

## Newsletter 5/2019

### Inhalt

- › Anwendung des ermäßigten Umsatzsteuersatzes (nicht nur?) bei Inklusionsbetrieben durch neueste Rechtsprechung in Frage gestellt
- › Kliniken dürfen Patienten im Notfall bis zum Beginn der Reha zu Lasten der GKV weiterbehandeln
- › Sorgfaltspflichten im Pflegeheim – lückenlose Beaufsichtigung von Demenzkranken nicht erforderlich
- › Körperschaftsteuer bei Stiftungen – trotz vom Erblasser angeordneter Gemeinnützigkeit!
- › Ausnahmsweise formbedürftig? Sonderfälle der Stiftungserrichtung?
- › BGH: Baukostenobergrenzen können mit Architekten verbindlich vereinbart werden
- › BGH: Der Anfang vom Ende der Preisfortschreibung bei Nachträgen am Bau?
- › Bezugnahme auf kirchliche Arbeitsrechtsregelungen für Nachweis einer Ausschlussfrist nicht ausreichend!
- › Belehrungspflicht eines Arbeitgebers über Urlaubsansprüche
- › Kapitalertragsteuerabzug: Handlungsbedarf zum Jahreswechsel für gemeinnützige Körperschaften
- › Das Ende von personalisierter Werbung, Google Analytics & Co. auf Webseiten?
- › Datenschutzverstoß – 14,5 Millionen EUR Bußgeld

### Steuerrecht

#### **Anwendung des ermäßigten Umsatzsteuersatzes (nicht nur?) bei Inklusionsbetrieben durch neueste Rechtsprechung in Frage gestellt**

Mit Urteil vom 23. Juli 2019 – XI R 2/17 – hat der Bundesfinanzhof zur Anwendung des ermäßigten Umsatzsteuersatzes in Höhe von 7 % auf Leistungen von Zweckbetrieben gemeinnütziger Körperschaften Stellung genommen.

Im konkreten Fall ging es um die Beurteilung der Leistungen eines Bistros, das durch einen gemeinnützigen Verein neben einer Behindertenwerkstatt als Inklusionsbetrieb geführt wurde. In diesem Bistro arbeiteten Menschen mit Behinderungen und Langzeitarbeitslose. Der Verein führte den Betrieb als Zweckbetrieb und führte seine Leistungen in der Folge mit dem ermäßigten Umsatzsteuersatz von 7 % gemäß § 12 Abs. 2 Nr. 8 Buchst. a UStG aus.

Für die Anwendung des ermäßigten Steuersatzes bestehen nach Auffassung des erkennenden Senats zwei Voraussetzungen: Zum einen dürfen die erzielten Umsätze nicht in unmittelbarem Wettbewerb zu Leistungen von gewerblichen Unternehmern treten, die den vollen Steuersatz von 19 % erheben müssen. Zum anderen muss die Leistungserbringung der Verwirklichung des steuerbegünstigten satzungsgemäßen Zwecks selbst dienen. Darüber hinaus sehe das Unionsrecht keine Ermäßigung für nicht originär gemeinnützige Leistungen vor.

Unabhängig vom Kriterium der Durchführung eines förmlichen Anerkennungsverfahrens für den in Rede stehenden Betrieb sei die nationale Norm zur Anwendung des ermäßig-

ten Steuersatzes nicht mit dem Unionsrecht vereinbar, und schon allein deshalb müsse das Kriterium des übermäßigen Wettbewerbs weit ausgelegt werden. Im vorliegenden Fall sah der erkennende Senat bereits eine unzulässige Wettbewerbsverzerrung.

Darüber hinaus stellt der BFH fest, dass der Betrieb zwar der Zweckverwirklichung diene, die erbrachten Leistungen im Bistro aber gegenüber Gästen bzw. Nutzern erbracht werden, die regelmäßig nicht zum begünstigten Personenkreis des § 53 AO zählen. In der Folge sind die zu beurteilenden Leistungen nicht originär gemeinnützig und auch aus diesem Grunde von der Anwendung des ermäßigten Steuersatzes ausgeschlossen.

#### Fazit

Nach dem Urteil des BFH scheint die künftige Anwendung des ermäßigten Steuersatzes im Rahmen von Inklusionsunternehmen im Bereich der Behindertenhilfe und Integrationsprojekten für Langzeitarbeitslose ausgeschlossen. Das Urteil provoziert die Frage, ob der ermäßigte Steuersatz auch bei anderen Zweckbetrieben, insbesondere Werkstätten, deren Marktleistungen nicht gegenüber hilfsbedürftigen Personen erbracht werden, ausscheidet. Ob und welche steuerlichen Handlungskonsequenzen zu ziehen sind, hängt vom weiteren Umgang der Finanzverwaltung mit dem Urteil ab und bleibt einer näheren Prüfung des Einzelfalls vorbehalten.

› Vereidigter Buchprüfer / Steuerberater Roland Krock

#### Sozialrecht/Medizinrecht

### Kliniken dürfen Patienten im Notfall bis zum Beginn der Reha zu Lasten der GKV weiterbehandeln

Das Bundessozialgericht (BSG) befasst sich in seinem [Urteil vom 19. November 2019 – B 1 KR 13/19](#) – mit der Frage, wer die Kosten für eine stationäre Weiterbehandlung in einem Akutkrankenhaus zu tragen hat, wenn ein Patient nur noch stationärer Reha-Leistungen bedarf, ein Platz für die geplante Reha jedoch nicht rechtzeitig verfügbar ist.

Im dem zugrunde liegenden Streitfall hatte ein Krankenhaus einen Patienten wegen einer chronisch-obstruktiven Lungenerkrankung mit akuter Exazerbation behandelt. Auf Antrag bewilligte die Krankenkasse eine stationäre Anschlussheilbehandlung zur medizinischen Rehabilitation in einer Lungenspezialambulanz und informierte das Krankenhaus anschließend über den Termin, zu dem ein Platz in der Rehaklinik frei sei und eine Aufnahme des Patienten erfolgen könne. Da der Patient beatmet werden musste, behandelte das Krankenhaus den Patienten bis zu diesem Tag weiter stationär, um ihn dann nahtlos in die Reha-Einrichtung zu entlassen.

Die Krankenkasse vergütete die Kosten der Krankenhausbehandlung zunächst vollumfänglich, rechnete jedoch später einen Teil dieser Kosten gegenüber unstreitigen Vergütungsforderungen des Krankenhauses auf. Sie war der Ansicht, die

Krankenbehandlung des Patienten sei in den letzten zehn Tagen nicht mehr erforderlich gewesen. Dass die Rehaklinik nicht ausreichend und zeitnah Plätze anbiete, dürfe nicht zulasten der gesetzlichen Krankenversicherung gehen. Nachdem bereits die Vorinstanzen die Krankenkasse zur Rückzahlung verurteilt hatten, wies nun auch das BSG die Revision der Krankenkasse ab.

