



LKC Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Possartstraße 21  
81679 München

Telefon: +49 89 2324169-0  
E-Mail: [newsletter-recht@lkc.de](mailto:newsletter-recht@lkc.de)  
[www.lkc-recht.de](http://www.lkc-recht.de)

A member of HLB International. A world wide network of independent accounting firms and business advisers.

**INHALTSÜBERSICHT**

**SEITE**

1. <b>Transparenzregister - Übergangsfristen laufen 2022 aus</b>	<b>1</b>
2. <b>Kein Fortbestand der Rechts- und Parteifähigkeit einer britischen Limited („Ltd.“) mit Verwaltungssitz in Deutschland</b>	<b>3</b>
3. <b>EU Datengesetz – Zugang zu Industriedaten für den Mittelstand</b>	<b>4</b>
4. <b>Arbeitgeberseitige Kontrolle der Nutzung unternehmenseigener Betriebs-IT</b>	<b>6</b>
5. <b>Sonderzahlungen im Arbeitsverhältnis – ein Überblick mit Praxishinweisen</b>	<b>7</b>
6. <b>Das neue Statusfeststellungsverfahren</b>	<b>9</b>
7. <b>BGH zur coronabedingten Geschäftsschließung</b>	<b>10</b>

**Handels- und Gesellschaftsrecht**

Transparenzregister - Übergangsfristen laufen 2022 aus. Handlungsempfehlungen und Unterstützung bei Vornahme verpflichtender Eintragungen

**Dr. Sandro Ulrici**

Rechtsanwalt

[sandro.ulrici@lkc.de](mailto:sandro.ulrici@lkc.de)  
Telefon: 089 2324169-0



Die Regelungen zum Transparenzregister (§§ 18 ff. GwG) wurden durch das zum 01.08.2021 in Kraft getretene Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetz („TraFinG“), nochmals verschärft, insbesondere wurde das Transparenzregister von einem Auffangregister zu einem Vollregister. Sämtliche transparenzpflichtigen Gesellschaften und Vereinigungen müssen ihren wirtschaftlich Berechtigten selbst ermitteln und dem Transparenzregister (geführt durch den Bundesanzeiger Verlag) elektronisch zur Eintragung mitteilen. Die Übergangsfristen hierzu laufen im Jahr 2022 aus.

**Was muss gemeldet werden?**

Dreh- und Angelpunkt der Mitteilung ist der **„wirtschaftlich Berechtigte“**, andere Begrifflichkeiten sind: KYC (Know Your Customer), UBO (Ultimate Beneficial Owner) oder EKS (Eigentümer- und Kontrollstruktur). Als wirtschaftlich

Berechtigte sind nur natürliche Personen anzusehen. Die zur Meldung Verpflichteten müssen hierzu Informationen einholen, aufbewahren, auf aktuellem Stand halten und an das Register übermitteln.

Bei mehrstöckigen Beteiligungsketten gestaltet es sich oft schwierig, den gesetzlichen Anforderungen nachzukommen: Zu ermitteln ist diejenige natürliche Person, die mittelbar über weitere Zwischengesellschaften durch Mehrheit der Stimmrechte oder auf sonstige Weise einen beherrschenden Einfluss auf die Zwischengesellschaften und damit letztlich auf die Gesellschaft selbst ausüben kann. Dabei sind Treuhandstellungen, Stimmrechtspools und Konsortialverträge in Erfahrung zu bringen und zu beurteilen. Neu ist, dass bei wirtschaftlich Berechtigten mit mehreren Staatsangehörigkeiten nun alle Staatsangehörigkeiten zu melden sind.

## Wer ist mitteilungspflichtig?

Nach § 20 Abs. 1 GwG sind „Juristische Personen des Privatrechts und eingetragene Personengesellschaften“ mit Sitz im Inland mitteilungspflichtig, dies umfasst nahezu **sämtliche Gesellschaftsformen** sowie **rechtsfähige Stiftungen** und Vereine.

