

Newsletter 1/2022

- › Die „einrichtungsbezogene Impfpflicht“ nach § 20a IfSG
 - › Aktuelle Änderung des Anwendungserlasses zur Abgabenordnung
 - › Das Lobbyregistergesetz ist da – Eintragungspflicht beachten
 - › Ein Hoch auf die Demokratie – auch im Kleinen
 - › BGH trifft Urteil zur Mietzahlungspflicht bei coronabedingter Geschäftsschließung
 - › Zur Abgrenzung zwischen einem Idealverein und einem wirtschaftlichen Verein
 - › Werbung für Fernbehandlung – Vorsicht ist geboten!
 - › Patienteninformation: Ärzte dürfen im Rahmen der Aufklärung auf vorformulierte Formulare zurückgreifen
 - › Das neue TTDSG – Anpassungsbedarf für Datenschutzerklärungen
 - › Verwaltungsgericht verbietet die Nutzung von „Cookiebot“
 - › Datenschutzbehörde: Google Analytics verstößt gegen die DSGVO
- › Impressum

Die „einrichtungsbezogene Impfpflicht“ nach § 20a IfSG!

Von Christian Klein

Im Zuge der Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung wurde § 20a „Immunitätsnachweis gegen COVID-19“ in das Infektionsschutzgesetz (IfSG) aufgenommen. Die Vorschrift wird auch als „einrichtungsbezogene Impfpflicht“ bezeichnet und soll dem Schutz besonders vulnerabler Personengruppen dienen. Wenngleich diese gesetzgeberische Intention begrüßenswert ist, wirft die Umsetzung erhebliche tatsächliche und rechtliche Fragen auf, die mit dem folgenden FAQ zur „einrichtungsbezogenen Impfpflicht“ behandelt werden sollen.

1.) Wird es eine Impfpflicht geben?

Die gesetzliche Regelung verpflichtet niemanden zu einer Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2. Lediglich bestimmte Einrichtungen, insbesondere im Gesundheitssektor, müssen zukünftig erfassen, ob die in ihrer Einrichtung tätigen Personen geimpft oder genesen sind oder ob eine Kontraindikation gegen eine Impfung vorliegt. Im Geltungs-

bereich des Gesetzes wird jedenfalls mittelfristig nur noch eine Beschäftigung von geimpften bzw. genesenen Personen in den betroffenen Einrichtungen möglich sein.

2.) Welche Einrichtungen sind betroffen?

Betroffen von der Regelung sind „Einrichtungen oder Unternehmen“ im Sinne des § 20a Abs. 1 IfSG, mithin der gesamte Sektor der stationären und ambulanten medizinischen Versorgung und der Altenhilfe, aber auch weite Teile der Behindertenhilfe. Den wenigsten Verantwortlichen wird die Einordnung schwerfallen, ob ihre Einrichtung in den Geltungsbereich des Gesetzes fällt. Problematisch wird es dann, wenn beispielsweise ein Verein neben einem ambulanten Pflegedienst auch noch eine Kita in eigener Trägerschaft betreibt.

Nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 2 Nr. 15 IfSG sind „Einrichtungen oder Unternehmen eine juristische Person, eine Personengesellschaft oder eine natürliche Person, in deren unmittelbaren Verantwortungsbereich natürliche Personen behandelt, betreut, oder untergebracht werden“. Im vorgenannten Beispiel müssten nach diesem Wortlaut auch Impfnachweise der Kita-Beschäftigten angefordert werden. Das Bundesgesundheitsministerium (BMG) geht

in einem Fragen-Antwort-Katalog (FAQ, Stand 14.01.2022, dort Nr. 11) demgegenüber davon aus, dass es (nur) auf eine räumliche Abgrenzung der Bereiche ankommt; die Gesetzesbegründung (BT-Dr. 20/188) verhält sich hierzu nicht. Den Verantwortlichen ist angesichts dieses Widerspruchs im Ergebnis zu raten, entweder eine Abstimmung mit dem für sie zuständigen Gesundheitsamt zu suchen oder vorsichtshalber auch den Impfstatus der im – möglicherweise – nicht betroffenen „Einrichtungsteil“ beschäftigten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zu erheben.

3.) Welche Beschäftigten sind betroffen?

In die gleiche Richtung geht die Frage, ob der Impfstatus von allen Beschäftigten einer betroffenen Einrichtung zu erheben ist, etwa auch der der Personalleiterin oder des IT-Fachmanns in einem Krankenhaus, die nie mit Patienten in Berührung kommen. Auch hier lassen Gesetzeswortlaut und Gesetzesbegründung keine Ausnahmen zu. Das BMG (FAQ, Nr. 16) vertritt jedoch auch hier die Meinung, dass ein Nachweis nicht erbracht werden muss, wenn ein Kontakt dieser Beschäftigten mit den vulnerablen Personengruppen ausgeschlossen ist.

Auch hier gilt die oben ausgesprochene Empfehlung, eine Abstimmung mit dem zuständigen Gesundheitsamt herbeizuführen und, im Zweifel, den Impfstatus sämtlicher nicht geimpfter Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zu melden.

4.) Wie ist der zeitliche Ablauf?

Ab dem 16. März 2022 dürfen keine neuen Beschäftigten in den in Rede stehenden Einrichtungen eingesetzt werden, die nicht geimpft oder genesen sind bzw. eine Kontraindikation aufweisen. Vorbehaltlich der unter Nr. 3) dargestellten Unsicherheiten gilt dies von der Geschäftsführung bis zum Praktikanten, für Haupt- und Ehrenamtliche, Auszubildende und Leiharbeitskräfte. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang jedoch auch, dass die Nachweispflicht auch für externe Beschäftigte, etwa Reinigungskräfte einer Servicegesellschaft oder Handwerker gilt, wenn sie sich länger in der Einrichtung aufhalten. Eine feste zeitliche Grenze existiert hier nicht. So soll ein Paketzusteller nicht unter die Regelung fallen, wohl aber Handwerker, die Reparaturen im Gebäude durchführen. Hier sollte mit den externen Dienstleistern vertraglich vereinbart werden, dass ein entsprechender Impfnachweis vor dem Einsatz der externen Kräfte vorgelegt wird. Werden nach dem 15. März 2022 Per-

sonen ohne Nachweis des Impfstatus in den Einrichtungen eingesetzt, droht sowohl den Beschäftigten wie auch den Einrichtungen ein Bußgeld.

Problematischer ist die Regelung, soweit Beschäftigte betroffen sind, die bereits am 15. März 2022 in der Einrichtung tätig sind („Bestandsmitarbeiter“). Trotz des eindeutigen Wortlautes des § 20a Abs. 1 IfSG „Folgende Personen müssen ab dem 15. März 2022 entweder geimpfte oder genesene Personen (...) sein“ sieht § 20 Abs. 5 IfSG zunächst nur vor, dass die ungeimpften Beschäftigten vom Einrichtungsträger an das zuständige Gesundheitsamt zu melden sind. Bei unterlassener oder fehlerhafter Meldung kann ein Bußgeld verhängt werden. Das Gesundheitsamt setzt sich dann mit diesen Beschäftigten in Verbindung und kann diese zur Vorlage eines entsprechenden Nachweises auffordern. Erfolgt dies nicht, kann das Gesundheitsamt ein Betretungsverbot bzw. ein Tätigkeitsverbot in der betroffenen Einrichtung verhängen.

Unklar ist das Gesetz hinsichtlich der Frage, ob diese Bestandsmitarbeiter bis zum Zeitpunkt eines solchen Beschäftigungsverbotes weiter eingesetzt werden dürfen. Dagegen sprechen der Wortlaut des Abs. 1 und das Ziel des Gesetzes, nämlich der möglichst umfassende Schutz der vulnerablen Gruppen. Andererseits soll hinsichtlich der Bestandsmitarbeiter offensichtlich nicht „automatisch“ ein Tätigkeits- und Beschäftigungsverbot gelten, sonst wäre die Beteiligung des Gesundheitsamtes in dieser Frage nicht erforderlich.

Angesichts dieser Unsicherheit ist den Einrichtungen zu raten, die erforderliche Meldung der ungeimpften Beschäftigten an das Gesundheitsamt möglichst frühzeitig vorzunehmen und um eine schnellstmögliche Entscheidung zu bitten. Die haftungsrechtlichen Konsequenzen des Einsatzes der ungeimpften Beschäftigten über den 15. März 2022 hinaus sind derzeit ungeklärt, ebenso wie die Frage, ob diese Beschäftigten ohne Anspruch auf Entgeltfortzahlung freigestellt werden dürfen, obwohl ein Tätigkeitsverbot seitens des zuständigen Gesundheitsamtes nicht ausgesprochen wurde. Soweit hier bekannt, finden diesbezüglich noch Abstimmungsgespräche zwischen den beteiligten Behörden statt.