Das BSG kommt zu dem Ergebnis, dass der Träger einer Rehabilitationsmaßnahme für die Kosten einer vollstationären Weiterbehandlung des Patienten aufkommen muss, wenn nach einer Krankenhausbehandlung ein Platz für die geplante Reha nicht rechtzeitig verfügbar sei. Es handle sich insoweit um einen Notfall, für den der Reha-Träger aufkommen müsse. Insoweit gälten die Rechtsgrundsätze über die ärztliche Notfallversorgung entsprechend. Voraussetzung sei allerdings, dass sich das Krankenhaus um eine nahtlose Anschlussrehabilitation bemühe und eine vorübergehende Entlassung des Patienten aus medizinischen Gründen nicht in Frage komme. Die Richter begründeten ihre Entscheidung damit, dass vorliegend eine stationäre Versorgung des Patienten mit Beatmung aus medizinischen Gründen erforderlich gewesen sei. Dies habe das Krankenhaus aufgrund der Not-

fallsituation in Vertretung für die Rehaklinik sichergestellt, weil kein zugelassener Leistungserbringer für die unmittelbar im Anschluss an die Krankenhausbehandlung erforderliche Leistung verfügbar gewesen sei. Folglich sei die Aufrechnung der Krankenkasse mangels Erstattungsanspruch ins Leere gegangen, so dass dem Krankenhaus der geltend gemachte Vergütungsanspruch für die Behandlung des Patienten vollumfänglich zustehe.

### *Heim- und Pflegerecht/Sozialrecht*

## **Sorgfaltspflichten im Pflegeheim – lückenlose Beaufsichtigung von Demenzkranken nicht erforderlich**

Das Oberlandesgericht (OLG) Karlsruhe hat in seiner [Entscheidung vom 18. September 2019 – 7 U 21/18](#) – den Haftungsmaßstab der Pflegeheime für Sturzrisiken von Bewohnern konkretisiert.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: In einem Pflegeheim im Landkreis Karlsruhe erlitt eine an Demenz erkrankte 83-jährige Bewohnerin einen Sturz, bei dem sie sich eine Oberschenkelfraktur zuzog. Die Bewohnerin stürzte bei dem Versuch bei einem Toilettengang ohne Hilfe aufzustehen. Die Krankenkasse der Bewohnerin vertrat die Auffassung, dass das Pflegeheim die erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen habe. Die Bewohnerin hätte dauerhaft beaufsichtigt werden müssen. Mit der Klage fordert die Krankenkasse nunmehr von der Trägerin der Pflegeeinrichtung die aufgrund des Unfalls geleisteten Krankenversicherungsleistungen zurück.

Das Landgericht (LG) Karlsruhe wies die Klage ab. Gegen die Entscheidung des LG Karlsruhe legte die Krankenkasse Berufung vor dem OLG Karlsruhe ein. Der erkennende Senat der 7. Kammer des OLG Karlsruhe wies die Berufung nach Einholung eines pflegefachlichen Sachverständigengutachtens ab. Das Gericht machte deutlich, dass grundsätzlich eine Verpflichtung des Pflegeheims bestehe, Bewohner vor Stürzen zu bewahren, diese Verpflichtung jedoch nicht zu einer lückenlosen und dauerhaften Überwachung von Bewohnern

### **Fazit**

Die Entscheidung des BSG schließt die bestehende unbewusste Regelungslücke in SGB V und SGB IX hinsichtlich stationärer medizinischer Reha im Notfall und schafft somit Klarheit bezüglich der Kostentragung in solchen Fällen.

› [Rechtanwältin Agnieszka Kreutzberg, LL.M.](#)

führen dürfe. Der Umfang der zu treffenden Sicherungsmaßnahmen müsse sich grundsätzlich danach richten, ob und inwieweit ein Sturzrisiko tatsächlich bestehe. Letztlich müsse das Pflegepersonal eine Risikoabwägung vornehmen. Dabei sei der Schutz des Bewohners vor einem möglichen Sturz mit dem Schutz der Intimsphäre, die auch bei einem Demenzkranken zu beachten sei und die bei einer lückenlosen Überwachung des Toilettengangs beeinträchtigt wäre, abzuwägen. Eine lückenlose Überwachung wäre nur dann zu fordern gewesen, wenn bereits vor dem Unfallhergang Anhaltspunkte vorgelegen hätten, die ein Sturzrisiko gerade beim Toilettengang als wahrscheinlich hätten erscheinen lassen. Dieses Risiko hat der Gutachter nachvollziehbar verneint und nochmals bekräftigt, dass allein der Umstand einer Demenzerkrankung nicht auf ein erhöhtes Sturzrisiko schließen ließe.

Der Senat bekräftigt in dieser Entscheidung erneut, dass eine Überdehnung des Haftungsmaßstabes für Pflegeeinrichtungen zu einer restriktiven Pflege führen würde, was letztlich auf Kosten eines menschenwürdigen Daseins und Alltagslebens der Bewohner führen würde. Dies gilt es in jedem Fall zu verhindern.

### **Fazit**

Die Entscheidung des OLG Karlsruhe ist begrüßenswert. Der bereits bestehende Sorgfalsmaßstab darf nicht zu einer dauerhaften Überwachung von Bewohnern führen.

Das Gericht erteilt einer dogmatischen Pflegeplanung eine Abfuhr und stellt auf die Fachlichkeit der Pflegekraft ab, jeden Tag eine Einschätzung der konkreten Gefahrensituation abgeben zu können. Das Urteil gibt Hoff-

nung, dass nicht jeder Sturz bereits eine Haftung der Pflegeeinrichtung begründet.

› Rechtsanwältin Britta Greb, LL.M.

### Steuerrecht/Stiftungsrecht

## Körperschaftsteuer bei Stiftungen – trotz vom Erblasser angeordneter Gemeinnützigkeit!

Mit seinem Urteil vom 6. Juni 2019 – V R 50/17 – hat der Bundesfinanzhof (BFH) ein Urteil des Finanzgerichts Münster vom 13. Oktober 2017 – 13 K 641/14 K – (vgl. unseren Newsletter 1/2018, S. 2) bestätigt. Demnach existiert keine steuerliche Rückwirkungsfiction für die gemeinnützige Satzung einer Stiftung von Todes wegen.

