

Newsletter 4/2020

- › [Vorbeschäftigungsklausel ist unwirksam](#)
 - › [Betriebsübergang auch ohne Übertragung von Betriebsmitteln](#)
 - › [Keine Krankmeldungen über WhatsApp](#)
 - › [Krankschreibung künftig per Videosprechstunde möglich](#)
 - › [EuGH kippt transatlantisches Datenschutzabkommen – EU-US Privacy Shield ungültig](#)
 - › [Datenschutz auf Webseiten: Google Analytics & Co nur noch mit Einwilligung](#)
 - › [Firmierung einer Unternehmersgesellschaft – Die „gUG \(haftungsbeschränkt\)“ gibt es jetzt doch!](#)
 - › [Handelsregister statt Transparenzregister?](#)
 - › [Der Notvorstand als Mittel zur Vermeidung einer Mitgliederversammlung in Corona-Zeiten?](#)
 - › [Keine Beendigung einer Organschaft durch Anordnung vorläufiger Eigenverwaltung](#)
 - › [Umsatzsteuerliche Behandlung von Aufsichtsratsvergütungen](#)
 - › [BSG entscheidet zur Beschäftigung von Vorbereitungsassistenten im MVZ](#)
-
- › [Aktuelle Seminare](#)
-
- › [Impressum](#)

Vorbeschäftigungsklausel ist unwirksam

Von Dr. Dirk Neef

Eine Vertragsklausel in einer Allgemeinen Geschäftsbedingung, mit welcher der Arbeitnehmer bestätigen soll, nicht bereits zuvor in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber gestanden zu haben, ist als Tatsachenbestätigung, die geeignet ist, die Beweislast zulasten des anderen Vertragsteils und zugunsten des Verwenders zu verändern, unwirksam gem. § 309 Nr. 12b BGB – so das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg in seinem Urteil vom 11. März 2020 – 4 Sa 44/19.

Die Klägerin wurde erstmals ab dem 6. April 1999 befristet bis zum 31. Juli 2000 von der Beklagten eingestellt. Mit Wirkung zum 1. September 1999 ging das Arbeitsverhältnis im Rahmen eines Betriebsübergangs auf einen Dritten über. Nach Befristungsende schied die Klägerin zunächst aus dem Erwerbsleben aus. Im Jahr 2014 bewarb die Klägerin sich bei

der Beklagten. Es kam zu einem Vorstellungsgespräch, dessen Inhalt streitig ist. Die Klägerin legte einen Lebenslauf vor, in dem die Beschäftigung bei der Beklagten nicht aufgeführt war. Außerdem füllte die Klägerin einen Personalfragebogen aus und kreuzte sie die Frage: „Waren Sie schon in einem Betrieb der B-Gruppe beschäftigt?“ mit „Ja“ an. Nach einer Vorbeschäftigung bei der Beklagten selbst wurde in dem Fragebogen nicht gefragt. Die Parteien schlossen daraufhin einen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag ab, dessen Nr. 1.1. Abs. 2 lautete: „Sie bestätigen, bisher in keinem befristeten oder unbefristeten Arbeitsverhältnis (einschließlich Ferienbeschäftigung) zu uns gestanden zu haben.“

Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg stellte klar, dass es der Klägerin nicht verwehrt sei, sich auf die Unwirksamkeit der Befristung zu berufen. Denn sie habe die Beklagte nicht bewusst irrtümlich in den Glauben versetzt, dass keine befristungsschädliche Vorbeschäftigung vorgelegen habe. Sofern die Klägerin in Nr. 1.1. Abs. 2 des Arbeitsvertrags angegeben hatte, bisher in keinem befristeten oder unbefristeten Arbeitsverhältnis zur Beklagten gestanden zu haben, könne sich die Beklagte auf diese Tatsachenerklä-

nung nicht berufen. Die Vertragsklausel sei gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB der Inhaltskontrolle anhand des § 309 BGB zu unterziehen. Sie sei wegen Verstoßes gegen § 309 Nr. 12 Buchst. b) BGB unwirksam. Zwar ändere die Klausel nicht die ohnehin bei der Klägerin liegende Beweislast für die Vorbeschäftigung bei der Beklagten. Für die Anwendung des § 309 Nr. 12 BGB genüge aber schon der Versuch des Klauselverwenders, die Beweisposition des Vertragspartners zu verschlechtern. Die Beklagte sei wegen dieser Tatsachenbekundung in der Lage gewesen, die von der Klägerin behauptete Vorbeschäftigung unter Vorlage des Arbeitsvertrags substantiiert und nicht nur einfach zu bestreiten. Der Klägerin habe dadurch eine erhöhte Erwidernlast obliegen. Wäre sie dann nicht mittels anderer Beweismittel in der Lage gewesen, die Tatsachenerklärung nach Nr. 1.1 Abs. 2 des Arbeitsvertrags vollständig zu erschüttern, hätte die Gefahr eines Prozessverlustes bestanden.

Auch aus weiteren Umständen ergebe sich nicht, dass es der Klägerin nach Treu und Glauben verwehrt wäre, sich auf die Unwirksamkeit der Befristung zu berufen. Die Beklagte habe selbst nicht behauptet, die Klägerin in dem Vorstellungsgespräch nach einer Vorbeschäftigung bei ihr gefragt zu haben. Und von sich aus sei die Klägerin nicht verpflichtet gewesen, auf eine solche hinzuweisen. Im Gegenteil habe die Klägerin im Einstellungsbogen wahrheitsgemäß angegeben, bereits früher in der B-Gruppe, zu der die Beklagte gehöre, beschäftigt gewesen zu sein. Dies sowie der weitere Umstand, dass die Vorbeschäftigung nicht im Lebenslauf angegeben war, hätten die Beklagte veranlassen müssen, sich ihrerseits um nähere Aufklärung zu bemühen.

Fazit

Eine Vorbeschäftigungsklausel im Arbeitsvertrag schützt nicht vor den Folgen eines Verstoßes gegen das Vorbeschäftigungsverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG. Im Vorstellungsgespräch sind daher Vorbeschäftigung sowie Lücken im Lebenslauf abzufragen. Die Anfertigung eines Protokolls über den Inhalt des Vorstellungsgesprächs ist nicht nur erlaubt, sondern wird zur Beweissicherung auch dringend empfohlen.



Dr. Dirk Neef
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Köln
02203. 8997-411 d.neef@solidaris.de

Betriebsübergang auch ohne

Übertragung von Betriebsmitteln

Von Christian Klein

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat sich im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens des Arbeitsgerichts Cottbus zu der Frage geäußert, ob ein Betriebsübergang im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG und damit im Sinne des § 613a BGB auch dann vorliegen kann, wenn keine materiellen Betriebsmittel auf den Erwerber übergehen (EuGH, Urteil vom 27. Februar 2020 – C-298/18).

Ausgangspunkt war die Situation, dass ein ostdeutscher Landkreis einen Auftrag zum Betrieb von Buslinien neu ausschrieb. Der bisherige Busunternehmer bewarb sich nicht mehr auf diese Ausschreibung, sondern stellte seinen Geschäftsbetrieb ein und kündigte allen Arbeitnehmern. Das Unternehmen, welches den Auftrag erhielt, stellte den überwiegenden Teil der Busfahrer ein, übernahm aber weder die Busse noch sonstige Betriebsmittel vom bisherigen Auftragnehmer. Grund hierfür war unter anderem, dass die Busse nicht mehr die Abgasnorm erfüllten, die in den Ausschreibungsbedingungen gefordert war, und daher schlicht zu alt waren.

In mehreren Verfahren vor dem Arbeitsgericht Cottbus stellten sich Arbeitnehmer auf den Standpunkt, dass es zwischen dem alten und dem neuen Unternehmer zu einem Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB gekommen sei mit der Folge, dass ihre mit dem früheren Busunternehmer abgeschlossenen Arbeitsverhältnisse bei dem Nachfolger fortbestünden. Dieser argumentierte, dass ein Betriebsübergang nicht vorliegen könne, wenn keinerlei Betriebsmittel übernommen werden, und folgte damit der bisherigen Rechtsprechung des EuGH in einem vergleichbaren Fall (EuGH, Urteil vom 25. Januar 2001 – C-172/99) wie auch des Bundesarbeitsgerichts (BAG), welches in einer jüngeren Entscheidung, bei der die Fahrer eines Rettungsdienstes, aber nicht die Krankenwagen übernommen worden war, ebenfalls einen Betriebsübergang verneinte (BAG, Urteil vom 25. August 2016 – 8 AZR 53/15). Von der Gegenseite wurde vertreten, dass allein die Busfahrer aufgrund ihrer Kenntnisse der Region, der Strecken und der Fahrpläne die wirtschaftliche Einheit prägten und daher ein Betriebsübergang infolge der Übernahme dieser Fahrer vorläge.