Fazit zur „einrichtungsbezogenen Impfpflicht“:

Ob durch die Neueinführung des § 20a IfSG die Impfquote in den betroffenen Einrichtungen und damit der Schutz besonders vulnerabler Personengruppen signifikant erhöht wird, wird sich noch zeigen müssen, zumal die Regelung bis zum Ende des Jahres 2022 befristet ist. Die betroffenen Einrichtungen sind jedoch mit erheblichen rechtlichen Unsicherheiten belastet. Weist eine Einrichtung eine niedrige Impfquote unter den Beschäftigten auf, sollte schnellstmöglich eine Abstimmung mit dem Gesundheitsamt und unter Umständen auch mit den Aufsichtsbehörden, beispielsweise der Heimaufsicht, gesucht werden.



Christian Klein
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Wirtschaftsmediator (CVM)
Köln
02203. 8997-421 c.klein@solidaris.de

Aktuelle Änderung des Anwendungserlasses zur Abgabenordnung

Von Hauke Hübert und André Spak

Mit Datum vom 12. Januar 2022 änderte das Bundesministerium der Finanzen (BMF) den Anwendungserlass zur Abgabenordnung (AEAO) und konkretisierte dabei u.a. einige mit dem Jahressteuergesetz 2020 eingeführte Regelungen im Gemeinnützigkeitsrecht. Die sogenannte „Reform des Gemeinnützigkeitsrechts“ führte bei Steuerpflichtigen, bei der Beraterschaft und auch innerhalb der Finanzverwaltung teilweise zu erheblichen Schwierigkeiten und Unsicherheiten in der Umsetzung.

Wesentliche Änderungen

Bisher umfasste das planmäßige Zusammenwirken laut AEAO ausdrücklich nur Dienstleistungen und Nutzungsüberlassungen. Nunmehr ist in der Nr. 5 des AEAO zu § 57 Abs. 3 AO zutreffend konkretisiert, dass davon auch Warenlieferungen umfasst werden. Dies könnte insbesondere für Medikamentenlieferungen und zentrale Beschaffungsstellen von entscheidender Bedeutung sein. Alle Lieferungen von diesen Einrichtungen an andere Körperschaften, mit denen planmäßig zusammengewirkt wird, können damit dem ertragsteuerfreien Zweckbetrieb zugeordnet werden. Auch in Bezug auf die seitens der Finanzverwaltung im BMF-Schreiben vom 6. August 2021 zunächst verlangte, konkrete namentliche Nennung der Kooperationspartner in Satzungen und Gesellschaftsverträgen ergeben sich gewisse Erleichterungen (Nr. 8 des AEAO zu § 57 Abs. 3 AO). Nunmehr ist es nicht mehr in jedem Fall erforderlich, dass jede Körperschaft einzeln in Satzung und Gesellschaftsvertrag explizit genannt wird. Es reicht zukünftig aus, wenn lediglich die Bezeichnung eines Konzerns oder Unternehmensverbundes (ohne konkrete Benennung der einzelnen Rechtsträger) angegeben ist. Bei Beginn der Kooperation bzw. bei einer Änderung der Kooperationspartner ist jedoch dem Finanzamt eine Aufstellung mit den einzelnen Kooperationspartnern zusätzlich einzureichen.

Ferner wird klargestellt, dass sich eine Körperschaft, die bereits seitens der Finanzverwaltung als steuerbegünstigte Körperschaft anerkannt ist, vor der zivilrechtlichen Wirksamkeit (Registereintragung), nämlich bereits ab dem Zeitpunkt des Organbeschlusses, auf die Zuordnung der von

ihr erbrachten Leistungen zum Zweckbetrieb berufen kann. Bei Körperschaften, die nur aufgrund einer Kooperation im Sinne des § 57 Abs. 3 AO die Steuerbegünstigung erlangen können (wie z.B. Servicegesellschaften) muss die zivilrechtliche Wirksamkeit (Registereintragung) demgegenüber schon zum Beginn des jeweiligen Veranlagungszeitraumes vorliegen (vgl. § 60 Abs. 2 AO). Weiterhin unverändert in der Satzung bzw. in dem Gesellschaftsvertrag anzugeben ist die Art und Weise der Leistungserbringung bzw. der planmäßigen Kooperation. Auch dies führt in der praktischen Umsetzung häufig noch zu Unsicherheiten zur Angabe des Detaillierungsgrades der Kooperationen.

Die neuen Mittelweiterleitungsmöglichkeiten im Sinne des § 58 Nr. 1 AO umfassen nunmehr neben den Dienstleistungen und Nutzungsüberlassungen ebenfalls auch Warenlieferungen (Nr. 1 des AEAO zu § 58 Nr. 1 AO).

In Bezug auf die Mittelfehlerverwendung wurde mit Verweis auf ein Urteil des BFH vom 12. März 2020 (V R 5/17) ein Bagatellvorbehalt auch in den AEAO übernommen (Nr. 6 des AEAO zu § 63 AO). Demnach führen geringfügige Verstöße gegen das Mittelverwendungsgebot des § 55 AO noch nicht zur Aberkennung des Status der Steuerbegünstigung. In dem genannten Urteil sah der BFH einen Betrag von 3.000,00 EUR absolut und relativ als noch geringfügig an. In dem vorgenannten Urteil wurden auch Ausführungen zur Angemessenheit von Geschäftsführervergütungen vorgenommen. Nunmehr hat die Finanzverwaltung in dem geänderten AEAO zu § 55 Abs. 1 Nr. 3 AO auch hierzu Stellung genommen. Die Finanzverwaltung lässt grundsätzlich einen Fremdvergleich mit anderen Wirtschaftsunternehmen zu. Unangemessen sind nach Auffassung der Finanzverwaltung diejenigen Bezüge, die den oberen Bereich dieser Vergleichsbandbreite überschreiten. Eine Überschreitung der Angemessenheitsgrenze bei Geschäftsführergehältern ist dann anzunehmen, wenn die Angemessenheitsgrenze um mehr als 20 % überschritten wird.

Die Anforderungen an das Vorliegen eines Inklusionsbetriebes im Sinne des § 68 Nr. 3 c AO wurden insbesondere im Hinblick die Berechnung der 40 %-Grenze ergänzt. Nunmehr zählen dazu auch Menschen mit einem sogenannten Budget für Arbeit (§ 61 SGB IX) und einem Budget für Ausbildung (§ 61a SGB IX). Im Übrigen werden die Mitarbeiter mittels Kopfzählung erfasst. Es gilt der Arbeitsplatzbegriff des § 156 SGB IX. Da die Berechnung in der Vergangenheit in der Praxis häufig zu Problemen führte, ist diese Regelung zu begrüßen. Allerdings existiert weiterhin eine Regelung für Teilzeitbeschäftigte, welche erst ab einem Beschäftigungsumfang von 12 bzw. 18 Wochenstunden voll zu berücksichtigen sind. Offen bleibt jedoch, wie eine Berechnung erfolgen soll, wenn die Wochenarbeitszeit unter den genannten Stunden liegt.

Fazit

Es ist zu begrüßen, dass durch die aktuellen Änderungen des Anwendungserlasses zur Abgabenordnung einige Unklarheiten sowie Problemstellungen insbesondere in der praktischen Umsetzung geklärt werden konnten. Leider verbleiben auch weiterhin Unsicherheiten, so dass weitergehende Regelungen und Klarstellungen durch die Finanzverwaltung wünschenswert gewesen wären. Insbesondere ist weiterhin nicht abschließend geklärt, welchem Umsatzsteuersatz steuerpflichtige Leistungen unterliegen, die im (nun geänderten) Zweckbetrieb (z.B. Warenlieferungen einer Krankenhaus-GmbH an eine andere nicht organschaftlich verbundene Krankenhaus-GmbH) erbracht werden.



Hauke Hübert

Wirtschaftsprüfer, Steuerberater

Münster

0251 . 48261-172 h.huebert@solidaris.de



André Spak, LL.M.

Rechtsanwalt, Steuerberater, Fachanwalt für Steuerrecht, Fachanwalt für Arbeitsrecht

Münster

0251 . 48261-155 a.spak@solidaris.de

Das Lobbyregistergesetz ist da –

Eintragungspflicht beachten

Von Florian Frick

Die Kontrolle der Lobbyarbeit wird seit Jahrzehnten kontrovers diskutiert. Erneut in den Fokus geriet dieses Thema Ende 2020 durch die Affäre um den CDU-Abgeordneten Philipp Amthor und die „Maskenskandale“. Daraufhin wurde am 25. März 2021 vom Bundestag das Lobbyregistergesetz verabschiedet, das Interessenvertreter verpflichtet, sich in ein öffentliches Verzeichnis (Lobbyregister) eintragen zu lassen.