Der im Jahr 2004 verstorbene Erblasser hatte mit seinem Testament von 1997 eine Stiftung errichtet, für die er zwar die Gemeinnützigkeit angeordnet, die Erstellung einer Satzung jedoch unterlassen hatte. Der Nachlasspfleger musste zunächst einmal Anfechtungen des Testamentes abwenden, so dass die Stiftungerrichtung erst im Jahre 2007 gelang. Das Finanzamt führt später eine Außenprüfung durch und erkannte die Stiftung für die Jahre 2005 und 2006 nicht als gemeinnützig an und setzte Körperschaftsteuer fest. Die Stiftung wehrte sich hiergegen mit Verweis auf § 84 BGB, der anordnet: „Wird die Stiftung erst nach dem Todes des Stifters als rechtsfähig anerkannt, so gilt sie für die Zuwendung des Stifters als schon vor dessen Tod entstanden“. Insoweit wird also die Stiftung als mit dem Todeszeitpunkt rechtsfähig fingiert. Das Finanzamt, das Finanzgericht Münster und der BFH haben diese zivilrechtliche Rückwirkung jedoch nicht auf das Steuerrecht erstreckt.

Die Begründung ist praktisch unschön, aber dogmatisch nachvollziehbar. Die Gemeinnützigkeit liegt nur vor, wenn die Satzung gemäß § 60 Abs. 2 AO „den vorgeschriebenen Erfordernissen bei der Körperschaftsteuer und bei der Gewerbesteuer während des ganzen Verlangungs- oder Bemessungszeitraums ... entspricht“. Dies sei nicht der Fall. Die stiftungsrechtliche Fiction des § 84 BGB kann nach Auffassung der Finanzverwaltung und der Gerichte sich nicht auf die steuerli-

chen Regelungen auswirken. Die Rückwirkung des § 84 BGB ist eben ausdrücklich nur „für die Zuwendung des Stifters“ vorgesehen, und zwar deshalb, weil die Stiftung als „Vertragspartei für den Schenkungsakt“ zur Verfügung stehen soll. Weitergehende Folgen sollen hiermit nicht verknüpft sein. Alle Argumente der Stiftung, dass ein Missbrauch aufgrund der Stiftungsbindung und der Stiftungsaufsicht nicht gegeben sei, trugen nach Auffassung der Finanzverwaltung und Finanzgerichte nicht.

### Fazit

Es bleibt bei der Empfehlung, Testamente mit der Anordnung einer Stiftungerrichtung nach Möglichkeit mit einer gemeinnützigkeitskonformen Satzung auszugestalten, um eine möglichst umfassende Chance zur Rückwirkung der Gemeinnützigkeit zu erhalten. Ob dieses gelingt, muss nach dem Urteil allerdings noch offen bleiben, denn nach den Annahmen des Gerichts wirkt sich die Rückwirkungsfiction des § 84 BGB nicht auf die in § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG geregelten Voraussetzungen der Steuerbefreiung aus. Es bleibt also offen, ob eine taugliche Satzung diese Rückwirkung entfalten würde. Gleichwohl bestehen gute Argumentationslinien, dies zu erreichen. Die Empfehlung, ein Testament direkt mit einer Satzung auszugestalten, muss also noch darum ergänzt werden, dass im Todesfall die Errichtung der Stiftung schnellstmöglich angegangen werden sollte, um den Zeitraum „kurz“ zu halten. Weiterer Vorteil einer (steuerlich tauglichen) Satzung im Testament bleibt die Tatsache, dass damit der Stifter und etwaig begünstigte Destinatäre, also die von der Stiftungerrichtung unmittelbar profitierenden Einrichtungen, sicher sein können, dass die Stiftung so errichtet wird, wie dies seitens der handelnden

Personen gewünscht war. Diskussionen mit der Stiftungsaufsicht entfallen damit. Dies bedeutet aber auch, dass ein Testament nicht nur hinsichtlich der Stiftungserrichtung vollständig und formgerecht sein muss, sondern auch die Stiftungssatzung im Testament regelmäßig da-

hingehend überprüft werden muss, ob sich zwischen Testamenterrichtung und Todeszeitpunkt die steuerlichen Anforderungen an die Satzung geändert haben.

› [Rechtsanwalt Dr. Severin Strauch](#)

## Stiftungsrecht

### Ausnahmsweise formbedürftig? Sonderfälle der Stiftungserrichtung

Wird eine Stiftung errichtet und ihr als Stiftungskapital ein Grundstück zugesichert, dessen Übertragung im Allgemeinen nach § 311b Abs. 1 BGB der notariellen Beurkundung bedarf, ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten, ob diese Formvorschrift auch hier Anwendung findet. Interessant ist, dass der „Streit“ nur zwischen den Rechtsgebieten, nicht innerhalb dieser besteht: Die stiftungsrechtliche Literatur vertritt die Auffassung, dass eine notarielle Form nicht erforderlich sei, während im Immobilienrecht der Notar für zwingend erachtet wird. Die Rechtsprechung hat in zwei Urteilen aus Schleswig-Holstein (OLG Schleswig-Holstein 1995 zum Kostenrecht und schleswig-holsteinisches Finanzgericht aus 2012 zur Grunderwerbsteuer) Partei für die „Stiftungsrechtler“ ergriffen und zugelassen, eine Stiftung mit einer Immobilie privatschriftlich zu errichten.

Das Oberlandesgericht (OLG) Köln hat dem nunmehr eine deutlich andere neue Facette hinzugefügt. In seinem [Beschluss vom 5. August 2019 – 2 Wx 220/19, 2 Wx 227-229/19](#) – hat sich das OLG Köln nämlich auf die Seite der „Grundstücksrechtler“ geschlagen und sieht bei der Errichtung einer Stiftung mit der Einbringung einer Immobilie die Anwendung des § 311b Abs. 1 BGB und damit die notarielle Beurkundung als zwingend an.

In dem entschiedenen Fall wollte der Stifter der zwischenzeitlich anerkannten Stiftung in Erfüllung seines Errichtungsversprechens Wohnungseigentum übertragen. Er hat daher nur die Auflassung und die Eintragungsbewilligungen notariell beurkunden und beim Grundbuchamt einreichen lassen. Das Grundbuchamt hat dies zurückgewiesen und die Eintragung verweigert – nicht nur die Auflassung, sondern auch das

schuldrechtliche Grundgeschäft, das Stiftungsgeschäft für die Errichtung der Stiftung hätte gemäß § 311b Abs. 1 BGB der notariellen Form bedürft. Dem hat sich das OLG Köln in nachvollziehbarer Weise angeschlossen.