Der EuGH betonte in seiner Entscheidung zunächst noch einmal, dass die Frage eines Betriebsübergangs anhand einer Gesamtwürdigung aller Umstände zu beantworten sei. Hierzu gehörten

- › die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebs,
- › der Übergang oder Nichtübergang der Aktiva und der Kundschaft,
- › die Übernahme oder Nichtübernahme der Hauptbelegschaft,
- › der Grad der Ähnlichkeit der verrichteten Tätigkeit und
- › die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit.

Der EuGH kommt zu dem Ergebnis, dass die Betriebsmittel dann nicht beachtlich seien, wenn ihre Übernahme wirtschaftlich oder rechtlich unmöglich oder sinnlos wäre, wie dies bei den veralteten Bussen der Fall gewesen sei, und bejaht im Ergebnis einen Betriebsübergang auf den neuen Buslinienbetreiber.

Fazit

Der EuGH setzt sich in Widerspruch zu seiner älteren Rechtsprechung und schafft damit mehr Unsicherheit als zuvor. Die Frage, ob ein Betriebsübergang vorliegt, ist damit noch schwieriger zu beantworten und erfordert in jedem Einzelfall eine genaue Prüfung, da ein Betriebserwerber andernfalls ungewollt in die Arbeitsverhältnisse des früheren Betriebsinhabers eintreten könnte.



Christian Klein
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Wirtschaftsmediator (CVM)
Köln
02203.8997-421 c.klein@solidaris.de

Keine Krankmeldungen

über WhatsApp

Von Agnes Lisowski

Arbeitgeber, die WhatsApp zur Übermittlung von Beschäftigtendaten nutzen, verstoßen gegen den Datenschutz und riskieren ein Bußgeld. Dies stellt die Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit NRW in ihrem 25. Datenschutzbericht fest (vgl. Ziffer 6.1, S. 51 f.).

Facebook kann auf die Verkehrsdaten (Wer kommuniziert wann mit wem?) und auf die Bestandsdaten (Wer ist für den Dienst angemeldet?) von WhatsApp-Nutzern zugreifen. Zudem liest die App das Adressbuch auf dem Gerät des Nutzers aus und gleicht die Daten mit den bei WhatsApp gespeicherten Daten ab. Dies gilt trotz Ende-zu-Ende-Verschlüsselung der eigentlichen Kommunikation. Daneben hat der Arbeitgeber keinen Einfluss auf die Datenverarbeitungsvorgänge bei WhatsApp und Facebook und kann daher nicht die erforderlichen technisch-organisatorischen Maßnahmen zum Schutz der Daten seiner Beschäftigten treffen. Ein weiteres Risiko für die Beschäftigtendaten besteht darin, dass die Endgeräte der Beschäftigten und des Arbeitgebers oft nicht ausreichend abgesichert sind. Auch eine Einwilligung der Beschäftigten in die Übermittlung ihrer personenbezogenen Daten, z. B. ihrer Krankmeldung, via WhatsApp, hilft dem Arbeitgeber nicht, sich von einem Datenschutzverstoß zu entlasten. Einwilligungen sind nämlich nur dann wirksam, wenn die Mitarbeiter zuvor hinreichend über die Risiken einer Kommunikation über WhatsApp und den mangelhaften Schutz ihrer Daten aufgeklärt wurden. Dies jedoch wird dem Arbeitgeber mangels einer entsprechenden Kooperation seitens Facebook kaum möglich sein.

Fazit

WhatsApp eignet sich nicht als Kanal für Krankmeldungen des Arbeitnehmers an den Arbeitgeber. Vielmehr stellt die Verwendung von WhatsApp für Krankmeldungen im Unternehmen einen Datenschutzverstoß dar.



Agnes Lisowski
Rechtsanwältin
Zertifizierte Datenschutzbeauftragte (GDDcert. EU)
Münster
0251.48261-178 a.lisowski@solidaris.de

Krankschreibung künftig per

Videosprechstunde möglich

Von Ines Martenstein

Die Digitalisierung unseres Gesundheitssystems schreitet weiter voran: Vertragsärzte können zukünftig die Arbeitsunfähigkeit von Patienten auch per Videosprechstunde feststellen. Der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) hat am 16. Juli 2020 eine entsprechende Anpassung der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie beschlossen. Patienten müssen künftig nicht immer zur Untersuchung in die Praxis kommen, wenn sie eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (AU) benötigen. Der Beschluss liegt aktuell dem Bundesministerium für Gesundheit zur Prüfung vor.

Die Krankschreibung per Videosprechstunde ist allerdings nur unter den folgenden Voraussetzungen möglich:

- › Der Patient muss der Praxis bereits bekannt sein.
- › Die Krankheit muss in einer Videosprechstunde untersucht werden können.
- › Die erstmalige AU-Bescheinigung kann für maximal sieben Kalendertage ausgestellt werden. Danach muss der Patient die Praxis aufsuchen, sollte er länger erkrankt sein.
- › Eine Folgekrankschreibung gibt es nur, wenn der Arzt die vorherige Arbeitsunfähigkeit bei einer unmittelbaren persönlichen Untersuchung festgestellt hat. Dann kann auch für einen längeren Zeitraum krankgeschrieben werden.

Die Organisation der Videosprechstunde ist nicht kompliziert: Der Arzt registriert sich bei einem zertifizierten Videodienstanbieter, der für die technische Sicherheit sorgt. Danach erhält der Arzt vom Videodienstanbieter eine Bescheinigung (Gütesiegel) und weitere Informationen zum Einwählen in die Videosprechstunde. In manchen Bundesländern muss die Genehmigung zur Ausführung und Abrechnung der Videosprechstunde bei der Kassenärztlichen Vereinigung (KV) beantragt werden. Nach Terminvereinbarung mit der Praxis wählen sich Arzt und Patient bei dem Videodienstanbieter ein.

Für den Ablauf der Videosprechstunde gelten für die vertragsärztliche Versorgung weitere Anforderungen zur Videosprechstunde (Anlage 31b zum Bundesmantelvertrag-Ärzte). Aber auch (Krankenhaus-)Ärzte sind gut beraten, die

dortigen Anforderungen zu beachten. So sollte insbesondere eine Einwilligung des Patienten in die Datenverarbeitung eingeholt und über die Anforderungen zur Durchführung der Videosprechstunde informiert werden.

Fazit

Gerade bei langen Anfahrtswegen oder nach Operationen kann die Videosprechstunde eine sinnvolle Hilfe sein. Für die Krankschreibung per Videosprechstunde sollte der Arzt stets prüfen, ob er in bestimmten Fällen eine AU ohne körperliche Untersuchung in der Praxis ausstellt. Ist keine hinreichend sichere Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit per Videosprechstunde möglich, muss sich der Patient persönlich in der Praxis vorstellen. Zudem ist der Patient im Vorfeld der Videosprechstunde über die eingeschränkten Möglichkeiten der Befunderhebung zum Zwecke der Feststellung der AU im Rahmen der Videosprechstunde aufzuklären. Ausdrücklich ausgeschlossen ist eine AU-Feststellung ausschließlich auf Basis eines Online-Fragebogens, einer Chat-Befragung oder eines Telefonats.



Ines Martenstein, LL.M.
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Medizinrecht

Köln
02203 . 8997-419 | i.martenstein@solidaris.de

EuGH kippt transatlantisches

Datenschutzabkommen –

EU-US Privacy Shield ungültig

Von Alexander Gottwald

Es ist bereits der zweite Erfolg des österreichischen Datenschutzaktivisten und Juristen Max Schrems gegen Facebook, der Auswirkungen auf den transatlantischen Datentransfer und damit auch auf die Datenverarbeitung von Firmen wie Microsoft, Apple und anderen Telekommunikationsanbietern in den USA hat. Bereits Anfang Oktober 2015 hatte der europäische Gerichtshof (EuGH) auf seine Beschwerde hin in der Safe-Harbor- bzw. Schrems-I-Entscheidung ([Rechtssache C-362/14](#)) das gleichnamige transatlantische Datenschutzabkommen für ungültig erklärt. Nun ist auch der Nachfolger, der sogenannte EU-US Privacy Shield, mit dem sogenannten Schrems-II-Urteil des EuGH vom 16. Juli 2020 ([Rechtssache C-311/18](#)) Geschichte.

Der Privacy Shield bildete bislang als Angemessenheitsbeschluss der Europäischen Union im Sinne von Art. 45 DS-GVO sowie der korrespondierenden kirchlichen Regelungen in § 40 KDG/KDR-OG und § 10 DSG-EKD neben den sogenannten EU-Standarddatenschutzklauseln die Grundlage für einen legitimen Datentransfer zwischen der EU und den USA. Ein Angemessenheitsbeschluss dient dazu, in dem betreffenden Drittland ein angemessenes Datenschutzniveau festzustellen.