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (**GbR**) ist bislang ausgenommen, was sich aber mit der Einführung eines auch dortigen Gesellschaftsregisters durch das MoPeG ab Anfang 2024 für eingetragene Personengesellschaften (eGbR) noch ändern dürfte, soweit diese eGbR Immobilien oder Anteile an Gesellschaften hält.

Für alle anderen Gesellschaften gilt: Bis zum Inkrafttreten des TraFinG war eine Mitteilung an das Transparenzregister nur dann notwendig, wenn sich die Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten nicht aus bestehenden Eintragungen in anderen Registern – wie etwa dem Handelsregister – ergaben. Diese Mitteilungsfiktion wurde aufgehoben: Nun müssen Gesellschaften die Angaben zu ihren wirtschaftlich Berechtigten selbst zum Transparenzregister mitteilen, gleich, ob sich diese Angaben bereits aus öffentlichen Registern ergeben oder nicht. Zuständig für die Mitteilung ist der jeweilige gesetzliche Vertreter eines Mitteilungspflichtigen, der die Angaben auch auf aktuellem Stand halten und ohne Aufforderung korrigieren muss.

Lediglich für eingetragene **Vereine** wurde mit § 20a GwG eine neue Sonderregelung geschaffen: Für diese erstellt die registerführende Stelle anhand der im Vereinsregister eingetragenen Daten eine Eintragung in das Transparenzregister, ohne dass es hierfür einer separaten Mitteilung bedarf – fiktiv wirtschaftlich Berechtigte sind die Vorstandsmitglieder. Es sollten mithin die im Vereinsregister eingetragenen Daten kontrolliert und gegebenenfalls aktualisiert bzw. vervollständigt werden. Die vom Vereinsregister in das Transparenzregister übertragenen Daten müssen vom Verein ggf. ergänzt werden, etwa wenn ein Vorstandsmitglied nicht deutscher Staatsangehöriger ist und/oder seinen Wohnsitz im Ausland hat.

## Übergangsfristen laufen aus!

Für juristische Personen des Privatrechts und eingetragene Personengesellschaften, die bis zum 31.07.2021 nicht zu einer Mitteilung an das Transparenzregister verpflichtet waren, wurden Übergangsfristen für die Eintragung von wirtschaftlich Berechtigten festgelegt (§ 59 Abs. 8 GwG). Die Meldung des wirtschaftlich Berechtigten hat zu erfolgen

- für AG, SE und KGaA bis zum **31.03.2022**,
- für GmbH, (europäische) Genossenschaften oder Partnerschaften bis zum **30.06.2022**,
- in allen anderen Fällen bis spätestens zum **31.12.2022**.

Vorsicht: Die Übergangsfristen gelten nur für solche Unternehmen, die nach bisheriger Rechtslage am 31.07.2021 wegen Ausnahmen und Meldefiktionen nicht zur Meldung verpflichtet waren – mithin nicht für neu gegründete Ge-

sellschaften und nicht für etwaige mitteilungspflichtige Veränderungen ab dem 01.08.2021.

## Geldbußen

Verstöße gegen die Mitteilungspflichten können durch das Bundesverwaltungsamt als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Bei leichtfertigen Verstößen beträgt eine Geldbuße bis zu EUR 100.000, bei vorsätzlichen Verstößen bis zu EUR 150.000 und kann bei schwerwiegenden, wiederholten und systemischen Verstößen auch deutlich darüber liegen.

Für die praxisrelevanten Verstöße (keine, verspätete oder nicht vollständige Mitteilung von wirtschaftlich Berechtigten) hat das Bundesverwaltungsamt einen gesonderten Bußgeldkatalog erstellt. Dieser sieht für Unternehmen bei einfachen Verstößen eine Regelgeldbuße von EUR 500 vor, die nach Faktoren (gleitende Umsatzschwellen, Rechtsform etc.) gewichtet werden. Bei erstmaligem Verstoß, einfacher Fahrlässigkeit und einem Umsatz oder einer Bilanzsumme von EUR 2 Mio. beträgt die Geldbuße EUR 1.500, bei einem Umsatz / Bilanzsumme von EUR 20 Mio. EUR 10.000.