Das Gericht führt aus, dass der stiftungsrechtliche § 81 Abs. 1 Satz 1 BGB – wonach Schriftform genügt – lediglich für die Errichtung der Stiftung gedacht sei und dass weitere, spezifische Formvorschriften kumulativ hinzutreten könnten – eine solche sei der § 311b BGB. Auch der Schutzzweck des § 311b BGB spräche für dessen Anwendung, da er durch das verwaltungsrechtliche Verfahren der Anerkennungsbehörde eben nicht erfüllt wird und dieses nicht die notarielle Beurkundung ersetzt. Das behördliche Anerkennungsverfahren gewährleiste nicht die erforderliche Klarheit und Beweissicherung sowie erfülle nicht die Beratungsfunktion eines Notars gegenüber dem Stifter, da die Stiftungsbehörden lediglich die Stiftung auf Rechtmäßigkeit prüfen.

#### Fazit

Das Stiftungsgeschäft sollte notariell beurkundet werden, wenn eine Übertragung von Grundstücken vorgesehen ist. Es ist nämlich davon auszugehen, dass sich die meisten Grundbuchämter dieser Rechtsprechung des OLG Köln anschließen werden, da dieses in großer Klarheit und – anders als seinerzeit die schleswig-holsteinischen Gerichte – sehr direkt zu der Frage Stellung nimmt. Der Vorgang ist auch kaum „heilbar“: Das nach § 311b Abs. 1 BGB notariell zu beurkundende schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft ist das Stiftungsgeschäft. „Stiftungsrechtlich“ hat aber bereits eine Anerkennung stattgefunden und die Stiftung wurde errichtet – die Rechts-

fähigkeit ist mit der Zustellung der Stiftungsurkunde eingetreten. Es ist unklar, ob aufgrund der fehlenden notariellen Beurkundung die Stiftung nicht errichtet ist und ein neues Anerkennungsverfahren angestoßen wird oder ob eine Nachbeurkundung möglich ist. In ersterem Fall wären dogmatische Fragestellungen bis hin zur Errichtung von zwei Stiftungen im Raum, deren schwierige Beantwortung durch eine einfache Beurkundung vermieden werden könnte. Das Urteil reicht jedoch noch weiter: Nicht nur die Übertragung von Grundstücken als Stiftungsgrundstockvermögen, sondern auch alle anderen formbedürftigen Geschäfte sind in der jeweiligen besonderen

Form durchzuführen – zu denken ist beispielsweise an die Übertragung von GmbH-Anteilen als Stiftungsgrundstockvermögen. Dass stiftungsrechtlich allerdings die Übertragung einer Beteiligung nicht zwingend sinnvoll ist, da dieses Vermögen auch in seinem Wert erhalten werden muss – was sowohl bei Gebäuden als auch bei Beteiligungen fraglich und schwierig sein kann – ist ein zusätzlicher, jedoch stiftungsrechtlicher Aspekt, der zu beachten ist.

› [Rechtsanwalt Dr. Severin Strauch](#)

#### *Baurecht/Architektenrecht*

### **BGH: Baukostenobergrenzen können mit Architekten verbindlich vereinbart werden**

Die Vereinbarung von Baukostenobergrenzen in Architekten- und Ingenieurverträgen wird immer üblicher. Umstritten ist jedoch, ob eine solche Baukostenobergrenze eine wirksame Beschaffenheitsvereinbarung nach § 633 Abs. 2 Ziff. 2 BGB darstellt (insbesondere KG Berlin, [Urteil vom 28. August 2018 – 21 U 24/16](#)). Auch war bislang umstritten, ob eine solche Baukostenobergrenzenklausel in den Standard- oder Musterverträgen von Bauherren einer AGB-rechtlichen Prüfung standhält. Der BGH hat in seinem [Urteil vom 11. Juli 2019 – VII ZR 266/17](#) – die Beschaffenheitsvereinbarung positiv geklärt. Der Haftungsmaßstab des Architekten dürfte weiterhin im Honorarrecht zu finden sein.

Der Fall: In den Standardverträgen des Bundes mit Architekten und Planern findet sich folgende Klausel: „Die Baukosten für die Baumaßnahmen dürfen den Betrag von x € brutto / y € netto nicht überschreiten. Die genannten Kosten umfassen die Kostengruppen 200-600 nach DIN 276-1: 2008-12 [...]. Der Auftragnehmer hat seine Leistungen bezogen auf die von ihm zu bearbeitenden Kostengruppen so zu erbringen, dass diese Kostenobergrenze eingehalten wird.“ In einer AGB-Musterklage hiergegen wurde unter anderem das Argument vorgebracht, die Klausel sei eine unangemessene Benachteiligung der Architekten.

Die Entscheidung des BGH: Nein, die Klausel hat Bestand und stellt eine Beschaffenheitsvereinbarung dar. Denn eine Vertragsklausel über eine Baukostenobergrenze, so die obersten Richter, sei einer Inhaltskontrolle mit § 307 Abs. 3 BGB entzogen, weil es sich um eine Regelung über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistungspflichten des Architekten handelt. Entgegen der Klägersicht sei die Vereinbarung einer Kostenobergrenze eine Abrede über den unmittelbaren Leistungsgegenstand, ohne den ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden könne. Damit stellt der BGH auch fest, dass eine Baukostenobergrenze eine Beschaffenheitsvereinbarung darstellt, welche die zu erreichenden Planungs- und Überwachungsziele festlegt. Hierbei nimmt der BGH auch erstmals auf die neuen Regelungen zum Planervertrag nach § 650p BGB Bezug und stellt fest, dass dort die Vereinbarung der Planungs- und Überwachungsziele den Parteien vorbehalten bleibt. Damit kommt es allein auf die vertragliche Vereinbarung an, welche Hauptleistungspflichten der Architekt zu erfüllen hat. Eine schuldhaftige Nichtbeachtung dieser Beschaffenheitsvereinbarung kann somit auch zu Schadensersatzansprüchen gegen den Planer führen.

#### **Fazit**

Mit seiner Entscheidung bringt der BGH endlich Klarheit sowohl über die Verwendung von Baukostenobergrenzen

in Architektenverträgen als auch über deren Rechtsnatur als Beschaffenheitsvereinbarung. Auftraggebern sei daher empfohlen, bei ihrer Fortentwicklung von Standardarchitektenverträgen eine solche Baukostenklausel zu entwickeln. Allerdings sind die vom BGH entwickelnden strengen Inhaltsmaßstäbe an eine solche Klausel unbedingt zu beachten. Mit Blick auf die Haftungsmaßstäbe wird man abwarten müssen, ob der BGH eine über seine

bisherige Rechtsprechung der Honorareinkürzung bzw. -beschränkung (Urteil vom 6. Oktober 2016 – VII ZR 185/13; s. OLG Stuttgart, Urteil vom 28. November 2017 – 10 U 68/17) hinausgehende Haftung bei Baukostenüberschreitungen entwickeln wird.