Aber gerade über die Feststellung des angemessenen Schutzniveaus in den USA wurde in Fachkreisen aufgrund der exzessiven Überwachungspraxis der US-Nachrichtendienste teils heftig gestritten. In den USA sind Unternehmen dazu verpflichtet, Behörden wie der NSA und dem FBI zur Strafverfolgung oder zur Prävention von Straftaten auf Anfrage Daten von Betroffenen zugänglich zu machen, ohne dabei die Interessen des Betroffenen zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund hatte Herr Schrems gegenüber der irischen Datenschutzbehörde Beschwerde gegen Facebook und mithin dem Privacy Shield erhoben, weshalb schließlich ein irisches Gericht die Frage nach der Wirksamkeit des Privacy Shield und der sogenannten EU-Standarddatenschutzklauseln dem EuGH vorlegte. Die EU-Standardda-

tenschutzklauseln sind ein weiteres Instrument, um einen Datentransfer in ein Drittland vertraglich zu legitimieren.

Der EuGH entschied nun, dass der Privacy Shield u. a. aufgrund des weitreichenden Zugriffs der US-Nachrichtendienste kein angemessenes Datenschutzniveau bei der Verarbeitung biete und nicht mehr als Grundlage für den transatlantischen Datentransfer dienen könne. Die EU-Standarddatenschutzklauseln hingegen beanstandete der EuGH nicht. Diese können also nach wie vor als geeignete Garantien im Sinne von Art. 45 DS-GVO, § 40 KDG/KDR-OG und § 10 DSG-EKD für den transatlantischen Datentransfer genutzt werden.

Im Kern sollen diese Klauseln ähnlich wie ein Angemessenheitsbeschluss die Garantie dafür bieten, dass der Vertragspartner ein angemessenes Datenschutzniveau im Rahmen der Verarbeitung im Drittland gewährleistet. Problematisch ist jedoch, dass sich auch bei der Verwendung der EU-Standarddatenschutzklauseln der Verantwortliche versichern muss, dass in dem Drittland ein angemessenes Datenschutzniveau herrscht, woran im Falle der USA aufgrund des relativ unbegrenzten Zugriffs auf Daten und des geringen Rechtsschutzes für Betroffene insgesamt gezweifelt werden kann.

Infolge des Urteils hat der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit am selben Tag eine Stellungnahme des europäischen Datenschutzausschusses nach Veröffentlichung des gesamten Urteilstextes und in diesem Zusammenhang eine Überarbeitung der EU-Standarddatenschutzklausel durch die europäische Kommission angekündigt.

Die kirchlichen Datenschutzaufsichtsbehörden sind hingegen der Ansicht, dass ein Datentransfer in die USA selbst unter Verwendung der EU-Standarddatenschutzklauseln ein erhebliches Haftungsrisiko berge, da vertraglich keine wirksame Vereinbarung über einen effektiven Rechtsschutz getroffen werden könne. Entsprechende Datenverarbeitungen seien daher auszusetzen, bis ein dem weltlichen bzw. kirchlichen Datenschutzrecht vergleichbares Datenschutzniveau gewährleistet werden könne.

Der amerikanische Softwarehersteller Microsoft beteuerte hingegen in der Zwischenzeit, dass der datenschutzkonforme Datentransfer in die USA durch den Einsatz der EU-Stan-

darbdatenschutzklauseln (bzw. im Falle von Microsoft der Standard Contractual Clauses – SCC) nicht gefährdet sei.

Handlungsempfehlungen

Nachdem der EU-US Privacy Shield vom EuGH für ungültig erklärt worden ist, ist auch die alternative Verwendung der EU-Standarddatenschutzklauseln für den transatlantischen Datentransfer fraglich geworden, da ein angemessenes Datenschutzniveau in den USA aufgrund der weitreichenden Überwachungspraxis der amerikanischen Behörden und des mangelnden Rechtsschutzes von Betroffenen derzeit (vertraglich) nicht gewährleistet werden kann. Die weltlichen und kirchlichen Datenschutzbehörden empfehlen, die Datenverarbeitung solange auszusetzen, wie ein der DS-GVO und dem KDG entsprechendes Datenschutzniveau nicht garantiert werden kann. Seitens der Verantwortlichen sollte nun rasch geprüft werden, welche personenbezogenen Daten derzeit in den USA verarbeitet werden und ob diese Dienste auch in der EU erbracht werden können. Gerne unterstützen wir Sie im Rahmen dieser Feststellungen.



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

Datenschutz auf Webseiten:

Google Analytics & Co nur noch

mit Einwilligung

Von Alexander Gottwald

Das Setzen von Cookies und der Einsatz von Drittanbieter-Tools, die für die Grundfunktionen der Webseite nicht zwingend notwendig sind oder Daten des Nutzers miteinander zu einem Persönlichkeitsprofil verknüpfen, unterliegen einem Einwilligungserfordernis. Für die Gestaltung von Webseiten hat diese Feststellung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in seiner sogenannten Planet49-Entscheidung vom 1. Oktober 2019 (Rechtssache C-673/17) erhebliche Sprengkraft.

Diese Rechtsansicht hat nun der vorliegende Bundesgerichtshof (BGH) in seiner sogenannten „Cookie-Einwilligung II“-Entscheidung vom 28. Mai 2020 – I ZR 7/16 – übernommen. Geklagt hatte im Jahr 2014 der Bundesverband der Verbraucherzentrale gegen die Planet49 GmbH, da diese im Rahmen der Teilnahme an Online-Gewinnspielen Werbe-Cookies verwendete, deren Einsatz vom Nutzer aktiv widersprochen werden musste. Bei dem Streit ging es im Wesentlichen um die Zulässigkeit des Einsatzes von Cookies, ohne die aktive Einwilligung des Nutzers eingeholt zu haben. Dem Nutzer wurde lediglich eine Widerspruchslösung, ein sogenanntes Opt-Out, ermöglicht.

Cookies sind Textdateien, die der Anbieter einer Webseite auf dem Computer des Nutzers der Webseite speichert und bei ihrem erneuten Aufruf durch den Nutzer wieder abrufen kann, um die Navigation im Internet oder Transaktionen zu erleichtern oder Informationen über das Nutzerverhalten zu erlangen. Daher können Cookies auch dazu eingesetzt werden, um Vorlieben des Nutzers webseitenübergreifend zu verfolgen und dem Nutzer personalisierte Werbung anzuzeigen. Diese Nachverfolgung der Handlungen des Nutzers wird allgemein als „Tracking“ bezeichnet. Zu solchen Cookies zählen etwa solche von Analysediensten wie Google Analytics oder zur Schaltung von personalisierter Werbung über Google Remarketing.

Obwohl die Entscheidungen des EuGH und des BGH lediglich den Einsatz von Cookies betreffen, ist die Rechtslage

nach unserem Verständnis auch auf alle anderen Tools auszuweiten, mit deren Hilfe Dienste von Drittanbietern in die Webseite eingebunden werden und die über die Grundfunktionen der Webseite hinausgehen. Nach dieser Lesart dürften Tools notwendig sein, die etwa Schriftarten anzeigen und Warenkörbe, Bezahlfunktionen, Logins, aber auch die Analyse der Nutzung der Webseiten ermöglichen. Als nicht notwendig dürften dagegen Tools einzustufen sein, die für webseitenübergreifende Werbung, Marketing und universale Analysedienste genutzt werden. Diese Unterscheidung spielt vor allem für die Frage der Wahl der Rechtsgrundlage eine entscheidende Rolle.

Der Einsatz von notwendigen Tools kann im Rahmen des berechtigten Interesses des Webseitenbetreibers an der Optimierung der Webseite erfolgen (sogenanntes Opt-Out), während die nicht notwendigen Tools einem Einwilligungserfordernis unterliegen und daher vom Nutzer selbst aktiviert werden müssen (sogenanntes Opt-In). Eine klare Unterscheidung von Opt-In- oder Opt-Out-Diensten kann insbesondere bei Analysediensten aber schwierig sein.

Das Tool Google Analytics ermöglicht nicht nur die Analyse der Nutzung der Webseiten. Es geht weit über die bloße Nutzungsstatistik der Webseite hinaus, indem Daten des Nutzers an andere Tools oder Dienste von Google weitergegeben werden und damit verschiedene Daten des Nutzers auf nicht mehr nachvollziehbare Weise verknüpft und gegebenenfalls sogar weltweit auch für andere Dienste von Google zur Verfügung gestellt werden. Die Anwendung dieses Tools bedarf daher einer ausdrücklichen Einwilligung der Nutzer. Dementsprechend dürften Analysedienste, die Daten des Nutzers unter Ausschluss der Datenweitergabe an Dritte auf lokaler Ebene verarbeiten – wie z.B. Matomo – im Rahmen der berechtigten Interessen des Webseitenbetreibers genutzt werden.