Begriff Lobbyarbeit/Anwendungsbereich

Das Lobbyregistergesetz betrifft die Interessenvertretung auf Bundesebene gegenüber Mitgliedern, Organen und Fraktionen des Bundestags und der Bundesregierung. Der Bundesregierung werden Mitarbeiter der Bundesministerien bis auf Ebene des Unterabteilungsleiters gleichgestellt. Als Interessenvertretung wird jede Kontaktaufnahme zum Zweck der unmittelbaren und mittelbaren Einflussnahme auf den Willensbildungs- und Entscheidungsprozess definiert. Der weit gefasste Begriff des Interessenvertreters umfasst natürliche und juristische Personen, Personengesellschaften und sonstige Organisationen (Netzwerke, Plattformen und andere Formen kollektiver Tätigkeiten). Die (unverzögliche) Registrierungspflicht im neuen Lobbyregister besteht, wenn einer der folgenden Fälle vorliegt:

- › Die Interessenvertretung wird regelmäßig betrieben oder
- › ist auf Dauer angelegt oder
- › wird geschäftsmäßig für Dritte wahrgenommen oder
- › innerhalb der letzten drei Monate wurden mehr als 50 Interessenvertretungskontakte aufgenommen.

Wichtige Ausnahmen im Lobbyregistergesetz

Als Korrektiv zur grundsätzlich umfassenden Registrierungspflicht sind im Lobbyregistergesetz zahlreiche Ausnahmen vorgesehen, sodass viele Tätigkeiten (derzeit!) aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes herausfallen. Die katalogartig aufgeführten Ausnahmen unterscheiden sich, je nachdem, ob die Interessenvertretung auf Ebene des Bundestages oder der Bundesregierung/Bundesministerien stattfinden soll. Eine annähernd vollständige Darstellung ist aus Platzgründen an dieser Stelle nicht möglich, weshalb nur einige Beispiele genannt werden sollen:

Wer als natürliche Person ausschließlich persönliche (auch unternehmerische) Interessen formuliert, ist von der Eintragungspflicht befreit. Gleiches gilt für Personen, die ein öffentliches Amt bzw. Mandat wahrnehmen oder als Kirche oder andere Glaubens- bzw. Weltanschauungsgemeinschaft tätig werden. Bei den Ausnahmetatbeständen steckt, wie so oft, der Teufel im Detail: So löst z.B. das Vorbringen von Anliegen mit ausschließlich lokalem Charakter (maximal zwei Wahlkreise) gegenüber einem Bundestagsabgeordneten keine Eintragungspflicht aus. Das gleiche Verhalten gegenüber einem Abteilungsleiter im Bundesministerium hingegen schon. Äußerungen im Rahmen von öffentlichen Ausschüssen oder Anhörungen im Bundestag lösen keine Eintragungspflicht aus.

Freiwillige Eintragung

Wer zur Eintragung in das neue Lobbyregister nicht verpflichtet ist, kann diese freiwillig bewirken. Allerdings ist in diesem Falle dafür Sorge zu tragen, dass die veröffentlichten Daten aktuell gehalten werden, da auch nicht richtige Eintragungen bußgeldbewehrt sind.

Inhalt des Lobbyregisters

Neben bestimmten Pflichtangaben (Rechtsform, Sitz etc.) sind auch Zuwendungen und Zuschüsse der öffentlichen Hand sowie Schenkungen Dritter im neuen Lobbyregister offenzulegen. Ebenso sind finanzielle Aufwendungen für die Interessenvertretung und die Zahl der Mitarbeiter mitteilungs-pflichtig.

Zwar können einzelne Angaben verweigert werden, jedoch wird auch die „Verweigerung“ in das Register eingetragen. Neben der möglicherweise ungünstigen Außenwirkung eines solchen Eintrags besteht darüber hinaus die Möglichkeit, dass Vertreter der verweigernden Einrichtung mit Zugangsbeschränkungen belegt werden oder ihnen die Teilnahme an Anhörungen versagt wird.

Verhaltenskodex

Das Lobbyregistergesetz überlässt die Entwicklung und beständige Anpassung eines verbindlichen Verhaltenskodex dem Bundestag und der Bundesregierung unter Beteiligung der Zivilgesellschaft. Die neun Grundsätze des „Verhaltenskodex für Interessensvertreterinnen und Interessensvertreter im Rahmen des Lobbyregistergesetzes“ konkretisieren die gesetzlich umrissenen Anforderungen an eine integre Interessenvertretung (Offenheit, Transparenz, Ehrlichkeit

und Integrität) und werden mit der Eintragung in das Lobbyregister vom Interessenvertreter akzeptiert. Dies gilt auch bei freiwilliger Eintragung.

Inkrafttreten des Lobbyregistergesetzes/Übergangsregelung

Die Eintragungspflicht in das Lobbyregister besteht seit dem 1. Januar 2022. Der Gesetzgeber gewährt eine Übergangszeit und erkennt Eintragungen bis Ende Februar 2022 als rechtzeitig („unverzüglich“) an. Ab dem 1. März 2022 ist mit Sanktionen zu rechnen.

Sanktionen

Verstöße gegen die Pflicht zur (vollständigen, richtigen, rechtzeitigen) Eintragung/Aktualisierung in das Lobbyregister können als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße (bis zu 50.000 EURO/20.000 EURO bei Fahrlässigkeit) geahndet werden. Weiter sieht das Gesetz die Möglichkeit von Zugangsbeschränkungen zum Bundestagsgebäude oder den Ausschluss von Anhörungen vor.

Verschärfungstendenz

Noch bevor das Lobbyregistergesetz in Kraft getreten ist, wurden Ende 2021 Rufe nach einer Verschärfung des Lobbyregistergesetzes lauter. Neben einer verpflichtenden Kontaktangabe in Ministerien bis auf Referentenebene wird auch die Einführung eines „legislativen Fußabdrucks“ noch in dieser Legislaturperiode vorgeschlagen. Die Privilegien für Kirchen, Gewerkschaften und Kommunalverbände werden ebenfalls streitig diskutiert.

Handlungsbedarf

Nicht nur auf Bundesebene kann Handlungsbedarf bestehen. Zum Teil existieren vergleichbare Gesetze (mit unterschiedlichen Bezeichnungen) auf Landesebene, sodass sich ein föderaler Flickenteppich gebildet hat. Bei Kontaktaufnahme mit Landtagen und Landesministerien empfiehlt es sich, die aktuelle Gesetzeslage im Blick zu behalten. Das Thema Lobbyregister auf Bundes- und Landesebene sollte sich daher im Katalog der Monitoring-Aufgaben jeder Organisation befinden. Das gilt wegen der aktuell festzustellenden Diskussion hinsichtlich weiterer Verschärfungen umso mehr.



Florian Frick
Rechtsanwalt
Köln
02203 . 8997-526 f.frick@solidaris.de

Ein Hoch auf die Demokratie – auch im Kleinen

Von Dr. Severin Strauch

Der Grundsatz der Vereinsautonomie gilt weiterhin – so hat das Oberlandesgericht Düsseldorf (OLG) jüngst entschieden (Beschluss vom 14. Oktober 2021, Az. 3 Wx 67/20). Danach ist ein Verein demokratischen Grundprinzipien und den Entscheidungen seiner Mitglieder unterworfen. Eine Vereinssatzung kann nicht schrankenlos Dritten oder einzelnen Vereinsangehörigen weitestgehende Rechte zuweisen, ohne hiergegen zu verstoßen. Das OLG bestätigt die bisherige Rechtsprechung für den weltlichen Bereich, sodass das Thema wieder einmal in den Vordergrund gerückt wird.

Golfverein mit besonderen Rechten für Vorstandsvorsitzenden

In dem zu entscheidenden Fall war eine (gewerbliche) GmbH & Co. KG Eigentümerin eines Golfplatzes. Nunmehr sollte in deren Sinne die Satzung eines „Golfvereins“ (um) gestaltet werden, dessen Zweck das Golfspiel und die Organisation kultureller, wirtschaftspolitischer und geselliger Ereignisse sein sollte. Dabei sollte auch dieser Verein vom Eigentümer beherrscht werden und zu diesem Zwecke Satzungsregelungen aufgenommen werden, wonach der jeweilige Eigentümer des Golfplatzes geborener Vorstandsvorsitzender sein soll, frei weitere Vorstandsmitglieder berufen und abberufen können soll und wesentliche Satzungsänderungen nur mit Zustimmung des Vorstandsvorsitzenden geändert werden können. Auch sollte die Aufnahme von Mitgliedern in seiner alleinigen Zuständigkeit liegen.

