi.net)



**Anne-Sophie Bonhomme**  
[stagiaire3@wenner.eu](mailto:stagiaire3@wenner.eu)



**Dr. Carsten Christophery, LL.M.**  
Rechtsanwalt und Steuerberater  
[carsten.christophery@brandi.net](mailto:carsten.christophery@brandi.net)



**Dr. Paul Czaplinski**  
Rechtsanwalt und Notar  
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht  
[paul.czaplinski@brandi.net](mailto:paul.czaplinski@brandi.net)



**Daniela Deifuß-Kruse**  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Verwaltungsrecht  
[daniela.deifuss@brandi.net](mailto:daniela.deifuss@brandi.net)

## Autoren



**Bernd Kaufhold**

Rechtsanwalt und Mediator  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Fachanwalt für Strafrecht  
[bernd.kaufmann@brandi.net](mailto:bernd.kaufmann@brandi.net)



**Hubert Salmen**

Rechtsanwalt und Notar  
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht  
Fachanwalt für Steuerrecht  
[hubert.salmen@brandi.net](mailto:hubert.salmen@brandi.net)



**Dr. Sören Kramer**

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
[soeren.kramer@brandi.net](mailto:soeren.kramer@brandi.net)



**Dr. Tobias Schmitt**

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
[tobias.schmitt@brandi.net](mailto:tobias.schmitt@brandi.net)



**Dr. Sandra Vyas**

Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Arbeitsrecht  
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht  
[sandra.vyas@brandi.net](mailto:sandra.vyas@brandi.net)



**Dr. Christoph Rempe**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Informationstechnologierecht  
(IT-Recht)  
[christoph.rempe@brandi.net](mailto:christoph.rempe@brandi.net)



**Dr. Christopher Jones**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Strafrecht  
[christopher.jones@brandi.net](mailto:christopher.jones@brandi.net)



**Dr. Sven Hasenstab**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht  
[sven.hasenstab@brandi.net](mailto:sven.hasenstab@brandi.net)



**Denise Runge**  
Rechtsanwältin  
[denise.runge@brandi.net](mailto:denise.runge@brandi.net)



**Dr. Andrea Pirscher**  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Arbeitsrecht  
[andrea.pirscher@brandi.net](mailto:andrea.pirscher@brandi.net)

# BRANDI

RECHTSANWÄLTE

## **Bielefeld**

Adenauerplatz 1  
33602 Bielefeld  
Tel.: +49 (0) 521 / 9 65 35 - 0  
Fax: +49 (0) 521 / 9 65 35 - 99  
E-Mail: bielefeld@brandi.net

## **Detmold**

Lindenweg 2  
32756 Detmold  
Tel.: +49 (0) 5231 / 98 57 - 0  
Fax: +49 (0) 5231 / 98 57 - 50  
E-Mail: detmold@brandi.net

## **Gütersloh**

Thesings Allee 3  
33332 Gütersloh  
Tel.: +49 (0) 5241 / 53 58 - 0  
Fax: +49 (0) 5241 / 53 58 - 40  
E-Mail: guetersloh@brandi.net

## **Paderborn**

Rathenastraße 96  
33102 Paderborn  
Tel.: +49 (0) 5251 / 77 35 - 0  
Fax: +49 (0) 5251 / 77 35 - 99  
E-Mail: paderborn@brandi.net

## **Minden**

Königswall 47-49  
32423 Minden  
Tel.: +49 (0) 571 / 8 37 06 - 0  
Fax: +49 (0) 571 / 8 37 06 - 66  
E-Mail: minden@brandi.net

## **Hannover**

Adenauerallee 12  
30175 Hannover  
Tel.: +49 (0) 511/ 89 93 79 - 0  
Fax: +49 (0) 511/ 89 93 79 - 77  
E-Mail: Hannover@brandi.net

## **Paris**

70, boulevard de Courcelles  
F-75017 Paris  
Tel.: 0033 / 1 42 66 89 00  
Fax: 0033 / 1 42 66 89 01  
E-Mail: info@wenner.eu

## **Beijing**

Grandall Law Firm  
9th Floor Taikang Financial Tower  
No. 38 North Road East Third Ring  
Chaoyang  
Beijing (Peking) 100026  
Tel.: +86 10 65 89 06 99  
Fax: +86 10 58 13 77 88  
E-Mail: peking@brandi.net

[www.brandi.net](http://www.brandi.net)



Die in unseren Beiträgen allgemein erteilten Hinweise und Empfehlungen können und sollen eine anwaltliche Beratung nicht ersetzen. Für Anregungen und Rückfragen stehen Ihnen die jeweiligen Autoren der Beiträge oder die Redaktion (patrizia.ferrara@brandi.net) gern zur Verfügung.