Sofern der Webseitenbetreiber sich aber für einwilligungspflichtige Tools entscheidet, stellt die datenschutzkonforme Gestaltung/Einbindung der Einwilligung die größere Herausforderung dar. Die Einwilligung hat nämlich auf informierte Weise zu erfolgen. So muss für den Nutzer mitunter transparent sein, auf welche Weise, wo und in welchen Zusammenhängen seine Daten durch das Tool verarbeitet und womöglich für andere Dienste genutzt werden. Diese strenge Transparenz stellt nach unserer Einschätzung derzeit für die datenschutzkonforme Einbindung von Google Analytics

ein nahezu unüberwindbares Hindernis dar. Denn Google Analytics ist – Stand heute – eben alles andere als transparent. Daher ist – Stand heute – nach unserer Einschätzung kein Consent Management Tool bzw. Cookie-Banner in der Lage, eine rechtssichere Einwilligung in die Nutzung von Google Analytics herzustellen.

Für unsere Beratungspraxis heißt das aber nicht, dass wir prinzipiell von der Nutzung von Consent Management Tool im Zusammenhang mit einwilligungspflichtigen Tools abraten. Denn in Hinblick auf Abmahnungen oder die Höhe von Bußgeldern der Aufsichtsbehörden ist eine nicht rechtssichere Einwilligung per Consent Management Tool immer noch besser als gar keine Einwilligung. Der Webseitenbetreiber muss sich nur darüber im Klaren sein, dass die Einbindung eines Tools, dessen Datenverarbeitung nicht transparent erfolgt, ein nicht unerhebliches Risiko darstellt.

Fazit

Tools, die technisch für den Betrieb der Internetseite nicht notwendig sind – wie z.B. Google Analytics oder Google Remarketing – sind erst nach Einholung einer Einwilligung zu aktivieren. Praktisch gelingt dies über einen entsprechend dem Grundsatz der datenschutzfreundlichen Voreinstellungen gestalteten sogenannten Cookie-Banner bzw. ein Consent Management Tool auf der Startseite. Die Datenverarbeitung der Tools muss aber auch transparent für den Nutzer sein, was aus unserer Sicht für Google Analytics nicht zutrifft. Datenschutzkonform kann daher Google Analytics derzeit nicht eingesetzt werden, Matomo nach unserem Dafürhalten hingegen schon. Gerne unterstützen wir Sie im Rahmen einer datenschutzrechtlichen Formulierung und Gestaltung von Cookie-Banner bzw. Consent Management Tool.



Alexander Gottwald, EMBA

Rechtsanwalt
Zertifizierter Datenschutzbeauftragter (GDDcert. EU)

Münster
0251 . 48261-173 a.gottwald@solidaris.de

Firmierung einer Unternehmer- gesellschaft – Die „gUG (haftungs- beschränkt)“ gibt es jetzt doch!

Von Dr. Severin Strauch

Vor 13 Jahren war die Firma „gGmbH“ erstmals Gegenstand der Rechtsprechung zum Handelsregister, die Frage wurde dann 2013 geklärt. 2008 wurde die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) eingeführt, nunmehr stand die Firma „gUG“ auf dem Prüfstand.

Rückblick: Infragestellung der gUG

Vor mehr als 13 Jahren hatte das Oberlandesgericht (OLG) München mit [Beschluss vom 13. Dezember 2006 – 31 Wx 84/06](#) – die Bezeichnung „gGmbH“ kurzzeitig infrage gestellt und damit große Beachtung (und Kritik) geweckt. (Der Gesetzgeber hat daraufhin reagiert und in § 4 S. 2 GmbH-Gesetz die gGmbH ausdrücklich zugelassen.) Von diesem Beispiel inspiriert hatte nunmehr kurzzeitig das OLG Karlsruhe den gleichen Weg für die „gUG (haftungsbeschränkt)“ eingeschlagen ([Beschluss vom 26. April 2019 – 11 W 59/18 \(Wx\)](#)), wurde dann aber schnell vom Bundesgerichtshof „zurückgepfiffen“ ([Beschluss vom 28. April 2020 – II ZB 13/19](#)).

Der Sachverhalt

Eine Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) meldete sich zum Handelsregister als „K. gUG (haftungsbeschränkt)“ an. Das Registergericht akzeptierte mit Zwischenverfügung diese Abkürzung nicht und verlangte obendrein noch eine vorläufige „Gemeinnützigkeitsbescheinigung“. Hiergegen legte der Beteiligte Beschwerde ein. Die Gemeinnützigkeitsbescheinigung war zwischenzeitlich eingegangen, die Abkürzung „gUG (haftungsbeschränkt)“ akzeptierte das Registergericht aber auch nach der Beschwerde des Beteiligten nicht.

Entscheidung des OLG Karlsruhe

Das OLG Karlsruhe hatte sich dem angeschlossen. Tatsächlich sei die Abkürzung „gUG (haftungsbeschränkt)“ nicht zulässig. Diese Frage war seit Einführung der Unternehmergesellschaft (und den ersten Bestrebungen, diese auch gemeinnützig auszugestalten) umstritten und höchststrichterlich noch nicht entschieden. Eine (Literatur-)Auffassung hält die Firma „gUG haftungsbeschränkt“ für zulässig unter

Verweis auf § 4 S. 2 GmbHG, der das „kleine g“ ausdrücklich für die GmbH erlaubt; dies sei direkt oder zumindest analog auf die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) als besondere Erscheinungsform der GmbH anzuwenden.

Begründung der Entscheidung

Die Gegenansicht, der sich das OLG Karlsruhe angeschlossen hat, lehnt diese Auffassung mangels klarer gesetzlicher Regelung ab und führt eine Vielzahl von meist systematischen und rechtsdogmatischen Argumenten an. Zum einen sei zunächst einmal § 5a Abs. 1 GmbHG, der ausdrücklich nur die Bezeichnungen „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ und „UG (haftungsbeschränkt)“ aufführt, spezieller und gehe dem § 4 S. 1 GmbHG vor, nach welchem „eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung“ ausreicht. Das Erfordernis buchstabengetreuer Umsetzung des § 5 Abs. 1 GmbHG wurde auch höchststrichterlich bestätigt. Es wird begründet mit dem besonderen Rechtsschutzbedürfnis bei der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt).

Zum andere handele es sich auch nicht um ein Versehen oder eine unbewusste Lücke des Gesetzgebers, der 2013 die gGmbH ausdrücklich erlaubt hat, denn zu diesem Zeitpunkt gab es die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) bereits – es wäre ein Leichtes gewesen, eine entsprechende Regelung unter Einbeziehung des bereits seit 2008 existierenden § 5a Abs. 1 GmbHG umzusetzen. Daher könne auch der Einwand nicht greifen, dass die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) im Rechtsverkehr etabliert und auch die Firma „gUG“ vielfach verwendet werde.

Entscheidung des BGH

Während das OLG Karlsruhe zunächst „lehrbuchmäßig“ die Pro-Argumente und dann die Kontra-Argumente mit umfangreichen Literaturstellen referierte, beschritt der BGH den umgekehrten Weg – mit noch mehr Literaturfundstellen und noch ausführlicherer Darstellung – und schloss sich dann genau gegensätzlich der Auffassung an, die die gUG zulässt. Und das macht er mit guten Argumenten und sehr ausführlicher Begründung: Vor allem sieht der BGH in § 5a Abs. 1 GmbHG nur eine Sonderregelung für den Rechtsformzusatz „haftungsbeschränkt“, denn dieser wird von dem Voranstellen des „g“ nicht beeinträchtigt. § 4 Satz 2 GmbHG dagegen regelt nur das „g“ – ist dabei aber nicht auf die GmbH beschränkt.

So begründet der BGH seine Entscheidung einerseits rechtssystematisch, andererseits aber auch historisch, denn die „gGmbH“ wurde durch das Gesetz erst nach der Einführung der „UG (haftungsbeschränkt)“ zugelassen und erstreckte sich daher der Sache nach auch auf diese. Der BGH vergisst aber auch nicht, mit Sinn und Zweck zu argumentieren: Letztendlich wurde die Regelung des § 4 S. 2 GmbHG – die Zulässigkeit der „gGmbH“ – durch das Ehrenamtsstärkungsgesetz eingefügt, dessen Ziel es war, die Arbeit von gemeinnützigen Körperschaften zu fördern und zu vereinfachen. Durch die Beschränkung auf die gGmbH würde dieses Ziel nicht erreicht.