› [Rechtsanwalt Justus Kamp](#)

### *Baurecht*

## **BGH: Der Anfang vom Ende der Preisfortschreibung bei Nachträgen am Bau**

Wie sind Nachträge am Bau zu vergüten? Diese Frage war, soweit sich die Parteien nicht einigen konnten, über Jahrzehnte über das Modell der so genannten vorkalkulatorischen Preisfortschreibung im Rahmen des § 2 Abs. 3, 5, 6 VOB/B scheinbar geklärt. Doch nicht erst seit dem Inkrafttreten des neuen Bauwerkvertragsrechts im BGB zum 1. Januar 2018 und den dort enthaltenen Regelungen zu Nachträgen (§ 650b, 650c BGB) wurde das Instrument der Preisfortschreibung zunehmend hinterfragt. Mit seinem [Urteil vom 8. August 2019 – VII ZR 34/18](#) – hat der BGH nunmehr die Abkehr von diesem in der Praxis überaus wichtigen Preisfindungsmodell endgültig eingeleitet. Das Kammergericht Berlin hat diese Rechtsprechung in seinem Urteil vom 27. August 2019 – [21 U 160/18](#) – bereits instanzgerichtlich angewendet.

Der Fall: Ein Auftraggeber hatte unter anderem die Entsorgung von Bauschutt mit gefährlichen Stoffen mit der Menge von nur einer Tonne ausgeschrieben. Der Unternehmer hatte diese Leistung zum Einheitspreis von 462,00 EUR die Tonne angeboten. Tatsächlich wurden nicht nur eine Tonne, sondern 83,92 Tonnen Bauschutt entsorgt und abgerechnet. Der Auftraggeber wollte die horrende Nachforderung nicht akzeptieren und berief sich auf § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B, nach dem bei einer Mengenüberschreitung von über 10 % ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren ist. Der Auftraggeber kürzte entsprechend den Tonnenpreis erheblich, das vorbefasste Oberlandesgericht Celle (OLG) legte dann den Tonnenpreis auf 150,40 EUR fest, was den angebotenen tatsächlichen Kosten für die Mehrmen-

gen entsprach. Dabei stellte das OLG fest, dass der ursprüngliche Tonnenpreis von 462,00 EUR nicht sittenwidrig gewesen sei, weil er den berechtigten Einheitspreis von 150,00 EUR lediglich um das Dreifache überstieg. Der Auftragnehmer berief sich auf die vorkalkulatorische Preisfortschreibung und klagte weiterhin den restlichen Werklohn ein.

Die Entscheidung des BGH: Der Unternehmer erhält, wie vom OLG Celle ausgeurteilt, nur 150,40 EUR pro Tonne. Denn der BGH stellt nunmehr fest, dass sich schon ganz grundsätzlich aus den Regelungen des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B keine vorkalkulatorische Preisfortschreibung zur Ermittlung des Preises bei Mengemengen herauslesen lässt. Vielmehr finde sich in der VOB/B keine Regelung zur Bestimmung des Nachtrags, so dass dieser im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu ermitteln sei. Dabei habe man sich an den tatsächlich erforderlichen Kosten zu orientieren, einschließlich eines angemessenen Zuschlags für Wagnis und Gewinn.

Damit verabschiedet sich der BGH vom Instrument der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung, wodurch das Preisniveau bei der Bildung des neuen Einheitspreises auf Grundlage der ursprünglichen Preiskalkulation beibehalten werden soll. Die beliebte Korbion'sche-Formel „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ soll nach Ansicht des BGH also nicht mehr uneingeschränkt gelten. Der BGH greift damit, ohne dies in seiner Urteilsbegründung unmittelbar auszuführen oder zu erwähnen, das Leitbild des § 650c Abs. 1 BGB auf, wonach der Vergütungsanspruch bei

Anordnungen des Bestellers grundsätzlich nach den tatsächlichen Kosten und angemessenen Zuschlägen für Wagnis und Gewinn zu ermitteln ist.

#### Fazit

Das Urteil leitet eine grundsätzliche Wende in der Rechtsprechung und in der Baupraxis ein. Auch wenn das Urteil nur zu § 2 Abs. 3 VOB/B erging, so wird allgemein angenommen, dass der BGH bei den noch ausstehenden Revisionsentscheidungen zu den Absätzen 5 und 6 ebenfalls bei seiner neuen Linie der Abkehr von der Preisfortschreibung bleiben wird. Damit werden bei Mehrmengenabweichungen sowie bei Nachtragsvergütungen we-

gen Anordnungen des Bestellers neue Preisfindungen am Bau stattfinden, es sei denn, die Parteien einigen sich auf einen entsprechenden Nachtragsbetrag. In der Regel dürfte der Auftraggeber insbesondere bei den sogenannten Einer-Positionen häufig nunmehr ein wirksames Preiskorrektiv in der Hand haben. Die Rechtsprechungswende erhöht auch den Reformdruck in der VOB/B, deren Regelungen insbesondere § 1, 2 VOB/B seit der Einführung des Bauvertragsrechts zum 1. Januar 2018 im Spannungsverhältnis zum neuen BGB-Bauvertragsrecht stehen.

› [Rechtsanwalt Justus Kampff](#)

#### Arbeitsrecht

### Bezugnahme auf kirchliche Arbeitsrechtsregelungen für Nachweis einer Ausschlussfrist nicht ausreichend!

In den meisten Arbeitsverhältnissen gelten Ausschlussfristen. Demnach erlöschen die Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, wenn sie nicht ordnungsgemäß innerhalb dieser vereinbarten Ausschlussfrist – die zumeist kürzer als die reguläre Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 195 BGB ist – geltend gemacht werden. Solche Klauseln werden insbesondere in Arbeitsverträgen vereinbart. Aber auch in Tarifverträgen oder in Betriebsvereinbarungen sowie in Arbeitsvertragsrichtlinien der Kirche, Caritas und Diakonie (z. B. § 23 Allgemeiner Teil AVR-Caritas) finden sich Ausschlussfristen. Ihr Sinn und Zweck ist es, aus Gründen der Rechtssicherheit klarzustellen, dass Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis nicht endlos bestehen.

Traditionell regeln kirchliche Arbeitgeber die Arbeitsbedingungen in ihrem Bereich auf dem sogenannten „Dritten Weg“. Das bedeutet, dass nicht der Arbeitgeber allein oder Tarifvertragsparteien die kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen für Beschäftigte der Kirchen festlegen, sondern paritätisch besetzte Gremien. Diese Arbeitsrechtsregelungen werden durch Bezugnahme in den Arbeitsverträgen zum Inhalt der Arbeitsverhältnisse gemacht. Eingeschlossen werden auf diese Weise bisher auch die sogenannten Ausschlussfristen. Inhalt-

lich entsprechen diese Arbeitsrechtsregelungen weitgehend Tarifverträgen. Rechtstechnisch handelt es sich jedoch um Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB).