Satzung nicht eintragungsfähig: Verstoß gegen Vereinsautonomie

Das Vereinsregister lehnte die Eintragung der Satzung mit Hinweis auf die Unvereinbarkeit mit der „Vereinsautonomie“ ab, was das Oberlandesgericht umfänglich materiell bestätigt hat: Die „Vereinsautonomie“ ist zwar nicht im BGB kodifiziert, sondern wurde durch Rechtsprechung und Lehre entwickelt – dennoch beansprucht sie tiefgreifende Geltung. „Vereinsautonomie“ bedeutet, dass Konstituierung, Organisation und Vereinsangelegenheiten auf dem Willen der Vereinsmitglieder zurückgeführt werden müssen, sie sichern den Charakter des Vereins als ein von Mitbestimmung

und Mitgestaltung der Mitglieder getragenen Personenverbandes. Dieses Selbstverwaltungsrecht ermöglicht es zwar grundsätzlich auch, die Rechte der Mitgliederversammlung zu beschneiden, diese darf aber nicht (fast) vollständig beschränkt werden.

Die dem Eigentümer in dem Satzungsentwurf vorbehaltenen Rechte verstießen jedoch nach deutlich geäußelter Auffassung des Gerichts eindeutig, weitgehend und die Satzung in Gänze gegen diese Grundsätze der Vereinsautonomie. Das Gericht hat einen so weiten Fremdeinfluss vorgefunden, dass der Verein nicht mehr vornehmlich von der Willensbildung und -betätigung seiner Mitglieder getragen würde. Durch seine Stellung als Vereinsvorstand ohne jegliche Abberufungsmöglichkeit hätte der Eigentümer schalten und walten können, wie es ihm beliebt. Dies gälte nicht nur für ihn selbst, sondern auch für die weiteren Vorstände, deren Wohl und Wehe von ihm abhängen würden. Auch die Zusammensetzung der Mitgliederversammlung obläge ihm exklusiv, was einen besonders eklatanten Verstoß gegen die Selbstverwaltungsrechte darstellen würde. Da war die Frage des Zustimmungserfordernisses des Eigentümers zu bestimmten Satzungsänderungen nur noch das „Quentchen“, was die Sache für den Eigentümer „rund“ und für den Verein selbst unabänderlich gemacht hätte. Dabei ist es irrelevant, ob diese Einflussnahme von außen kommt oder durch ein Vereinsmitglied. Diese Satzung war also insgesamt nicht eintragungsfähig.

Fazit

Geborene Vorstandsmitglieder sind zwar kritisch zu betrachten, aber wohl grundsätzlich möglich – unter bestimmten Voraussetzungen: Das Benennungsrecht muss durch Satzungsänderung beseitigt werden können, es darf sich nur auf einzelne Mitglieder beziehen und die Abberufung aus wichtigem Grund muss möglich bleiben. Die weiteren „Sonderrechte“ sind ebenfalls kritisch zu sehen.

Dieses Urteil rückt bekannte Grundsätze mal wieder in den Fokus. Zukünftig wird bei solchen Konstruktionen mit institutionalisierter Einflussnahme – wie beispielsweise bei einem Förderverein, wo die geförderte Einrichtung einen Einfluss institutionalisieren möchte – genauer hinzusehen sein.

Allerdings: Grundsätzlich nehmen auch Vereine, die der katholischen Kirche zugeordnet sind, am Selbstbestimmungsrecht der Kirche nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 107 30 Abs. 3 WRV teil, sodass diese von dem Urteil nicht vollumfänglich betroffen sein dürften. Insofern wird aber die Frage der Reichweite des Selbstbestimmungsrechtes im Hinblick auf die Intensität des Verstoßes gegen die Vereinsautonomie einerseits und die Qualität der Kirchlichkeit andererseits durchaus diskutiert werden können.



Dr. Severin Strauch
Rechtsanwalt

Köln
02203.8997-414 s.strauch@solidaris.de

BGH trifft Urteil zur Mietzahlungs- pflicht bei coronabedingter Geschäftsschließung

Von Florian Frick

Die COVID-19-Pandemie hält sowohl die betrieblichen Abläufe als auch das private Leben weiterhin fest im Griff. Wie lange die Pandemie bereits unser ständiger Begleiter ist, zeigt sich auch daran, dass zwischenzeitlich das erste Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) zum Thema „Coronabedingte Vertragsanpassung bei Gewerberaum-mieten“ vorliegt. Die vorinstanzlichen Urteile waren bereits Gegenstand in unserem Artikel vom 8. Juni 2021, weshalb der Sachverhalt nachfolgend nur verkürzt dargestellt wird.

Im BGH-Urteil vom 12. Januar 2022 – XII ZR 8/21 – hatte der Senat darüber zu entscheiden, ob eine Vertragsanpassung zwingend vorzunehmen ist, wenn ein Unternehmer (hier: Textileinzelhandel) aufgrund einer hoheitlichen Maßnahme (hier: Allgemeinverfügung) sein Geschäft für seine Kunden vor Ort schließen musste. In der ersten Instanz wurde eine Reduzierung der Miete abgelehnt. In der zweiten Instanz hingegen setzte sich der Mieter zumindest teilweise durch: Er durfte die Kaltmiete für den betreffenden Zeitraum pauschal um die Hälfte reduzieren.

Der BGH erteilt genau dieser schematischen Lösung eine deutliche Absage, wenngleich er den Anspruch auf Vertragsanpassung anerkennt (3. amtlicher Leitsatz):

„Bei der Prüfung, ob dem Mieter ein Festhalten an dem unveränderten Vertrag unzumutbar ist, verbietet sich eine pauschale Betrachtungsweise. Maßgeblich sind vielmehr sämtliche Umstände des Einzelfalls. Daher sind auch die finanziellen Vorteile zu berücksichtigen, die der Mieter aus staatlichen Leistungen zum Ausgleich der pandemiebedingten Nachteile erlangt hat.“

Unbeanstandet lässt der BGH die rechtliche Würdigung der Vorinstanz, dass die behördliche Schließungsanordnung nicht zu einem Mangel der Mietsache führt, da die Eignung als Gewerberaummietobjekt auch während der Corona-Pandemie nicht aufgehoben ist. Eine „Mietminderung“ (gemäß § 536 Abs. 1 S. 1 BGB) scheidet daher aus. Auch liege kein Fall der sogenannten Unmöglichkeit (§ 275 BGB) vor, da die Mietsache tatsächlich zur Verfügung gestellt wurde. Eine Vertragsanpassung (die wirtschaftlich zum gleichen Ergebnis wie eine Mietminderung führt) könne jedoch über die Regelungen zum Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 1 BGB) erreicht werden. Eine Sperrwirkung speziellesetzlicher Regelungen (Art. 240 § 2 EGBGB) bestehe nach Auffassung des BGH nicht.

Entscheidendes Kriterium bei der Vertragsanpassung ist die „Unzumutbarkeit“. Ging die Vorinstanz hierbei von einer pauschalen Anpassungspflicht (50% reduzierte Kaltmiete) aus, so widerspricht der BGH in seiner Entscheidung an dieser Stelle deutlich. Es bedarf einer Prüfung des Einzelfalles unter Berücksichtigung aller finanzieller Vorteile und Interessen. Diese finanziellen Vorteile können sich aus Versicherungsleistungen, (beantragten oder möglichen) staatlichen Hilfen etc. ergeben. Nicht umfasst sind jedoch gewährte Darlehen, da hier, anders als z.B. bei „verlorenen Zuschüssen“, eine Rückzahlungspflicht besteht.

Bedeutung des BGH-Urteils für die Praxis

Für die Praxis ist diese Entscheidung in mehrfacher Hinsicht relevant. Sie stärkt die Mieter, indem ein Vertragsanpassungsanspruch grundsätzlich anerkannt wird. Gleichzeitig fordert das höchste deutsche Zivilgericht die Instanzgerichte zu einer umfassenden Sachverhaltsermittlung und Einzelfallwürdigung auf. Somit bleiben auch nach der Entscheidung des BGH zahlreiche Fragen offen: Welche Kriterien sind bei der Einzelfallbetrachtung zu berücksichtigen und wie sind diese zu gewichten? Was ist mit wirtschaftlichen Effekten, die nach dem Ende der Schließungsanordnung eingetreten sind? Wie ist bei mehreren Standorten zu verfahren? Im konkreten Fall wird das Oberlandesgericht, hierhin wurde das Verfahren zur erneuten Verhandlung verwiesen, sämtliche Feststel-

lungen treffen müssen. Erst dann wird sich zeigen, ob und in welcher Höhe ein Anpassungsanspruch tatsächlich besteht.