Fazit

Der Beschluss des OLG München war seinerzeit sicherlich angreifbar, da der Begriff der „gGmbH“ etabliert und – anders als heute – eine diesem entgegenstehende Regelung nicht erkennbar war. Vielmehr war und ist bei der GmbH jede „allgemein verständliche Abkürzung“ zulässig. Die Entscheidung des OLG Karlsruhe war unerfreulich – aber mit den Argumenten der Literatur durchaus nachvollziehbar. Umso erfreulicher ist es, dass der BGH nun eine klare und ergebnisorientierte, jedoch auch sachlich absolut nachvollziehbare und richtige Entscheidung getroffen hat. Die Bundesrichter haben zwei vertretbare, jedoch gegensätzliche Meinungen abgewogen und von ihrem (Letzt-)Entscheidungsrecht Gebrauch gemacht. Es ist zu erwarten, dass sich die anderen Registergerichte und deren Rechtspraxis dem anschließen werden; auch sind jetzt Überlegungen obsolet, ob nach dem Urteil des OLG Karlsruhe bereits eingetragene „UGs“ in Frage gestellt würden. Klar ist: Die „gUG (haftungsbeschränkt)“ und die (eher sperrige und seltenere) „gUnternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ sind zulässig – neben der „gemeinnützigen Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder der „gemeinnützigen UG (haftungsbeschränkt)“.



Dr. Severin Strauch
Rechtsanwalt

Köln
02203.8997-414 s.strauch@solidaris.de

Handelsregister

statt Transparenzregister?

Von Dr. Severin Strauch

Zum 1. Januar 2020 wurden die Dokumentationspflichten aufgrund des Geldwäschegesetzes (GwG) im Transparenzregister nochmals verschärft. Bei vollständiger Eintragung in ein Register mit Mitteilungsfunktion, zum Beispiel das Handelsregister oder das Vereinsregister, ist die Eintragung in das Transparenzregister nicht mehr erforderlich. Dass es mitunter gar nicht so einfach ist, das Handelsregister zu komplettieren, um das Transparenzregister zu umgehen, musste eine Gesellschaft zunächst erfahren – bekam dann aber Schützenhilfe vom Oberlandesgericht Düsseldorf (OLG, Beschluss vom 17. April 2020 – I-3 Wx 57/20).

Das OLG hatte zu entscheiden, ob eine durch das Geldwäschegesetz motivierte Eintragung auch ohne gesellschaftsrechtlichen Grund durch das Registergericht im Handelsregister einzutragen ist.

Anfang Januar 2020 übermittelte der Notar trotz einer bereits in Papierform vorliegenden Gesellschafterliste aus dem Jahr 1999 dem Registergericht eine elektronische Gesellschafterliste, die um die prozentuale Beteiligung der Geschäftsanteile und den Geburtstag des Gesellschafters ergänzt war. Die Eintragung war letztlich durch die nach § 20 GwG nunmehr bestehenden erweiterten Eintragungspflichten motiviert. Das Registergericht hat den Antrag zurückgewiesen mit der Begründung, es bestünden keine Änderungen im Gesellschafterbestand. Nur diese seien nach § 8 EGGmbHG einzutragen, diese Norm schütze die Registergerichte vor einer „Überschüttung“ mit Gesellschafterlisten. Die betroffene GmbH war dagegen der Auffassung, dass auch freiwillig eingereichte Gesellschafterlisten anzunehmen seien – das Register sei „Verwahrstelle“ ohne Zurückweisungsrecht.

Das OLG gab der GmbH recht: Zwar waren weder der Geschäftsführer noch der Notar mangels Änderung im Bestand der Gesellschafter verpflichtet, eine Gesellschafterliste einzureichen, dies führt aber nicht zu einer Zurückweisungsbeschluss durch das Registergericht.

Die derzeitige Rechtslage setzt folgende Rahmenbedingungen: Das Handelsregister wird seit 2007 vollständig elektronisch geführt, bereits in Papierform vorhandene Dokumente können unter bestimmten Voraussetzungen in das elektronische Register überführt werden – dies war hier nicht der Fall. Seit 2017 sind die einzelnen Geschäftsanteile sowie die gesamte Beteiligungshöhe von Gesellschaftern in den Gesellschafterlisten als Prozentsatz anzugeben, dies ist nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG jedoch erst bei Änderungen zu korrigieren. Nach § 20 Abs. 1 GwG haben juristische Person des Privatrechts bestimmte Angaben wirtschaftlich Berechtigter dem Transparenzregister mitzuteilen; wenn sich die erforderlichen Angaben aber bereits aus dem Handelsregister ergeben, kann dies unterbleiben.

Im vorliegenden Fall fehlte es an einer Eintragung im Transparenzregister, im Hinblick auf das GwG war das Handelsregister aber noch unvollständig. Um aber die vollständige Neueintragung im Transparenzregister zu vermeiden, sollte hier lediglich die Handelsregistereintragung vervollständigt werden. Das OLG fand es in dieser Situation „sinnvoll, zumindest jedoch zulässig“, auch ohne Veränderungen im Gesellschafterbestand eine aktualisierte Gesellschafterliste mit den erweiterten Angaben im Sinne des neuen § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG zum Handelsregister und zur Aufnahme in den Registerordner einzureichen.

Das Gericht sah weder die Gefahr, dass das Gericht mit Gesellschafterlisten „überschüttet“ würde, noch in § 8 EGGmbHG bzw. in § 40 Abs. 1 S. 1-3 GmbHG Regelungen, die dies verhindern sollen. Vor allem stelle § 40 GmbHG eine Einreichungspflicht, aber kein Einreichungsverbot dar. Sinn und Zweck sei es lediglich, zu vermeiden, dass alle Gesellschafterlisten auf einen Schlag angepasst werden müssen. Die Begründung betraf zwar den Einzelfall, ist aber so allgemein, dass sie wohl in jeder Konstellation gelten dürfte.

Fazit

Das OLG folgt der wohl herrschenden Meinung in der Literatur, stellt aber damit erfreulicherweise die – soweit ersichtlich – erste obergerichtliche Entscheidung zur Verfügung. Der schon bislang anzuratende Weg, die bestehende Eintragung im Handelsregister zu ergänzen, statt für GmbHs eine Neueintragung im Transparenzregister vorzunehmen, ist damit obergerichtlich abgesegnet. Sollten also bei einer GmbH die

Pflichten nach dem GwG nicht erfüllt seien, sollte das Handelsregister ergänzt werden – das Transparenzregister muss nicht bemüht werden. Dies hat auch den Vorteil, dass zukünftig die vom Notar automatisch dem Registergericht mitgeteilte Änderung des Gesellschafterbestandes nicht noch zugleich im Transparenzregister nachvollzogen werden muss – das spart Arbeit und vermeidet die Gefahr, dort eine falsche Eintragung zu riskieren.



Dr. Severin Strauch
Rechtsanwalt

Köln
02203.8997-414 s.strauch@solidaris.de

Der Notvorstand als Mittel zur Vermeidung einer Mitgliederversammlung in Corona-Zeiten?

Von Tobias Kirchgessner

Durch die coronabedingten landesspezifischen Regelungen und damit verbundenen Beschränkungen zum Zusammenkommen einer größeren Anzahl von Personen sehen sich viele Vereine derzeit mit der Frage konfrontiert, ob und wie sie Mitgliederversammlungen möglicherweise vorerst vermeiden können. Dies gilt gerade dann, wenn schwer aufschiebbare Entscheidungen, wie die Bestellung eines neuen Vorstandes nach abgelaufener Amtszeit des bisherigen Vorstandes, anstehen. In solchen Fällen mag die Beantragung der Bestellung eines Notvorstandes als geeignetes Mittel erscheinen, um die Zeit, bis die Durchführung von Mitgliederversammlungen unter normalen Bedingungen wieder möglich ist, zu überbrücken.

Grundsätzlich lassen sich bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen nach § 29 BGB auf Antrag (Not-)Vorstandsmitglieder bestellen - soweit ein Verein nicht über die erforderlichen Mitglieder eines Vorstandes verfügt. Die Bestellung erfolgt in diesem Fall durch das Amtsgericht.

Das Oberlandesgericht (OLG) Brandenburg hatte mit [Beschluss vom 9. Juni 2020 – 7 W 32/20](#) – unter anderem darüber zu entscheiden, ob diese Voraussetzungen zur Bestellung eines Notvorstandes vorliegen, wenn die satzungsgemäße Amtszeit des alten Vereinsvorstandes abgelaufen ist. Entscheidend war dabei, ob ein Verein dann entsprechend § 29 BGB nicht mehr über Vorstandsmitglieder „verfügt“.

Im konkreten Fall fand sich in der Vereinssatzung allerdings eine Regelung, dass die Vorstandsmitglieder nach abgelaufener Amtszeit bis zur wirksamen Neuwahl im Amt bleiben. Das OLG Brandenburg lehnte daher die Bestellung eines Notvorstandes ab und argumentierte zutreffend, dass Voraussetzung der Bestellung eines Notvorstandes sei, dass tatsächlich kein Vorstand bestehe. Nicht die vereinsinternen Regelungen zur Amtszeit der Vorstandsmitglieder seien also entscheidend, sondern allein die Frage, ob der Verein (noch) über einen Vorstand verfüge. Dies sei im konkreten Fall bereits durch die Klausel zur Amtsinhaberschaft bis zur Neuwahl eines neuen Vorstandes zu bejahen.