Unstreitig ist, dass Ausschlussfristen wegen ihrer einschneidenden Wirkung „wesentliche Arbeitsbedingungen“ im Sinne von § 2 Abs. 1 S. 1 Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen (NachwG) darstellen. Im NachwG ist geregelt, dass der Arbeitgeber spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Vertragsbedingungen dem Arbeitnehmer unterschrieben aushändigen muss. In § 2 Abs. 3 NachwG ist klargestellt, dass stattdessen im Arbeitsvertrag auch auf Tarifverträge oder Betriebs- oder Dienstvereinbarungen Bezug genommen werden kann. Darauf beziehen sich bisher auch kirchliche Arbeitgeber und verweisen in ihren Arbeitsverträgen auf die Arbeitsvertragsrichtlinien.

Nach einer aktuellen Entscheidung des 6. Senats des Bundesarbeitsgerichts (BAG, [Urteil vom 30. Oktober 2019 – 6 AZR 465/18](#)) genügt zum Nachweis einer Ausschlussfrist jedoch die einzelvertragliche bloße Bezugnahme im Arbeits-



vertrag auf kirchliche Arbeitsrechtsregelungen (z. B. AVR-Caritas) nicht. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Der Kläger war bei einer katholischen Kirchengemeinde als Küster und Reinigungskraft beschäftigt. Der Arbeitsvertrag nahm Bezug auf die Kirchliche Arbeits- und Vergütungsordnung (KAVO). Diese sieht in § 57 eine sechsmonatige einstufige Ausschlussfrist vor. Der Kläger machte Differenzvergütungsansprüche wegen angeblich fehlerhafter Eingruppierung geltend. Die Beklagte verweigerte die Erfüllung dieser Ansprüche unter Berufung auf die Ausschlussfrist. Der Kläger stellte die Wirksamkeit der Fristenregelung in Abrede und verlangt hilfsweise Schadensersatz, den er unter anderem darauf stützte, dass ihm die Beklagte die Ausschlussfrist nicht hinreichend nachgewiesen habe. Das Landesarbeitsgericht wies die Klage ab. Dagegen legte der Kläger Revision ein.

Die Revision vor dem Bundesarbeitsgericht (BAG) war erfolgreich. Ein etwaiger Erfüllungsanspruch auf die Differenzvergütung wäre zwar verfallen, da die Inbezugnahme der KAVO auch deren Ausschlussfrist umfasse und diese wirksam den Verfall von Entgeltansprüchen anordne, die wie vorliegend den gesetzlichen Mindestlohn überstiegen. Dem Kläger könnte jedoch ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Nachweisgesetzes zustehen. Bei kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen handele es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen, welche als „ähnliche Regelungen“ nach dem Willen des Gesetzgebers nur im Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 bis 9 und § 2 Abs. 2 Nr. 2 und 3 sowie gemäß § 3 Satz 2 NachwG bei Änderungen der kirchlichen Regelungen

erleichterten Nachweismöglichkeiten unterliegen sollen. Der Nachweis der Ausschlussfrist bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses werde von diesen Erleichterungen nicht erfasst.

Nach Auffassung des 6. Senats genügt die bloße Inbezugnahme der kirchlichen Arbeitsrechtsregelung für den danach erforderlichen Nachweis nicht. Auch ein sogenannter qualifizierter Nachweis nach § 2 Abs. 3 Satz 1 NachwG, wonach sich die Ausschlussfrist nach der kirchlichen Arbeitsrechtsregelung richte, sei nicht ausreichend, weil der abschließende Katalog dieser Bestimmung Ausschlussfristen nicht erfasse.

#### Fazit

Die Entscheidung des 6. Senats steht nicht im Einklang mit Entscheidungen des 4. und 5. Senats des BAG (Urteil vom 29. Mai 2002 – 5 AZR 105/01 – bzw. Urteil vom 23. Januar 2002 – 4 AZR 56/01). Nichtsdestotrotz dürfte die Entscheidung für eine Vielzahl von konfessionellen Einrichtungen und Einrichtungsträgern bzw. Dienstgebern von hoher praktischer Relevanz sein, insbesondere bei denjenigen, die die weit verbreiteten Musterverträge verwenden. Die schriftlichen Entscheidungsgründe des Bundesarbeitsgerichts sind daher mit Spannung zu erwarten. Betroffene Dienstgeber sollten bei Neueinstellungen modifizierte Arbeitsverträge verwenden und bei bereits bestehenden Arbeitsverhältnissen arbeitsrechtlich zulässige Optionen und Gestaltungsvarianten erörtern.

› [Rechtsanwalt André Spak, LL.M., Steuerberater, Mediator, Fachanwalt für Steuerrecht, Fachanwalt für Arbeitsrecht](#)

#### Arbeitsrecht

### Belehrungspflicht eines Arbeitgebers über Urlaubsansprüche

In einer aktuellen Entscheidung musste sich das Landesarbeitsgericht Hamm mit der Frage des Verfalls von Urlaubsansprüchen auseinandersetzen (LAG Hamm, [Urteil vom 24. Juli 2019 – 5 Sa 676/19](#)). Dabei nahm das LAG auf das Urteil des Bundesarbeitsgerichtes vom 19. Februar 2019

– [9 AZR 541/15](#) – Bezug. Dieses hatte unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs (EuGH, [Urteil vom 6. November 2018 – C-684/16](#)) entschieden, dass der Urlaubsanspruch eines Arbeitnehmers nicht nach Ablauf des Kalenderjahres verfällt, wenn der Arbeitneh-

mer nicht durch seinen Arbeitgeber hierauf hingewiesen wurde. Diese Mitwirkungsobliegenheit des Arbeitgebers ist dann erfüllt, wenn er den Arbeitnehmer in die Lage versetzt, seinen konkreten Urlaub in dem bestimmten Jahr zu nehmen. Dies kann durch eine Mitteilung in Textform erfolgen, aus der sich ergibt, wie viele Urlaubstage dem Arbeitnehmer im konkreten Jahr zustehen und dass er den Urlaub rechtzeitig zu beantragen hat, da er andernfalls verfällt.