Mit seinem Urteil hat der BGH einige Fragen beantwortet. Die sich hieraus ergebenden Folgefragen müssen jedoch erst noch geklärt werden. Nach wie vor empfehlenswert scheinen daher gütliche Lösungen. Das gilt umso mehr, als dass Vertragsbeziehungen zwischen Mietern und Vermietern in den meisten Fällen langfristig sind und auch nach der Pandemie weiterbestehen sollen. Die gerichtsfeste Ermittlung bzw. der Nachweis aller zu berücksichtigenden Effekte ist für Unternehmen mit erheblichem Aufwand verbunden. Daher sind beide Seiten gut beraten, im Rahmen einer gütlichen Einigung einen gerechten Interessenausgleich zu erzielen.



Florian Frick
Rechtsanwalt
Köln
02203 . 8997-526 f.frick@solidaris.de

Zur Abgrenzung zwischen einem Idealverein und einem wirtschaft- lichen Verein

Von Simone Scheffer

Ein nicht gemeinnütziger Verein, der den Erhalt und den Betrieb einer Gastwirtschaft im ländlichen Raum bezweckt, kann nach Auffassung des Oberlandesgerichts (OLG) Celle nicht als rechtsfähiger Verein gemäß § 21 BGB (sog. Idealverein) im Vereinsregister eingetragen werden. Es handele sich um einen wirtschaftlichen Verein im Sinne des § 22 BGB (Beschluss vom 6. Oktober 2021, 9 W 99/21).

Der nicht als steuerbegünstigt im Sinne der §§ 51 ff. AO anerkannte Verein bezweckt nach seiner Satzung die Förderung des sozialen Miteinanders, die Begegnung von Menschen und den Kampf gegen die Vereinsamung. Der Zweck soll unter anderem durch den Betrieb einer Dorfkneipe verwirklicht werden. Die Ausschüttung von Gewinnen an die Mitglieder ist nach der Satzung nicht vorgesehen. Der Verein beantragte die Eintragung im Vereinsregister beim Amtsgericht Walsrode. Das Registergericht lehnte dies mit der Begründung ab, dass der Betrieb einer Gaststätte keinen zulässigen (Haupt-)Zweck eines Idealvereins darstellen könne, der durch Registereintragung rechtsfähig werden könne.

Kita-Beschlüsse des BGH im konkreten Fall nicht anwendbar

Der Verein legte daraufhin Beschwerde beim OLG Celle ein und trug zur Begründung vor, dass er unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) zu Vereinen, die die Erziehung von Kindern durch den Betrieb von Kindergärten bezwecken (sog. Kita-Beschlüsse: BGH II ZB 7/16 und II ZB 9/16), als Idealverein im Sinne des § 21 BGB anzusehen sei. Dass der Verein anders als die „Kita-Vereine“ nicht als gemeinnützig anerkannt sei, sei nicht maßgeblich. Nach der Rechtsprechung des BGH sei allein entscheidend, dass ein Verein keine wirtschaftlichen Interessen verfolge. Das OLG Celle wies die Beschwerde als unbegründet zurück. Nach seiner Auffassung kann sich der Verein nicht auf die Rechtsprechung des BGH zu den sog. Kita-Beschlüssen berufen, weil er anders als die Kita-Vereine nicht gemein-

nützig sei. Die Anerkennung als gemeinnützig sei für den BGH Voraussetzung für die Einordnung als Idealverein. Auch die Tatsache, dass nach den Kita-Beschlüssen des BGH im Jahr 2017 § 22 BGB nicht, wie ursprünglich geplant, gelockert worden sei, spreche gegen eine Qualifizierung als Idealverein. Dass die Satzung des Vereins die Ausschüttung eines erwirtschafteten Gewinns an seine Mitglieder nicht vorsieht, rechtfertige keine Gleichstellung mit einem als gemeinnützig anerkannten Verein.

Hintergründe zu den Kita-Beschlüssen des BGH

Der Rechtsstreit beruht auf der Frage, ob die Rechtsprechung des BGH zu den in der Rechtsform des eingetragenen Vereins betriebenen Kitas auf Vereine übertragbar ist, die nicht als steuerbegünstigt im Sinne der §§ 51 ff AO anerkannt sind. Hintergrund der Kita-Beschlüsse war Folgendes:

Den Vereinen war die Löschung aus den Vereinsregistern und damit der Entzug der Rechtsfähigkeit angedroht worden. Die Begründung hierfür war, dass aufgrund des Betriebs der Kitas der Zweck der Vereine hauptsächlich auf einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sei und die Vereine daher nicht als Idealverein gemäß § 21 BGB einzustufen seien. Der BGH widersprach dem: Der Betrieb der Kitas sei durch das sog. Nebenzweckprivileg gedeckt. Danach ist eine wirtschaftliche Betätigung zulässig, wenn sie nicht zum Hauptzweck des Vereins wird, sondern diesen lediglich fördert. Der BGH hat der Anerkennung des Vereins als gemeinnützig eine Indizwirkung dafür beigemessen, dass der eigentliche Zweck des Vereins nicht ein wirtschaftlicher Zweck ist, sondern der ideelle Zweck der Förderung der Erziehung. Für die Beurteilung, ob ein Verein wirtschaftlich oder nicht wirtschaftlich tätig ist, ist nach Auffassung des BGH der satzungsmäßige Zweck des Vereins und nicht die tatsächliche wirtschaftliche Betätigung maßgeblich.

Ob dies auch für Vereine gilt, die nicht als steuerbegünstigt anerkannt sind, ist bislang höchstrichterlich nicht entschieden. Nach Auffassung des OLG Celle ist nach den Kita-Beschlüssen die Anerkennung als steuerbegünstigt Voraussetzung für die Beurteilung als Idealverein. Nach

einer Auffassung in der Literatur hat der BGH die Anerkennung des Vereins als gemeinnützig nicht zur Bedingung für die Anwendung der Grundsätze der Kita-Rechtsprechung gemacht. Dem Einwand des OLG Celle, dass § 22 BGB im Jahr 2017 nicht wie ursprünglich geplant gelockert wurde, hält die Literaturmeinung entgegen, dass der Gesetzgeber die Lockerung des § 22 BGB nach den Kita-Beschlüssen nicht mehr für notwendig hielt. Zu dem Gesetzentwurf „Zur Erleichterung unternehmerischer Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement und zum Bürokratieabbau bei Genossenschaften“ vertrat der Rechtsausschuss im Bundestag die Auffassung, dass auch regelmäßig nicht als gemeinnützig anerkannte Initiativen wie Dorfläden, soweit sie einen ideellen Hauptzweck verfolgen und nicht gewinnorientiert und auf Ausschüttung von Gewinnen gerichtet sind, als Idealverein eingetragen werden können (BT-Drucksache 18/12998, S. 19).

Ausblick

Der eingetragene Verein als rechtsfähige Körperschaft ist für solche Initiativen oftmals die attraktivste Rechtsform. Die Frage, ob diese Rechtsform auch nicht als gemeinnützig anerkannten Vereinen offensteht, ist soweit ersichtlich bislang nur vom OLG Celle thematisiert worden. Eine Rechtsbeschwerde ließ der Senat nicht zu, so dass der Beschluss rechtskräftig ist. Die Frage, ob der Idealverein als Rechtsform für nicht als steuerbegünstigte Verein in Frage kommt, sollte nach Möglichkeit im Vorfeld mit dem Registergericht abgestimmt werden.



Simone Scheffer

Rechtsanwältin, Steuerberaterin

Münster

0251.48261-178 s.scheffer@solidaris.de

Werbung für Fernbehandlung –

Vorsicht ist geboten!

Von Martin Wohlgemuth

Werbung für ärztliche Fernbehandlungen bleibt auch nach einer Liberalisierung des Heilmittelwerbegesetzes (HWG) nur sehr eingeschränkt möglich und ist mit hohen Hürden für die Leistungserbringer verbunden. Das hat der für Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit einem Urteil vom 9. Dezember 2021 (Az. I ZR 146/20) – noch nicht veröffentlicht – entschieden.

Geklagt hatte die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs gegen eine Versicherung. Diese warb auf ihrer Internetseite mit der Aussage „Erhalte erstmals in Deutschland Diagnosen, Therapieempfehlung und Krankenschreibung per App“. Beworben wurde zudem ein „digitaler Arztbesuch“ mittels App bei in der Schweiz ansässigen Ärzten. Hierin sah die Klägerin einen Verstoß gegen das Verbot der Werbung für Fernbehandlungen nach § 9 HWG und klagte auf Unterlassung.