Das OLG ging in seinen Ausführungen jedoch noch einen Schritt weiter und wies darauf hin, dass ein Verein sogar dann noch über einen Vorstand im Sinne des § 29 BGB verfüge – und die Bestellung eines Vorstandes auch dann nicht möglich wäre –, wenn sich die genannte Klausel zur Verlängerung der Amtszeit nicht in der Vereinssatzung fände, der bisherige Vorstand jedoch noch im Vereinsregister eingetragen wäre.

Tatsächlich richte sich die maßgebliche Frage, ob ein Vorstand noch vorhanden sei, also nicht nach den vereinsinternen Regelungen, sondern allein danach, ob der bisherige Vorstand noch im Vereinsregister eingetragen ist. Aus Gründen des Schutzes des Vertrauens in die Richtigkeit des Vereinsregisters sei der dort eingetragene Vorstand analog § 121 Abs. 2 S. 2 AktG weiterhin zur Einberufung einer Mitgliederversammlung befugt. Allein durch die so einberufene Mitgliederversammlung lasse sich dann ein neuer Vorstand bestellen.

In seiner Argumentation konsequent, aber dennoch bemerkenswert, weist das OLG schließlich darauf hin, dass dies sogar dann gelte, wenn die Unrichtigkeit der Eintragung im Vereinsregister objektiv feststünde.

Fazit

Festzuhalten ist, dass die Bestellung eines Notvorstandes nach abgelaufener Amtszeit leider kein geeignetes Mittel zur Vermeidung einer Mitgliederversammlung in Coronazeiten darstellt. Solange Personen – sogar objektiv unrichtig – als Vorstandsmitglied im Vereinsregister eingetragen sind, sind diese weiterhin zur Einberufung einer Mitgliederversammlung als Mittel zur Neubestellung eines Vorstandes berechtigt. Offen bleibt nach dieser Entscheidung, ob die Bestellung eines Notvorstandes möglich wäre, wenn Mitglieder, deren Amtszeit abgelaufen ist, vorher aus dem Vereinsregister ausgetragen werden. Nachdem das Oberlandesgericht aber so entschieden auf die Eintragungen im Vereinsregister abstellt, erscheint dies sehr wahrscheinlich. Sofern je nach Vereinssatzung für die Austragung aus dem Vereinsregister keine Mitgliederversammlung erforderlich ist, könnte damit die Austragung und anschließende Bestellung eines Notvorstandes also möglich und damit ein geeignetes Mittel zur Vermeidung einer Mitgliederversammlung sein.



Tobias Kirchgessner

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Medizinrecht

München
089. 179005-22 t.kirchgessner@solidaris.de

Keine Beendigung einer Organschaft durch Anordnung vorläufiger Eigenverwaltung

Von Frank Utikal

Der Bundesfinanzhof (BFH) hatte bereits mehrfach entschieden, dass die Organschaft mit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens endet. In seinem Urteil vom 27. November 2019 – XI R 35/17 – befasste sich der XI. Senat nunmehr mit der Fragestellung, ob dies bereits für die vorläufige Eigenverwaltung im Insolvenzeröffnungsverfahren gilt.

Die Klägerin ist als Organgesellschaft mit der Muttergesellschaft als Organträgerin durch eine umsatzsteuerliche Organschaft verbunden. Aufgrund einer Krisensituation waren beide Gesellschaften veranlasst, einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu stellen. Im Rahmen des Insolvenzeröffnungsverfahrens verfügte das Insolvenzgericht die vorläufige Eigenverwaltung. Aus dem Katalog der Maßnahmen zur Sicherung der Insolvenzmasse ordnete das Gericht lediglich an, dass Maßnahmen der Zwangsvollstreckung untersagt bzw. einstweilen einzustellen sind, sofern nicht unbewegliche Gegenstände betroffen sind.

Der im Insolvenzeröffnungsverfahren in Eigenverwaltung zugeordnete vorläufige Sachwalter erhielt keine weiteren Kompetenzen zur Vermögenssicherung. In der Folgezeit wurde über das Vermögen beider Gesellschaften das Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung eröffnet. Während des vorläufigen Insolvenzverfahrens führte einer der Geschäftsführer der Klägerin eine Neuorganisation des gesamten Zahlungsverkehrs durch und sah eine Freigabe für Zahlungen ausschließlich durch seine Person vor. Der vorläufige Sachwalter erhielt lediglich die Information über die durchgeführten Zahlungsströme.

Die Klägerin und Organgesellschaft war der Auffassung, die vorläufige Eigenverwaltung habe dazu geführt, dass die umsatzsteuerliche Organschaft entfallen sei. Daraus folgert sie bezogen auf einen bestimmten Zeitraum während des Insolvenzeröffnungsverfahrens eine ihr zustehende positive Umsatzsteuerschuld. Der Beklagte (das Finanzamt) stellte sich hingegen auf den Standpunkt, dass die Organschaft in

der Streitperiode bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortbestanden habe.

Der BFH begründet seine Entscheidung, indem er die individuellen Gegebenheiten in der vorläufigen Eigenverwaltung mit denen während des eröffneten Insolvenzverfahrens vergleicht. In diesem Zusammenhang stellen die Bundesrichter zunächst klar, dass die umsatzsteuerliche Organschaft nach gefestigter Rechtsprechung mit Eröffnung des Regelinsolvenzverfahrens endet. Die durch Organschaft verbundenen Körperschaften hätten stets eigenständige Vermögensmassen und seien insoweit auch insolvenzrechtlich selbständig. Mit Verweis auf die bisherige Rechtsprechung führt der BFH an, dass mit der Eröffnung des Regelinsolvenzverfahrens das Recht der insolventen Gesellschaft, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen, nach § 80 Abs. 1 InsO auf den Insolvenzverwalter übergehe. Daraus folgt nach Ansicht der Richter, dass die finanzielle Eingliederung keinen Bestand mehr hat.

Die finanzielle Eingliederung stellt im Ergebnis sicher, dass ein Organträger die gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsrechte gegenüber der Geschäftsführung oder dem Aufsichtsorgan der Organgesellschaft ausüben kann. Maßgeblich ist in diesem Zusammenhang die Stimmenmehrheit aus den Anteilen an der Organgesellschaft in Höhe von über 50 %. Mangels entsprechender Verfügungsbefugnis über das Vermögen der Leitungsorgane ab Verfahrenseröffnung könnten, so der BFH, die Beteiligungsrechte damit nicht mehr entsprechend ausgeübt werden.

Auch die organisatorische Eingliederung habe mit Verfahrenseröffnung keinen Bestand mehr. Die für die organisatorische Eingliederung maßgebliche Verflechtung von Über- und Unterordnung liege regelmäßig vor, wenn Personenidentität in den Leitungsgremien von Organträger und Organgesellschaft bestehe. Leitungsgremien der Organgesellschaft leisteten insoweit den Vorgaben der Leitungsgremien des Organträgers Folge. Gegenüber einem Insolvenzverwalter seien diese Vorgaben nicht mehr umsetzbar.

Die Sichtweise des BFH erscheint folgerichtig, denn der Insolvenzverwalter, der die Hoheit über die Vermögensgegenstände ausübt, die zur Insolvenzmasse zählen, wird in seinen Entscheidungen nicht mehr der Weisung des Mehrheitsgesellschafters bzw. seiner Leitungsgremien folgen.

Dem Insolvenzverwalter kommt vielmehr der hoheitliche Auftrag zu, eine möglichst weitreichende Gläubigerbefriedigung zu gewährleisten. Die vorgenannten Grundsätze gelten nach Ansicht des BFH auch nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung.

Daran könnte man zunächst zweifeln, denn bei einem Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse im Gegensatz zum Regelinsolvenzverfahren gerade nicht auf den Sachwalter über. Der BFH folgert seine Ansicht allerdings aus dem speziell für das Eigenverwaltungsverfahren geschaffenen § 276a InsO. Darin gibt der Gesetzgeber vor, dass ein Aufsichtsrat, eine Gesellschafterversammlung oder entsprechende Organe keinen Einfluss auf die Geschäftsführung des Schuldners – der insolventen Gesellschaft – haben. Die Bestellung der Geschäftsführung kann darüber hinaus nicht ohne Zustimmung des Sachwalters erfolgen. Der BFH verdeutlicht, dass sich die genannten Erwägungen für das Ende der Organschaft nach Verfahrenseröffnung nicht zwingend auf das vorläufige Insolvenzverfahren übertragen lassen. Der Senat stellt darauf ab, wie umfassend die Kompetenzen des vorläufigen Insolvenzverwalters sind.