Das Bundesverwaltungsamt hat bis Mitte Januar 2022 insgesamt 760 Bußgeldentscheidungen mit lfd. Nr. Ordnungswidrigkeit, Datum und dem Namen der Gesellschaft veröffentlicht. Es ist davon auszugehen, dass die Anzahl der Ordnungswidrigkeitsverfahren ab dem Auslaufen der Übergangsfristen nochmal deutlich zunehmen werden und – auch wenn aufgrund der dortigen Personalsituation nicht sogleich bearbeitet – im Nachgang als verspätete Meldungen aufgegriffen werden.

## Faktischer Zwang zur Eintragung

Neben den Bußgeldern besteht ein faktischer Zwang, die Mitteilung des wirtschaftlich Berechtigten zeitnah vorzunehmen. Wenn Sie ein Vorhaben mit einem Verpflichteten nach dem GwG planen (z.B. Banken, Notare, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und bei manchen Beratungsinhalten auch Rechtsanwälte), musste dieser bereits bisher *seinerseits* den wirtschaftlich Berechtigten – Ihres Unternehmens – als seinen Vertragspartner ermitteln. Bisher konnte man sich mit etwas Aufwand unter dem Hinweis auf die Mitteilungsfiktion noch mit der Übergangsfrist behelfen. Ab den vorgenannten Stichtagen ist das nicht mehr möglich.

Nummehr sind u.a. die Vorgenannten aber ihrerseits verpflichtet, bei einem Vertragsschluss mit Ihrem Unternehmen, einem Verein, einer Stiftung (i) den wirtschaftlich Berechtigten anhand Unterlagen selbst zu ermitteln, wobei Sie / Ihr Unternehmen verpflichtet sind, die erforderlichen Informationen und Unterlagen zur Verfügung zu stellen (§ 11 Abs. 6 GwG) und (ii) bei Begründung einer *neuen* Geschäftsbeziehung einen Abruf aus dem Transparenzregister mit den Eintragungen zu Ihrem Unternehmen zu tätigen (§ 12 Abs. 3 S. 2 GwG).

Diesen Abruf des wirtschaftlich Berechtigten müssen Banken, Notare, Steuerberater etc. ihrerseits aufbewahren und bei einer Kontrolle durch die Aufsichtsbehörden der jeweiligen Berufsgruppen vorzeigen. Uns sind Fälle bekannt, in denen Aufsichtsbehörden im Rahmen einer Vor-Ort-Prüfung Einsicht in diese Abrufe aus dem Transparenzregister verlangt haben.

Fazit: Ab 01.08.2021, spätestens mit dem Ablauf der vorstehenden Übergangsfristen in 2022 muss für jede Gesellschaft (noch nicht bzgl. einer GbR) ein wirtschaftlich Berechtigter im Transparenzregister eingetragen sein; anderenfalls drohen Bußgelder und mit GwG-Verpflichteten kann keine neue Geschäftsbeziehung abgeschlossen werden.

### Ermittlung des wirtschaftlich Berechtigten, Eintragung und Unterstützung durch LKC

Haben Sie einen *echten* oder sogenannten *fiktiven* wirtschaftlich Berechtigten Ihres Unternehmens bereits zum Transparenzregister gemeldet, sollten Sie diese Angaben auf Aktualität und Vollständigkeit überprüfen und laufend aktuell halten, insbesondere nach Anteilsübertragungen. Wurde noch keine Meldung abgegeben, sollten Sie vor Ablauf der jeweiligen Übergangsfrist aktiv werden.