Berufungsinstanz bestätigt Urteil der Vorinstanz

Bereits in den Vorinstanzen hatte die Klage Erfolg. Von besonderer Bedeutung ist, dass § 9 HWG während des Berufungsverfahrens eine Erweiterung erfahren hat. Danach gilt das Werbeverbot für Fernbehandlungen nicht, wenn ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem Patienten nach allgemein anerkannten Standards für die Behandlung nicht erforderlich ist. Trotz dieser gesetzgeberischen Klarstellung hat auch die Berufungsinstanz die Auffassung der Klägerin bestätigt.

Der Bundesgerichtshof hat sich dieser Auffassung angeschlossen und geurteilt, dass die fragliche Werbung so

wohl gegen die alte als auch gegen die neue Fassung von § 9 HWG verstößt.

Die Versicherung habe gegen § 9 Satz 1 HWG verstoßen, weil sie für die Fernbehandlung von Krankheiten geworben habe, die eine gleichzeitige physische Präsenz von Arzt und Patient bei der Untersuchung erfordern. Das sei im Rahmen einer Videosprechstunde nicht möglich.

Allgemein anerkannte fachliche Standards sind entscheidend

Nach § 9 Satz 2 HWG in seiner neuen Fassung sei das in Satz 1 geregelte Verbot zwar nicht auf die Werbung für Fernbehandlung anzuwenden, die unter Verwendung von Kommunikationsmedien erfolgen. Zu diesen Kommunikationsmedien seien auch Apps zu zählen. Das gelte aber nur, wenn nach allgemein anerkannten fachlichen Standards ein persönlicher Arzt-Patienten-Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nicht erforderlich sei.

Mit den allgemein anerkannten fachlichen Standards seien nicht die Regelung des für den behandelnden Arzt geltenden Berufsrechts gemeint. Es komme daher nicht darauf an, ob die beworbene Fernbehandlung den Ärzten in der Schweiz schon seit vielen Jahren erlaubt ist. Der Begriff der allgemein anerkannten fachlichen Standards beziehen sich vielmehr auf die Pflichten aus einem medizinischen Behandlungsvertrag und auf die von der Rechtsprechung hierzu entwickelten Grundsätze.

Die Versicherung hat aber für nicht auf bestimmte Krankheiten oder Beschwerden beschränkte ärztliche Primärversorgung im Rahmen einer Videosprechstunde geworben. Für das Berufungsgericht blieb damit unklar, ob die beworbenen Fernbehandlungen den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein fachlichen Standards entsprechen. Vor diesem Hintergrund wurde die Werbung als unzulässig erklärt.

Fazit

Mit diesem Urteil weist der BGH deutlich darauf hin, dass für ärztliche Informationsangebote Fernbehandlungen betreffend nicht nur das Heilmittelwerberecht und das ärztliche Berufsrecht entscheidend zu berücksichtigen sind, sondern auch die aus dem Arzthaftungsrecht entwickelten Grundsätze, welche Eingang in das BGB gefunden haben. Schlussendlich ist bei Informationen zu Fernbehandlungen sorgfältig zu bezeichnen, welche konkreten Leistungen mittels Videosprechstunde angeboten werden und zu prüfen, ob die angebotenen Fernbehandlungen unter Einhaltung des allgemein anerkannten fachlichen Standards möglich sind.



Martin Wohlgemuth, LL.M.
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Medizinrecht
Köln
02203 . 8997-410 m.wohlgemuth@solidaris.de

Patienteninformation: Ärzte dürfen im Rahmen der Aufklärung auf vorformulierte Formulare zurückgreifen

Von Ines Martenstein

Ärztliche Aufklärungsformulare, die insbesondere die Entscheidung des Patienten für oder gegen die Durchführung einer angeratenen Untersuchung dokumentieren sollen, unterliegen gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB grundsätzlich keiner AGB-rechtlichen Kontrolle nach § 307 Abs. 1 und Abs. 2, §§ 308, 309 BGB. Für die ärztliche Aufklärung gelten die durch die Rechtsprechung des BGH entwickelten, eigenständigen Regeln, die auch das Beweisregime erfassen (Urteil vom 02.09.2021 – III ZR 63/20).

Der Fall

Ein Verband von Augenärzten hatte seinen Mitgliedern ein Patienteninformationsblatt empfohlen, das die – nicht im Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenkassen enthaltene – Früherkennungsuntersuchung des Grünen Stars (Glaukom) zum Inhalt hatte. Darin haben Patienten vor Unterschrift die Möglichkeit anzukreuzen, ob sie eine Untersuchung zur Früherkennung wünschen oder nicht. Die Klausel lautet: „Ich habe die Patienteninformation zur Früherkennung des Grünen Stars (Glaukom) gelesen und wurde darüber aufgeklärt, dass trotz des Fehlens typischer Beschwerden eine Früherkennungsuntersuchung ärztlich geboten ist“. Darunter befand sich als Zusatz die Ankreuzoption: „Ich wünsche zur Zeit keine Glaukom-Früherkennungsuntersuchung.“ Gegen diese Klauseln wandte sich ein Verbraucherschutzverband und klagte auf Unterlassung. Zum einen würde es sich um eine unzulässige Tatsachenbehauptung (§ 309 Nr. 12 Hs. 1 b BGB) handeln. Zum anderen würden Patienten psychologisch unter Druck gesetzt, weil sie mit dem Kreuz an der „Nein, danke“-Stelle dem ärztlichen Rat offen widersetzen müssten. Die Verbraucherschützer sahen in den Klauseln daher auch ein unzulässiges Drängen zur Behandlung (§ 4a Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb). Erstinstanzlich hatte die Klage Erfolg. Das OLG Düsseldorf und der BGH wiesen die Klage hingegen zurück.

Aufklärungsformulare unterliegen nur eingeschränkt der AGB-Kontrolle

Der BGH weist darauf hin, dass die Klausel nicht gegen AGB-Recht verstoße. Das Informationsblatt bzw. die Klausel diene der Dokumentation der über die Früherkennungsuntersuchung des Glaukoms erfolgten Aufklärung und der Entscheidung der Patienten, ob sie die angeratene Untersuchung vornehmen lassen möchten. Die Patienteninformation sei zwar prinzipiell als AGB zu qualifizieren. Für die ärztliche Aufklärung würden jedoch eigenständige, durch die BGH-Rechtsprechung entwickelte, Sonderregeln gelten, die auch die Beweislast erfassen. Hiernach seien die unterzeichneten Aufklärungs- und Einwilligungformulare wesentlicher Anhaltspunkt für den Inhalt der Aufklärung. Dass es sich hierbei um vorformulierte Informationen handle, stehe einer Beweiswirkung nicht entgegen. Im Übrigen habe der Gesetzgeber durch das Patientenrechtegesetz an diese Rechtsprechungsgrundsätze angeknüpft. Danach

sind Patienten im Rahmen der Aufklärung Abschriften von Unterlagen, die sie unterzeichnet haben, auszuhändigen (§ 630 e Abs. 2 S. 2 BGB). Diese Regelung hätte keinen Anwendungsbereich, so der BGH, ließe man die Patientenformulare an § 309 Nr.12 Hs. 1 b BGB scheitern. In dieses besondere Aufklärungs- und Beweisregime des Rechts des Behandlungsvertrags füge sich die angegriffene Klausel ein, sodass sie mit der Rechtslage übereinstimme.

Fazit

Das Urteil ist erfreulich. Der BGH setzt mit der Entscheidung seine großzügige Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärung fort und stellt klar, dass an die ärztliche Aufklärung keine unbilligen, übertriebenen Anforderungen gestellt werden dürfen. Dabei betont der BGH insbesondere, dass Ärzte im Behandlungsalltag zur Verbesserung ihrer Beweissituation im Hinblick auf eine erfolgte Aufklärung auf vorformulierte Formulare zurückgreifen dürfen. In diesem Zusammenhang weist der BGH sogar explizit auf die Vorteile vorformulierter Informationen hin und dass diesen selbst dann ein Beweiswert beigemessen werde, wenn sie nicht unterschrieben seien. Bei der Frage nach der ärztlichen Aufklärung geht es letztlich immer um eine Gesamtschau des Einzelfalles. Maßgebliche Kriterien sind die Aufzeichnungen des Arztes im Krankenblatt oder ein Aufklärungs- oder Einwilligungsformular für Patienten sowie z.B. die übliche Beratungspraxis. Sollten Sie unsicher sein, ob die von Ihnen praktizierte ärztliche Aufklärung – in einem etwaigen Rechtsstreit – ausreichend im Sinne der Rechtsprechung ist, sprechen Sie uns gerne an.