Der Entscheidung des LAG Hamm lag der Sachverhalt zu Grunde, dass eine Arbeitnehmerin 14 Urlaubstage im Jahr 2017 nicht nehmen konnte, weil sie durchgängig arbeitsunfähig erkrankt war. Im November des Folgejahres – die Klägerin war weiterhin erkrankt - forderte sie ihren Arbeitgeber auf, diesen Urlaub abzugelten, was dieser verweigerte. Ihre Klage vor dem Arbeitsgericht Paderborn begründete die Arbeitnehmerin damit, dass sie nicht auf den Verfall des Urlaubs hingewiesen worden sei. Das Arbeitsgericht hatte die Klage abgewiesen, das LAG schloss sich dieser Auffassung an. In seiner Begründung weist es darauf hin, dass eine Belehrung über den Verfall von Urlaub nur dann Sinn ergeben kann, wenn der Arbeitnehmer auch in der Lage ist, diesen zu nehmen. Dies ist bei einer andauernden Arbeitsunfähigkeit jedoch nicht der Fall. Selbst wenn die Klägerin aufgefordert worden sei, ihren Urlaub zu nehmen, wäre dies aufgrund der

Arbeitsunfähigkeit schlicht unmöglich gewesen. Eine Belehrung durch den Arbeitgeber kann mithin erst dann wieder erfolgen, wenn die Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmerin beendet ist. Das LAG führte weiter aus, dass – selbst bei einer erfolgten Belehrung – der Urlaub der weiterhin erkrankten Klägerin verfallen wäre, und greift in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung des europäischen Gerichtshof auf, nach welcher Urlaubsansprüche 15 Monate nach Ablauf desjenigen Jahres verfallen, in dem sie entstanden sind, auch wenn ein Arbeitnehmer aufgrund von Arbeitsunfähigkeit gehindert war, den Urlaub nehmen.

#### Fazit

Die – nicht rechtskräftige – Entscheidung des LAG Hamm ist konsequent und nachvollziehbar. Welchem Zweck soll eine Belehrung über Urlaubsansprüche dienen, wenn der Arbeitnehmer nicht in der Lage ist, den Urlaub zu nehmen und der Arbeitgeber den Anspruch nicht erfüllen kann? Dennoch sollten Arbeitgeber gerade jetzt zum Jahresende darauf achten, dass Sie ihre Arbeitnehmer auffordern, bestehenden Resturlaub noch in diesem Jahr zu nehmen.

› Rechtsanwalt Christian Klein, Fachanwalt für Arbeitsrecht

#### Steuerrecht

### Kapitalertragsteuerabzug: Handlungsbedarf zum Jahreswechsel für gemeinnützige Körperschaften

Aufgrund der Verschärfung des Kapitalertragsteuerabzugs als Reaktion auf die sogenannten „Cum-Cum-Geschäfte“ (vgl. [Solidaris-Information 2/2019](#)) ergeben sich auch Auswirkungen für die grundsätzlich steuerfreie Vermögensverwaltung gemeinnütziger Körperschaften im Sinne von § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG.

Für im laufenden Kalenderjahr bezogene Dividenden aus sammelverwahrten Aktien ergibt sich sowohl Handlungsbedarf für solche gemeinnützigen Körperschaften, die aufgrund der Übergangsregelung der Finanzverwaltung Kapitalerträge ohne Abzug von Kapitalertragsteuer erhalten haben, als auch

für solche, die Kapitalerträge unter Einbehalt der Kapitalertragsteuer bezogen haben. In beiden Fällen gilt es jeweils zu prüfen, ob die Voraussetzungen der typisierenden Missbrauchsverhinderungsnorm des § 36a Abs. 1 Nr. 1 bis 3 EStG erfüllt sind bzw. einer der zwei Ausnahmetatbestände greift.

Zum einen besteht eine Ausnahme für Anleger, deren Dividendenbezug aus Aktien und Genussscheinen im laufenden Veranlagungszeitraum nicht mehr als 20.000,00 EUR betragen hat, und zum anderen für Steuerpflichtige, die Kapitalerträge aus Aktien oder Genussrechten bezogen haben, für die sie das wirtschaftliche Eigentum für mindestens ein Jahr

ununterbrochen bejahen können (vgl. § 36a Abs. 5 i. V. m. § 44a Abs. 10 EStG).

Für die übrigen Fälle muss geprüft werden, ob der Mindesthaltezeitraum von 45 Tagen vor und nach dem Dividendenstichtag für das wirtschaftliche Eigentum bestanden hat sowie das Mindestwertänderungsrisiko zu mindestens 70 % getragen wurde. Weiterhin darf keinerlei Verpflichtung zur Vergütung der aus sammelverwahrten Aktien und Genussscheinen erhaltenen Dividende an andere Personen bestehen. In allen anderen Fällen unterliegen die Kapitalerträge einer steuerlichen Belastung in Höhe von 15 %.

#### Fazit

Sofern Sie Dividenden aus sammelverwahrten Aktien und Genussscheinen im laufenden Jahr bezogen haben, sollten Sie nun zum Jahreswechsel prüfen, ob in Ihrem Fall bereits Kapitalertragsteuer einbehalten wurde und deshalb ein Antrag auf Erstattung beim zuständigen Finanzamt erfolgen sollte, oder ob Ihrer Körperschaft Dividenden ohne Einbehalt von Kapitalertragsteuer zugeflossen sind und in diesem Zusammenhang noch Kapitalertragsteuer aufgrund des Nichtvorliegens vorgenannter Voraussetzungen nachzuzahlen ist. Bei den erforderlichen Erklärungen sind wir Ihnen gerne behilflich.

- › [Rechtsanwalt Holger Salentin, Mediator, Fachanwalt für Steuerrecht, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht](#)
- › [Max Hoffmann, M.Sc.](#)

#### *Datenschutzrecht*

### **Das Ende von personalisierter Werbung, Google Analytics & Co auf Webseiten?**

Der europäischen Gerichtshof (EuGH) hat in der [Rechtsache C-673/17](#) entschieden, dass vor dem Einsatz von Cookies, die für den Betreiber der Webseite technisch nicht erforderlich sind, eine Einwilligung vom Nutzer eingeholt werden muss. Zu solchen Cookies zählen etwa solche von Analysediensten oder zur Schaltung von personalisierter Werbung. Geklagt hatte der Bundesverband der Verbraucherzentralen gegen die Planet49 GmbH, da diese im Rahmen der Teilnahme an Online-Gewinnspielen Werbe-Cookies verwendete, deren Einsatz vom Nutzer aktiv widersprochen werden musste.

Aufgrund des Urteils wird erwartet, dass der vorliegende Bundesgerichtshof (BGH) den lange bestehenden Streit um die mangelnde Umsetzung der sogenannten Cookie-Richtlinie (2002/58/EG) im deutschen Recht beendet und der Gesetzgeber das Telemediengesetz (TMG) reformieren wird.

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 anzeigen zu können. Diese Nachverfolgung der Handlungen des Nutzers wird allgemein als „Tracking“ bezeichnet.