Die Ermittlung des wirtschaftlich Berechtigten kann bei einfachen Strukturen mit wenigen Gesellschaftern unproblematisch sein. Bei mehrstöckigen verschachtelten

## Gesellschaftsrecht

### Kein Fortbestand der Rechts- und Parteifähigkeit einer britischen Limited („Ltd.“) mit Verwaltungssitz in Deutschland

Die europarechtlich verankerte Niederlassungsfreiheit bildet einen zentralen Kern des europäischen Binnenmarktes. Sie stellt die unionsweite freie Niederlassung von natürlichen Personen, aber auch von Gesellschaften eines Mitgliedsstaates im Gebiet eines anderen Unionstaates rechtlich sicher. Nach der vom EuGH hierzu entwickelten ständigen Rechtsprechung sind Gesellschaftsformen anderer Mitgliedsstaaten in allen anderen Mitgliedsstaaten anzuerkennen, so dass innerhalb des europäischen Binnenmarktes faktisch eine Rechtsformwahlfreiheit bei Gesellschaftsgründungen besteht.

In der Vergangenheit wurde – nicht zuletzt auch, weil von professionellen Dienstleistern propagiert – als billigere Alternative zur Rechtsform der GmbH die britische Limited gewählt, da diese die Vorzüge einer Haftungsabschirmung bei nur ganz geringem Kapitaleinsatz ermöglichte. Dies hat sich mit dem Austritt des Vereinigten Königreiches aus der Europäischen Union („BREXIT“) gravierend geändert. Das Vereinigte Königreich ist bekanntermaßen mit Wirkung zum 01.02.2020 aus der EU ausgetreten.

Beteiligungsebenen oder Konzernstrukturen mit Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsformen, ggf. noch über EU-Ausland oder Drittstaaten, kann diese Ermittlung auch mehrere Tage in Anspruch nehmen, zumal für eine „Kontrolle auf sonstige Weise“ (eigentlich) sämtliche Verträge in der Beteiligungskette bekannt sein müssen und zu sichten sind. Diese Unterlagen müssten Sie bei anderen vorgenannten Vertragspartnern als GwG-Verpflichtete aber ohnehin vorlegen, da jene die Eigentums- und Kontrollstruktur *in Erfahrung* bringen müssen (§§ 10 Abs. 1 Nr. 2 u. 11 Abs. 6 S. 1 GwG).

Auf Beratungsebene durch Externe sind zwei Ebenen zu unterscheiden. Die *Mitteilung* des wirtschaftlich Berechtigten an das Transparenzregister kann durch Dritte wie Servicedienstleister, Konzernobergesellschaften oder ihren Steuerberater erfolgen. Die *Ermittlung* des wirtschaftlich Berechtigten stellt nach derzeit überwiegender Auffassung eine Rechtsberatung nach dem RDG dar, hierzu dürfen Rechtsanwälte und u.a. Wirtschaftsprüfer beraten.

### Wir helfen Ihnen

Wenn Sie hinsichtlich Ihrer Mitteilungspflichten unsicher sind, kontaktieren Sie uns. Gerne unterstützen wir Sie mit unserem Kompetenzteam aus Rechtsanwälten und Fachmitarbeitern bei der Auf- bzw. Vorbereitung Ihrer Mitteilungspflichten und/oder nehmen die Mitteilung an das Transparenzregister in Abstimmung mit Ihnen für Sie vor. ■

### Dr. Alexander Frank

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Steuerrecht  
alexander.frank@lkc.de  
Telefon: 089 2324169-0



Bereits Anfang des Jahres 2021 hatte der Bundesgerichtshof in einem Registerverfahren (BGH, Beschl. vom 16.02.2021 - II ZB 25/17) entschieden, dass nach dem Austrittszeitpunkt eine britische Limited in der BRD nicht mehr die Niederlassungsfreiheit für sich in Anspruch kann. Auch auf Vertrauensschutz könne sich die Limited nicht berufen, da der Gesetzgeber in Ansehung des bevorstehenden BREXIT bereits im Jahr 2019 die Möglichkeit eröffnet hatte, die Gesellschaft im Wege der Verschmelzung noch in eine deutsche Gesellschaft zu überführen (§ 122m UmwG m.W.v. 01.01.2019). Britische Limiteds, die nicht rechtzeitig ihre Rechtsform geändert haben, haben insoweit ihre Existenz als juristische Person verloren und sind – je nach Ausgestaltung des Einzelfalles – als Einzelunternehmen, GbR oder OHG mit **voller persönlicher Haftung der Gesellschafter** einzuordnen.