Ines Martenstein, LL.M.
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Medizinrecht
Köln
02203. 8997-419 i.martenstein@solidaris.de

Das neue TTDSG – Anpassungsbedarf für Datenschutzerklärungen

Von Chris Brauckmann und Alexander Gottwald

Seit dem 1. Dezember 2021 gilt das Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG). Dieser Beitrag beleuchtet insbesondere die Auswirkungen des TTDSG auf die Verwendung von Cookies und anderen Drittdiensten auf Websites.

Der § 25 TTDSG enthält spezielle Datenschutzvorschriften für Anbieter von Telekommunikationsdiensten und Telemediendiensten. Er genießt damit Anwendungsvorrang vor den vorhandenen Regeln im Telemediengesetz (TMG) und Telekommunikationsgesetz (TKG) zum Datenschutz und teilweise auch vor der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO).

Vor allem vom neuen Gesetz betroffen: das Setzen und Auslesen von Cookies

Unter der Bezeichnung „Schutz der Privatsphäre der End-einrichtung“ betrifft § 25 TTDSG das bislang umstrittene Setzen und Auslesen von Informationen im Endgerät des Nutzers und damit vor allem das von einwilligungsbedürftigen und nicht-einwilligungsbedürftigen aber „unbedingt erforderlichen“ Cookies. Das Setzen von Cookies ermöglicht eine Nachverfolgbarkeit der Aktivitäten des Nutzers, das sogenannte Tracking. Die seit dem Urteil des EuGH in der Fachwelt gängige Unterscheidung in „technisch notwendige“ und „technisch nicht-notwendige“ Cookies lebt also weiter.

Device-Fingerprinting könnte auch unter § 25 TTDSG fallen

Da die Formulierung des § 25 TTDSG aber auch das reine Auslesen von im Endgerät gespeicherten Informationen betrifft, könnte hiervon künftig auch ein „cookieähnlicher“ Tracking-Mechanismus betroffen sein, nämlich das sogenannte „Device-Fingerprinting“. Dabei erfolgen die Individualisierung und das Tracking des Nutzers anhand von im Rahmen der Browser-Anfrage automatisch übermittelten technischen Informationen des Endgeräts, wie Browser-Versionsnummer, verwendeter Hardware usw. Ein Device-Fingerprinting wird beispielweise beim Webanalyse-Tool Matomo eingesetzt, sofern der Website-Betreiber auf das Setzen von Matomo-Cookies verzichtet hat.

Umgang und Weitergabe von Daten an eingebundene Drittanbieter wie YouTube oder Google-Maps

Wünschenswert wäre aus unserer Sicht gewesen, dass mit dem TTDSG auch der Umgang mit alternativen Tracking-Mechanismen und die ungefragte Weitergabe von personenbezogenen Daten an eingebundene Drittanbieter auf der Website wie z.B. YouTube- oder Google-Maps ausdrücklich geregelt werden. Ausdrücklich ist das aus unserer Sicht nicht der Fall, wir halten diese Datenverarbeitung aufgrund des mangelnden Einflusses des Nutzers aber weiterhin für einwilligungsbedürftig.

Praxisrelevanz

Große Praxisrelevanz hat der § 25 TTDSG somit beim Einsatz von Cookies und bei der Einbindung von Drittdiensten auf Websites wie beispielsweise Fonts, Consent-Management-Tools, Videoplattformen, Karten oder Bezahl-diensten. Die Aufsichtsbehörden haben es aufgrund der unsicheren Rechtslage bislang toleriert, dass Datenverarbeitungen im Zusammenhang mit dem Einsatz von Cookies und durch eingebundene Drittdienstleister unter engen Voraussetzungen auch auf Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO gestützt werden können – also bei einem die Nutzerinteressen überwiegen den berechtigten Interesse des Betreibers. Damit ist jetzt Schluss!

Einwilligung ist die Regel

Grundsätzlich ist nach § 25 Abs. 1 S. 1 TTDSG die Einwilligung für das Speichern oder Auslesen von Informationen im Endgerät des Nutzers erforderlich. In Hinblick auf die formalen und inhaltlichen Voraussetzungen der Information und der Einwilligung des Nutzers wird auf die DS-GVO verwiesen. Es gelten also die bekannten Voraussetzungen.

Zwei Ausnahmen vom Einwilligungserfordernis

§ 25 Abs. 2 TTDSG regelt zwei Ausnahmen vom Einwilligungserfordernis: die Speicherung von Informationen auf Endeinrichtungen zum Zweck der Übertragung einer Nachricht über ein öffentliches Telekommunikationsnetz und die Speicherung von oder der Zugriff auf Daten, die für Telemediendienstleistungen unbedingt erforderlich sind, um Nutzer*innen einen ausdrücklich gewünschten Telemediendienst zur Verfügung zu stellen.

Hohe Bußgelder bei Verstoß gegen das TTDSG

Erwähnenswert ist noch, dass § 28 TTDSG eine eigene Bußgeldvorschrift enthält. Ein Verstoß gegen die Einwilli-

gungspflicht aus § 25 Abs. 1 TTDSG kann damit beispielsweise mit einer Geldbuße von bis zu 300.000 EUR geahndet werden.

Handlungsempfehlungen

Websitebetreiber sollten prüfen, ob auf ihren Websites Cookies oder andere Dienste, die auf im Endgerät des/der Nutzers*in gespeicherte Informationen zugreifen, ohne eine wirksame Einwilligung eingesetzt werden. Sollte dies der Fall sein, ist weiter zu klären, ob es sich um Cookies oder Dienste handelt, für die eine Ausnahmeregelung greift, die vor allem für den Betrieb „unbedingt erforderlich“ sind. Bei Unsicherheiten in Bezug auf diese rechtliche Bewertung sollte der Cookie oder der Drittdienst bis zur Klärung deaktiviert werden.

Sollten Sie Hilfe bei der datenschutzrechtlichen Optimierung Ihrer Website benötigen, zögern Sie bitte nicht, uns anzusprechen



Chris Brauckmann, LL.M.
Wirtschaftsjurist
Externer Datenschutzbeauftragter und Auditor (TÜVcert.)
Münster
0251.48261-194 c.brauckmann@solidaris.de



Alexander Gottwald, EMBA
Rechtsanwalt
Zertifizierter Datenschutzbeauftragter (GDDcert. EU)
Münster
0251.48261-173 a.gottwald@solidaris.de

Verwaltungsgericht verbietet die

Nutzung von „Cookiebot“

Von Chris Brauckmann und Alexander Gottwald

Der Beschluss des Verwaltungsgerichts (VG) Wiesbaden (Beschluss vom 01.12.2021 - Az. 6 L 738/21.WI) zur Verwendung der Cookie-Management-Plattform (sog. „Cookie Banner“) „Cookiebot“ beschäftigt derzeit die Datenschutzrechtler in ganz Deutschland. Es ist die erste Entscheidung in Deutschland, die einen Datentransfer untersagt, weil personenbezogene Daten in der EU über einen Cloud-Anbieter fließen, der lediglich seinen Sitz in den USA hat. Denn nach Ansicht des VG Wiesbaden soll eine Übermittlung personenbezogener Daten in die USA – hier IP-Adressen – schon dann vorliegen, wenn das US-Unternehmen oder ein deutsches Tochterunternehmen die Daten auf Servern in der EU verarbeitet und lediglich das abstrakte Risiko besteht, dass Daten aufgrund des sog. Cloud-Acts an die USA „ausgeliefert“ werden müssen.

Datenschutzverletzung durch Einsatz von Cookiebot

Am 1. Dezember 2021 wurde der Hochschule RheinMain im Eilverfahren untersagt, auf der Website www.hs-rm.de weiterhin „Cookiebot“ zur Einholung von Einwilligungen einzusetzen. Zur Begründung wurde angeführt, Cookiebot erhebe von den Nutzern der jeweiligen Webseiten personenbezogene Daten wie die vollständige IP-Adresse und speichere diese u. a. auf EU-Servern der Firma Akamai Technologies, die ihren Hauptsitz in den USA habe. Damit riskiere sie jedoch den unbefugten Datenzugriff durch US-Behörden auf Grundlage des US-Cloud-Acts. Der US-Cloud-Act gibt US-Behörden die Möglichkeit des Zugriffs auf Server von US-Unternehmen, auch wenn diese außerhalb der USA und ggf. von Tochterunternehmen betrieben werden.