Tatsächlich ist die Cookie-Richtlinie bislang nicht vollständig in das deutsche Recht umgesetzt worden, da § 15 Abs. 3 TMG lediglich vorsieht, dass Cookies zur Werbung, Marktforschung oder bedarfsgerechten Gestaltung von Webseiten eingesetzt werden können, sofern der Nutzer dem nicht aktiv widerspricht. Bei einer derartigen Widerspruchslösung wird im Fachjargon von einem sogenannten „Opt-Out“ gesprochen, während bei einem sogenannten „Opt-In“ – das wiederum die Cookie-Richtlinie vorsieht – eine aktive Einwilligung vom Nutzer eingeholt werden muss. Daher besteht derzeit für deutsche Webseitenbetreiber keine gesetzliche Pflicht zur Einholung einer Einwilligung bei der Nutzung von Cookies.

Diese Rechtslage wird sich durch das Urteil des EuGH nun grundlegend ändern. Dieser stellt in seiner Entscheidung klar, dass lediglich für Cookies, die für den Betrieb der Webseite technisch notwendig sind – also etwa zur Darstellung oder für die Nutzung der Warenkorbfunktion einer Webseite – keine Einwilligung des Nutzers notwendig ist. Für alle darüber hinausgehenden Verwendungszwecke, insbesondere zu Trackingzwecken, zu denen Cookies genutzt werden, z. B. zur Erfassung des Nutzerverhaltens für Werbung oder für umfangreiche Analysedienste wie Google Analytics, ist nun eine Einwilligung des Nutzers erforderlich.

Trotz des Urteils ist aus unserer Sicht jedoch noch nicht abschließend geklärt, ob die Erforderlichkeit einer Einwilligung auch für Cookies gilt, die – unter Ausschluss der Weitergabe von Informationen über den Nutzer an Dritte – lokalen, also auf dem eigenen Server eingebundenen, Statistikdiensten wie z. B. Matomo dienen. Da der Einsatz nach dem Datenschutzrecht ggf. über ein berechtigtes Interesse gerechtfertigt wer-

den könnte, würde das Telemedienrecht insofern sogar strenger als das Datenschutzrecht sein, obwohl die Cookie-Richtlinie gerade Letzteres fördern möchte.

#### Fazit

Cookies zu Diensten, 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 auf der Startseite. Gerne unterstützen wir Sie im Rahmen einer datenschutzrechtskonformen Formulierung und Gestaltung des Cookie-Banners.

› [Rechtsanwalt Alexander Gottwald, EMBA,](#)  
[Externer Datenschutzbeauftragter \(GDDcert. EU\)](#)

### *Datenschutzrecht*

#### **Datenschutzverstoß – 14,5 Millionen EUR Bußgeld**

Über diese Summe ist Ende Oktober 2019 der Wohnungsgesellschaft Deutsche Wohnen SE ein Bußgeldbescheid des Berliner Landesdatenschutzbeauftragten zugegangen. Die Strafzahlung wäre die bislang höchste in der Bundesrepublik und damit der zweithöchste Bußgeldbescheid in der EU. Bereits Anfang 2019 war gegen Google in Frankreich ein Rekordbußgeld in Höhe von 50 Millionen EUR verhängt worden.

Hintergrund des Bußgeldbescheids ist ein Verstoß gegen die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), den der Berliner Landesdatenschutzbeauftragte festgestellt hat. Die Deutsche Wohnen SE speichert umfangreiche Daten von Bewerbern und Mietern in einem System, woraus die Daten auch nach Ablehnung der Bewerbung oder Auszug des Mieters nicht mehr gelöscht werden können. Zu den Bewerber- und Mieterdaten gehören auch umfassende Angaben über persönliche und finanzielle Verhältnisse, u. a. Gehaltsbescheini-

gungen, Versicherungsdaten oder Auszüge aus Arbeits- und Ausbildungsverträgen und damit äußerst sensible Daten, die nach Art. 17 der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) zu löschen sind, sobald sie für den Zweck, zu dem sie erhoben worden sind, nicht mehr notwendig sind. Dies ist regelmäßig der Fall, sobald eine Bewerbung abgelehnt wurde oder der Mieter ausgezogen ist sowie etwaige gesetzlichen Aufbewahrungsfristen abgelaufen sind.

In der mangelnden Löschmöglichkeit liegt nach Ansicht des Berliner Datenschutzbeauftragten darüber hinaus ein Datenschutzverstoß gegen Art. 25 DSGVO, der die Pflicht zur datenschutzfreundlichen Gestaltung von Software vorsieht. Dementsprechend muss die Software auch eine Möglichkeit zur Löschung von Daten vorsehen.

Bemerkenswert ist die Datenschutzverletzung auch deshalb, weil sie der Berliner Datenschutzbeauftragte bereits 2017

festgestellt und der Deutschen Wohnen SE sogar die Möglichkeit zur Abhilfe eingeräumt hatte. Bis zu einem Folgetermin eineinhalb Jahre später seien die Mängel jedoch nicht im genügenden Maße abgestellt worden.

Der Strafraumen der DSGVO sieht Bußgelder in Höhe von bis zu 20 Millionen EUR oder, sofern höher, bis zu 4 % des weltweiten Jahresumsatzes und nähert sich damit den empfindlichen Bußgeldern des Kartellrechts an. Für kirchliche Einrichtungen liegt der Strafraumen bei lediglich 500.000 EUR. Letzteres ist vor allem deshalb bemerkenswert, weil vor der Datenschutzreform für kirchliche Einrichtungen keinerlei Sanktionen im Falle von Datenschutzverletzungen drohten.

#### **Fazit**

Zur Gewährleistung eines wirksamen Datenschutzmanagement-Systems im Unternehmen sollten zu Anfang der Umsetzung der Vorgaben des Datenschutzes im Unternehmen und sodann in regelmäßigen Abständen Audits zur Feststellung des Datenschutzniveaus und des jeweiligen Handlungsbedarfs durchgeführt werden. Gerne unterstützen wir Sie dabei.

- › [Rechtsanwalt Alexander Gottwald, EMBA,](#)  
[Externer Datenschutzbeauftragter \(GDDcert. EU\)](#)

## **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](http://www.solidaris.de) mit sofortiger Wirkung abbestellen. Wir sind stets bemüht, unseren Service für Sie optimal zu gestalten – daher zögern Sie bitte 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](mailto:i.panayotov@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.

## **Impressum**

**Solidaris Rechtsanwalts-gesellschaft mbH**

51149 Köln, Von-der-Wettern-Str. 11

51152 Köln, Postfach 92 02 55

E-Mail: [info@solidaris.de](mailto:info@solidaris.de)

Website: [www.solidaris.de](http://www.solidaris.de)

Geschäftsführer: Dr. Axel Stephan Scherff

Sitz der Gesellschaft: 51149 Köln

Registergericht: Amtsgericht Köln, HRB 69691