Vor einer Verfahrenseröffnung sind die Geschäftsführer für das Vermögen der Gesellschaft üblicherweise eigenständig verantwortlich. Dem vorläufigen Insolvenzverwalter bzw. dem vorläufigen Sachwalter (im Verfahren der Eigenverwaltung) kommt lediglich eine vom Insolvenzgericht vorgegebene eingeschränkte Kompetenz zu, die Masse zu sichern. Der BFH sieht jedoch dann ein Ende der Organschaft, falls dem vorläufigen Insolvenzverwalter ausnahmsweise die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übertragen wird, womit er als sogenannter starker vorläufiger Insolvenzverwalter gilt. Die Bestellung eines starken vorläufigen Verwalters ist selten, insbesondere weil sie mit einem erheblichen Haftungsrisiko des vorläufigen Insolvenzverwalters verbunden ist. Der BFH sieht allerdings auch ein Ende der Organschaft, sofern Entscheidungen der Geschäftsführung über Vermögensverfügungen unter den Zustimmungsvorbehalt des vorläufigen Insolvenzverwalters gestellt werden.

Diese Grundsätze gelten auch bei einem Eröffnungsverfahren in Eigenverwaltung. Der BFH stellt diesbezüglich fest, dass eine Trennung der Vermögensmassen nicht erfolgt. Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis stünde in der

Eigenverwaltung weiterhin der Geschäftsführung zu. Eine überlagerte Pflichtenstellung bei den Gesellschaftsorganen, die im § 276a InsO für das eröffnete Verfahren gelte, sei ebenfalls nicht gegeben. § 276a InsO sei im Insolvenzverfahren nicht anwendbar. Hinzu komme, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens auch ungewiss sei.

Der BFH merkt aber auch an, dass im Rahmen der vorläufigen Eigenverwaltung grundsätzlich die Möglichkeit bestehe, einem vorläufigen Sachwalter die vorerwähnten weitgehenden Kompetenzen über die Masse zu gewähren. So sei es auch im Rahmen der vorläufigen Eigenverwaltung möglich, dem Sachwalter eine allgemeine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zuzubilligen oder alternativ einen Zustimmungsvorbehalt vorzugeben.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die vorläufige Eigenverwaltung nur dann zu einem Ende der Organschaft führt, sofern dem vorläufigen Sachwalter weitgehende Sicherungskompetenzen zugewiesen sind. Der Fortbestand der Organschaft richtet sich damit nach einer Beurteilung im Einzelfall.

Fazit

Eine Sanierung durch ein Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung sollte stets sorgsam vorbereitet sein. Vor diesem Hintergrund sollte bereits im Rahmen der Insolvenzantragstellung Klarheit über die Marktbesonderheiten, die finanzielle Situation der Gesellschaft sowie über etwaige Sanierungsmaßnahmen bestehen. Die Gegebenheiten sind dem Insolvenzgericht bereits bei Antragstellung darzulegen. In diesem Zusammenhang ist es bei einer bestehenden Organschaft von Bedeutung, ob es angestrebt ist, die Organschaft vorerst beizubehalten. Sollte dies der Fall sein, wäre gegenüber dem Insolvenzgericht anzuregen, dass der vorläufige Sachwalter mit eingeschränkten Sicherungskompetenzen ausgestattet wird.



Frank Utikal, LL.M.

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Fachberater für Sanierung und Insolvenzverwaltung (DStV e. V.)

Berlin

030. 72382-442 f.utikal@solidaris.de

Umsatzsteuerliche Behandlung von Aufsichtsratsvergütungen

Von André Spak

Die Tätigkeit in einem Aufsichtsgremium (Aufsichtsrat, Beirat, Verwaltungsrat etc.) stellt grundsätzlich eine unternehmerische Betätigung dar. Das jeweilige Mitglied des Aufsichtsgremiums ist nämlich selbständig, nachhaltig und mit Einnahmeerzielungsabsicht tätig. Darüber hinaus ist das Gremienmitglied insbesondere regelmäßig nicht weisungsabhängig in das Unternehmen eingebunden, da eine Weisungsabhängigkeit den Zielen und Grundsätzen der Aufsichtsrats-tätigkeit widersprechen würde. Insofern stellt sich die Frage, wie Aufsichtsratsvergütungen umsatzsteuerlich zu behandeln sind.

Das Finanzgericht (FG) Niedersachsen entschied nunmehr in seinem [Urteil vom 19. November 2019 – 5 K 282/18](#), dass die Tätigkeit als Verwaltungsratsmitglied nicht der Umsatzsteuer unterliegt. Dabei nimmt das Finanzgericht Bezug auf das [Urteil des Europäischen Gerichtshofs \(EuGH\) vom 13. Juni 2019 – C-420/18](#) – in der Rechtssache IO. In diesem Verfahren hatte der EuGH die Steuerbarkeit eines (niederländischen) Aufsichtsratsmitglieds verneint. Dadurch, dass das Amt als Vorsitzender des Verwaltungsrats über viele Jahre gegen ein regelmäßiges Entgelt ausgeübt wurde, habe das Gremienmitglied zwar nachhaltig entgeltlich – und damit wirtschaftlich im Sinne des Art. 9 Abs. 1 MwStSystRL – gehandelt. Die Selbständigkeit seiner Tätigkeit als Vorsitzender des Verwaltungsrats sei vorliegend jedoch zu verneinen, da ein Handeln im eigenen Namen und auf eigene Rechnung nicht gegeben sei. Indem der Kläger nämlich als Vorsitzender des Verwaltungsrats nach außen auftrat, berechnete und verpflichtete er das Unternehmen (hier: Versorgungswerk) und nicht sich selbst. Außerdem wurden Entscheidungen über die Führung des Versorgungswerks nur gemeinsam mit den übrigen Mitgliedern des Verwaltungsrats im Kollektiv getroffen. Damit entspreche die Stellung des Klägers derjenigen des Aufsichtsratsmitglieds im Fall IO des EuGHs. Auch trage der Kläger weder eine individuelle Verantwortung, noch habe er persönlich für Schäden gegenüber Dritten, die er in weisungsgemäßer Ausführung der Beschlüsse des Verwaltungsrats verursachte, haften müssen. Der Kläger gehöre einem Kollektivorgan an, für das er tätig wurde, womit er

gerade nicht selbständig handelte. Der Kläger habe auch kein wirtschaftliches Risiko getragen. In erster Linie bezog er eine monatliche Fixvergütung, die losgelöst vom konkreten Aufwand war.

Das Urteil des FG Niedersachsen setzt die jüngste Rechtsprechung des EuGH in der Sache IO (s. o.) sowie des [Bundesfinanzhofs \(BFH\) vom 27. November 2019 – V R 23/19](#) – zur Unternehmereigenschaft eines Aufsichtsratsmitglieds modifiziert fort. Der BFH hatte entschieden, dass die Tätigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds nicht der Umsatzsteuer unterliegt, soweit dieses eine Fixvergütung erhält. Dabei hatte der BFH jedoch ausdrücklich offengelassen, wie Sachverhalte mit variablen Vergütungsbestandteilen zu bewerten sind.

Das FG Niedersachsen erkennt nun erweiternd die Nichtsteuerbarkeit erstens trotz variablen Sitzungsgeldes und zweitens für ein Mitglied eines Leitungsgremiums an. Wichtig scheint vor allem der Aspekt, dass der Kläger im Verfahren vor dem FG Niedersachsen die Gremiensitzungen nicht nach seinem eigenen Gutdünken und Willen einberufen, insoweit also keine „Unternehmerinitiative“ entfalten konnte. Das Urteil ist rechtskräftig. Das Finanzamt nahm die eingelegte Revision zwischenzeitlich zurück.

Fazit

Die in den obigen Entscheidungen angelegten Maßstäbe dürften gleichermaßen für Aufsichtsrats- wie für Verwaltungsratsmitglieder gelten, ebenso für Mitglieder weiterer Kollegialgremien. Auf Basis des Abschn. 2.2 Abs. 2 S. 7 UStAE können demgegenüber Aufsichtsratsmitglieder weiterhin von einer unternehmerischen Tätigkeit ausgehen. Verwaltungs- und Aufsichtsratsmitglieder können sich jedoch gegenüber dem jeweils zuständigen Finanzamt auch auf das Unionsrecht berufen und die Nichtsteuerbarkeit einfordern. Dies scheint immer dann sinnvoll, wo auf Empfängerseite (beim Gremienmitglied) kein volles Vorsteuerabzugsrecht besteht.



André Spak, LL.M.

Rechtsanwalt, Steuerberater, Fachanwalt für Steuerrecht, Fachanwalt für Arbeitsrecht

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

BSG entscheidet zur Beschäftigung von Vorbereitungsassistenten im MVZ

Von Sylvia Köchling

Laut einem aktuellen Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) muss die Beschäftigung einer Zahnärztin als Vorbereitungsassistentin in einem Medizinischen Versorgungszentrum (MVZ) auch dann genehmigt werden, wenn dort bereits ein weiterer Vorbereitungsassistent tätig ist (BSG, Urteil vom 12. Februar 2020 – B 6 KA 1/19 R).