Das VG Wiesbaden sah nun in diesem rein potenziellen Zugriff von US-Behörden eine Datenschutzverletzung, denn die Nutzer würden im Hinblick auf diesen Datentransfer nicht zu einer gesonderten Einwilligung aufgefordert werden und auch die Datenschutz-Informationen von Cookiebot würden über einen solchen möglichen Datentransfer nicht im genügenden Maße informieren.

VG Wiesbaden: Schon die Möglichkeit des Zugriffs der US-Behörden stellt einen Drittlandtransfer dar

Eine Vereinbarung für den Drittlandtransfer mit Hilfe der EU-Standarddatenschutzklauseln zwischen dem Anbieter (Cybot) des „Cookiebot“ und dem US-Amerikanischen Cloud-Dienstleister Akamai Technologies genüge laut dem VG Wiesbaden nicht. Der EuGH habe in seiner sogenannten Schrems II Entscheidung klar festgestellt, dass „zusätzliche technische Maßnahmen“, wie z.B. eine Verschlüsselung, vor dem Datenexport durch den Verantwortlichen ergriffen werden müssen (siehe dazu unseren Artikel „EuGH kippt transatlantisches Datenschutzabkommen“ vom 12. August 2020)

Brisant ist dabei, dass die Begründung des Beschlusses auch Auswirkungen auf andere Cloud-Dienste von US-Providern wie Google, Microsoft (mit seinen 365-Diensten), Amazon oder Salesforce haben könnte. Jegliche Verarbeitung personenbezogener Daten im Bereich der elektronischen Kommunikation des Cloud-Computing, die unter Beteiligung eines US-Unternehmens stattfinden, stünden damit unter dem Damoklesschwert des Cloud-Acts und wären als Drittlandtransfer zu behandeln. Genau das macht den Beschluss so „gefährlich“ aber aus unserer Sicht auch angreifbar. Es ist nicht bekannt, ob seitens der Hochschule RheinMain Beschwerde eingelegt worden ist. Angesichts der aus unserer Sicht fragwürdigen, weil sehr weitreichenden Begründung, wäre dies aber zu empfehlen.

Handlungsempfehlungen

Der Beschluss vergrößert das Haftungsrisiko für Website-Betreiber. In einem ersten Schritt empfehlen wir zu prüfen, ob Sie auf der eigenen Website möglicherweise ebenfalls den Dienst Cookiebot einsetzen. Cookiebot ist gerade bei deutschen Unternehmen und Organisationen sehr beliebt, da ausdrücklich mit DS-GVO-Compliance geworben wird. Soweit Sie Cookiebot einsetzen, sollten Sie nach der nun vorliegenden Entscheidung des VG Wiesbaden Alternativ-Dienste in Betracht ziehen, die auf Servern gehostet werden, die ausschließlich im Zugriffsbereich von EU-Unternehmen liegen, also keinen US-Bezug aufweisen.



Chris Brauckmann, LL.M.
Wirtschaftsjurist
Externer Datenschutzbeauftragter und Auditor (TÜVcert.)
Münster
0251.48261-194 c.brauckmann@solidaris.de



Alexander Gottwald, EMBA
Rechtsanwalt
Zertifizierter Datenschutzbeauftragter (GDDcert. EU)
Münster
0251.48261-173 a.gottwald@solidaris.de

Datenschutzbehörde: Google

Analytics verstößt gegen die DSGVO

Von Chris Brauckmann und Agnes Lisowski

Der Einsatz des Auswertungs-Tools Google Analytics auf innerhalb der EU betriebenen Websites ist nach Ansicht der österreichischen Aufsichtsbehörde mit der DS-GVO nicht vereinbar. Die Aufsichtsbehörde sieht vor allem die allgemeinen Grundsätze der Datenübermittlung gemäß Artikel 44 DS-GVO verletzt, da mit dem Tool persönliche Nutzerinformationen an Google in den USA weitergegeben werden. Mit dem jetzt veröffentlichten Teilbescheid reagiert die Aufsichtsbehörde auf eine Musterbeschwerde, die der vom Datenschutzaktivisten Max Schrems gegründete Datenschutzverein Noyb im August 2020 gegenüber einem Verlag erhoben hatte.

Kein „angemessenes Schutzniveau“

Mit dem Statistikwerkzeug habe der Website-Betreiber personenbezogene Daten des Beschwerdeführers an Google übermittelt, welches die Daten laut eigener Aussage in den USA hostet. Zu den übermittelten Daten zählten einzigartige Nutzer-Identifikationsnummern, die IP-Adresse und Browserparameter. Nach Ansicht der Aufsichtsbehörde habe die Übermittlung gegen den europäischen Datenschutz verstoßen, weil eine Vereinbarung der EU-Standarddatenschutzklauseln zwischen dem Verlag und Google nicht genüge, um die „Überwachungs- und Zugriffsmöglichkeiten“ durch US-Geheimdienste zu verhindern. Auch die von Google vorgelegten „technischen und organisatorischen Maßnahmen“ („TOMs“), wie die angewendete Verschlüsselung, bewertet die Aufsichtsbehörde als weitgehend wirkungslos, um die Daten europäischer Bürger gegenüber den US-Geheimdiensten ausreichend zu schützen.

Was sagen die deutschen Aufsichtsbehörden?

Bislang hat sich noch keine deutsche Aufsichtsbehörde zu dem Beschluss der österreichischen Kollegen geäußert. Die österreichische Aufsichtsbehörde hat jedoch angemerkt, dass angesichts der anschließenden Fusion des betroffenen österreichischen Verlages mit einem deutschen Unternehmen künftige Datenübermittlung an Google und damit einhergehende Datenschutzverstöße durch deutsche Aufsichtsbehörden geprüft würden.

Handlungsempfehlungen

Der Beschluss der österreichischen Aufsichtsbehörde vergrößert das Haftungsrisiko für Website-Betreiber. In einem ersten Schritt empfehlen wir zu prüfen, ob Sie auf der eigenen Website Google Analytics eingesetzt wird. Das Tool ist allgemein zur Website-Auswertung sehr beliebt. Soweit Sie das Tool einsetzen, sollten Sie nach dem nun vorliegenden Beschluss der österreichischen Aufsichtsbehörde Alternativen in Betracht ziehen, die auf Servern gehostet werden, die ausschließlich im Zugriffsbereich von EU-Unternehmen liegen, also keinen US-Bezug aufweisen.

Gerne unterstützen wir Sie bei der datenschutzrechtlichen Optimierung Ihrer Website.



Chris Brauckmann, LL.M.

Wirtschaftsjurist
Externer Datenschutzbeauftragter und Auditor (TÜVcert.)
Münster
0251 . 48261-194 c.brauckmann@solidaris.de



Agnes Lisowski

Rechtsanwältin
Zertifizierte Datenschutzbeauftragte (GDDcert. EU)
Münster
0251 . 48261-178 a.lisowski@solidaris.de

IMPRESSUM

Herausgeber

Solidaris Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
51149 Köln, Von-der-Wettern-Str. 11
51152 Köln, Postfach 92 02 55

E-Mail: info@solidaris.de
Website: www.solidaris.de

Geschäftsführer: Dr. Axel Stephan Scherff

Sitz der Gesellschaft: 51149 Köln
Registergericht: Amtsgericht Köln, HRB 69691005

Redaktionsschluss dieser Ausgabe:
20. Januar 2022

Kontakt/Newsletterverwaltung

Dieser Newsletter ist ein kostenloser Service der Solidaris Rechtsanwaltsgesellschaft mbH. Unser zentrales Anliegen ist es, Sie mit aktuellen Informationen aus dem Bereich des Rechts zu versorgen. Sollte dieser Newsletter für Sie jedoch keinen informativen Mehrwert aufweisen, können Sie ihn jederzeit unter www.solidaris.de mit sofortiger Wirkung abbestellen. Bitte zögern Sie nicht, uns bei Fragen, Anmerkungen, Kritik und Feedback zu kontaktieren. Ihr Ansprechpartner: Herr Timo Haep, Telefon: 02203 . 8997-136, E-Mail: t.haep@solidaris.de.

Disclaimer

Die Inhalte dieses Newsletters dienen ausschließlich der allgemeinen juristischen Information. Sie stellen keine rechtliche Beratung dar und können eine einzelfallbezogene Beratung nicht ersetzen. Durch die Übersendung dieses Newsletters wird kein Mandatsverhältnis zwischen Absender und Empfänger begründet. Obwohl wir die Inhalte dieses Newsletters nach bestem Wissen und Kenntnisstand erstellt haben, können sie wegen ihres rein informativen Charakters die aktuellen rechtlichen Entwicklungen nicht vollständig berücksichtigen und wiedergeben.