Der Kläger ist Betreiber eines MVZ mit mehreren angestellten Zahnärzten. Er ist in seinem MVZ als Vertragszahnarzt und ärztlicher Leiter tätig. Die beklagte Kassenzahnärztliche Vereinigung (KZV) hatte den Antrag des Klägers auf Genehmigung der Anstellung einer Vorbereitungsassistentin mit der Begründung abgelehnt, dass in dem MVZ bereits ein Vorbereitungsassistent beschäftigt und eine zeitgleiche Beschäftigung von zwei Vorbereitungsassistenten in demselben MVZ ausgeschlossen sei. Nachdem der erste Vorbereitungsassistent seine Tätigkeit beendet hatte, genehmigte die KZV die beantragte Beschäftigung der Vorbereitungsassistentin.

Das Sozialgericht (SG) Düsseldorf hatte die Fortsetzungsfeststellungsklage mit der Begründung abgewiesen, dass sechs Monate der zweijährigen Vorbereitungszeit bei einem Vertragszahnarzt absolviert werden müssten, um den Assistenten auf seine künftige Tätigkeit als frei praktizierender Vertragszahnarzt vorzubereiten. Diesen Anforderungen genüge in einem MVZ daher nur ein dort tätiger Vertragszahnarzt, nicht jedoch ein angestellter Zahnarzt.

Mit seiner beim BSG eingelegten Sprungrevision machte der Kläger geltend, dass die maßgebenden Bestimmungen der Zulassungsverordnung für Vertragszahnärzte (Zahnärzte-ZV) keine zahlenmäßige Beschränkung der in einem MVZ beschäftigten Vorbereitungsassistenten vorsehen. Der Sinn der Vorbereitungszeit bestehe in erster Linie in der Vermittlung von Kenntnissen und Erfahrung im Bereich der praktischen zahnärztlichen Tätigkeit; dazu seien auch die angestellten Zahnärzte eines MVZ in der Lage. Die Vorbereitungszeit bereite den Zahnarzt eben nicht nur auf eine anschließende selbständige Tätigkeit als Vertragszahnarzt, sondern ebenso auf eine mögliche Tätigkeit als angestellter Zahnarzt vor.

Die Revision war erfolgreich. Das BSG entschied, dass die KZV die Beschäftigung der Vorbereitungsassistentin antragsgemäß hätte genehmigen müssen, obwohl im MVZ bereits ein weiterer Vorbereitungsassistent tätig war.

In dem Terminbericht des BSG heißt es sinngemäß, dass gemäß § 32 Abs. 2 Satz 1 i. V. m § 3 Abs. 3 Zahnärzte-ZV ein in Einzelpraxis tätiger Vertragszahnarzt nicht mehr als einen Vorbereitungsassistenten beschäftigen dürfe. Daraus folge aber nicht, dass auch in einem MVZ unabhängig von dessen Größe höchstens eine Vorbereitungsassistenz beschäftigt werden dürfe. Schließlich könne in einer aus mehreren Zahnärzten bestehenden Berufsausübungsgemeinschaft jeder Vertragszahnarzt mit voller Zulassung einen Vorbereitungsassistenten beschäftigen. Dieser Grundsatz müsse auch für ein MVZ gelten mit der Folge, dass die Zahl der Vorbereitungsassistenten, die in dem MVZ tätig werden dürfen, davon abhängen, wie viele Versorgungsaufträge ein MVZ erfülle. Dabei komme es nicht darauf an, ob der zahnärztliche Leiter des MVZ angestellter Zahnarzt oder Vertragszahnarzt sei oder ob das MVZ seine Versorgungsaufträge im Übrigen durch Vertragszahnärzte oder durch angestellte Zahnärzte erfülle.

Das BSG hält es allerdings für sinnvoll, dass personelle und strukturelle Anforderungen als Voraussetzung für die Beschäftigung von Vorbereitungsassistenten formuliert werden. Bisher fehlt es dafür aber an einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Sehr deutlich ist der begrüßenswerte Hinweis, dass der Vorstand einer KZV solche die Berufsausübung betreffenden Vorgaben nicht wirksam durch Beschluss regeln könne. Mit diesem Hinweis zielt das BSG auf die von vielen Kassenzahnärztlichen Vereinigungen – teilweise gemeinsam mit den Zahnärztekammern – beschlossenen Assistentenrichtlinien ab.

Fazit

Sollte eine KZV einem MVZ, das in der Rechtsform der GmbH mit angestellten Zahnärzten betrieben wird, die Genehmigung zur Beschäftigung von Vorbereitungsassistenten verweigern, kann dem die eindeutige Rechtsprechung des BSG vom 12. Februar 2020, wonach es entscheidend auf die Anzahl der Versorgungsaufträge des MVZ ankommt, entgegengehalten werden. In einem MVZ mit z.B. drei vollzeitig angestellten Zahnärzten könnten also bis

zu drei ganztags angestellte Vorbereitungsassistenten tätig werden. Sollte sich die KZV darauf berufen, dass nach ihren Assistentenrichtlinien die Beschäftigung von mehr als einem Vorbereitungsassistenten in einem MVZ unzulässig sei, lässt sich hiergegen einwenden, dass den vom Vorstand der KZV beschlossenen Assistentenrichtlinien die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage fehlt.

Exkurs: Anstellung von Zahnärzten in der Vertragszahnarztpraxis

Für die Anstellung von Zahnärzten in der Praxis eines Vertragszahnarztes, die nicht von der KZV, sondern vom Zulassungsausschuss genehmigt wird, gilt folgende zahlenmäßige Begrenzung: Am Vertragszahnarztsitz darf jeder vollzugelassene Vertragszahnarzt drei vollzeitbeschäftigte Zahnärzte bzw. teilzeitbeschäftigte Zahnärzte in einer Anzahl, welche im zeitlichen Umfang höchstens der Arbeitszeit von drei vollzeitbeschäftigten Zahnärzten entspricht, anstellen (§ 9 Abs. 3 Satz 5 BMV-Z). Bis Ende Juni 2018 galt noch die Grenze von zwei vollzeitbeschäftigten Zahnärzten bzw. bis zu vier halbzzeitbeschäftigten Zahnärzten. Heute könnte ein Vertragszahnarzt ausnahmsweise sogar vier vollzeitbeschäftigte Zahnärzte anstellen, wenn er dem Zulassungsausschuss vor der Erteilung der Genehmigung nachweist, durch welche Vorkehrungen die persönliche Praxisführung gewährleistet wird (§ 9 Abs. 3 Satz 6 BMV-Z). Dieser Nachweis dürfte allerdings sehr schwierig sein.



Sylvia Köchling

Rechtsanwältin

Münster

0251.48261-178 s.koechling@solidaris.de

AKTUELLE SEMINARE

Datum	Ort	Titel
27.08.2020	online	*** Kostenfreies Webinar *** Prävention doloser Handlungen mithilfe der internen Revision
17.09.2020 15.10.2020	Köln Mainz	Rechnungslegung von WfbM unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsergebnisses
17.09.2020 22.09.2020	Berlin Freiburg	Übernahme von Kindertagesstätten – Risiken und Auswirkungen auf den Jahresabschluss
22.09.2020	Köln	Aktuelle Entwicklungen im Sozialdatenschutz
07.10.2020 21.10.2020	Köln Berlin	Der neue Krankenhaus-Jahresabschluss 2020 – Aktuelles rund um das PpSG und das COVID-19-KHEntlG
08.10.2020 05.11.2020	München Berlin	Vergütungsverhandlungen in der stationären Altenhilfe – Vorbereitung, Strategie und Verhandlungsführung
20.10.2020	München	Steuer-Update für Non-Profit-Organisationen
27.10.2020 05.11.2020 13.11.2020 25.11.2020 01.12.2020 03.12.2020	Erfurt Freiburg Mainz Würzburg München Köln	Der Jahresabschluss gemeinnütziger Einrichtungen – Grundlagen, Besonderheiten, Vorbereitung und Gestaltungsmöglichkeiten

Weitere Informationen und Anmeldung unter www.solidaris.de.

IMPRESSUM
Herausgeber

Solidaris Rechtsanwalts-gesellschaft 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: 12. August 2020

Kontakt/Newsletterverwaltung

Dieser Newsletter ist ein kostenloser Service der Solidaris Rechtsanwalts-gesellschaft 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 Ivan Panayotov, Telefon: 02203 - 8997-136, E-Mail: i.panayotov@solidaris.de.

Disclaimer

Die Inhalte dieses Newsletters dienen ausschließlich der allgemeinen juristischen Information. Sie stellen keine rechtliche Beratung dar und können eine einzel-fallbezogene 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.