Eine jüngere Entscheidung des OLG München (OLG München v. 05.08.2021) knüpft an diese, mittlerweile als gefestigt anzusehende Rechtsauffassung an und hat klargestellt, dass eine britische Limited konsequenterweise vor Gericht weder Rechts- noch Parteifähigkeit besitzt. Es hat dabei ausdrücklich betont, dass auch das Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich keine andere rechtliche Beurteilung zulasse.

Das von der Limited gerichtlich geltend gemachte Begehren wurde daher im Ergebnis als bereits unzulässig zurückgewiesen.

Unternehmen und Unternehmer, die sich weiterhin der Rechtsform der britischen Limited bedienen, sind daher

gut beraten, diese Situation nunmehr endgültig zu bereinigen. Bislang war der BREXIT schwerpunktmäßig insoweit unter dem Aspekt der persönlichen Haftung beleuchtet worden; die genannte Entscheidung des OLG München betraf indes einen Fall, in welchem im Namen der Limited Ansprüche geltend gemacht werden sollten. ■

## Datenrecht und Data Compliance

### EU Datengesetz – Zugang zu Industriedaten für den Mittelstand

Am 23.02.2022 hat die EU-Kommission ihren Vorschlag eines EU Datengesetzes (Data Act) vorgelegt.

#### Kleine und mittlere Unternehmen („KMU“) sollen ausdrücklich unterstützt werden

Nach der Schockwelle, die 2018 die *EU Datenschutzgrundverordnung* (DSGVO) in der Gesamtwirtschaft ausgelöst hat, will die Kommission jetzt ausdrücklich kleinen und mittleren Unternehmen mit dem Datengesetz das Leben erleichtern, statt sie zusätzlich zu belasten. Schon 2020 hat die Kommission in ihrer „Europäische Datenstrategie“ das klare Ziel vorgegeben, „die Chancen zu ergreifen, die sich aus der stetig wachsenden Erzeugung und Nutzung von Daten ergeben“ und zu bewirken, dass für europäische Unternehmen „mehr Daten für eine Verwendung in der Wirtschaft zur Verfügung“ stehen. Der erste Schritt war Ende 2020 das *EU Daten-Governance-Gesetz*, auf das sich Rat und Parlament im November 2021 einigen konnten. Mit dem *Datengesetz* folgt nun der für Unternehmen wichtige zweite Schritt. Darin sollen klarere Regeln für die wirtschaftliche Nutzung von Daten geschaffen werden.

#### Freie Datennutzung für Alle?

Daten sind eine wirtschaftliche Ressource, einerseits für die Entwicklung völlig neuer Produkte und Dienstleistungen, andererseits auch für die Verbesserung von bereits bestehenden konventionell hergestellten Produkten und Diensten. Für die wirtschaftliche Verwertbarkeit von Daten sind der Phantasie keine Grenzen gesetzt. Endlos ist die Liste der Beispiele: Intelligente Kühlschränke, intelligente Haustechnik, extrem digitalisierte Fahrzeuge – nicht nur Autos, auch Landmaschinen oder Fahrräder –, digitale Landwirtschaft – Bewässerung oder Kuhstall –, digitale Sportschuhe oder Ski mit Chips usw. Mittelständische Innovation hat hier unendliche Potentiale, die bisher vor allem von Silicon-Valley-Unternehmen abgeschöpft werden. Das scheint die EU-Kommission nun ändern zu wollen. Nicht nur digitalisierte Maschinen, sondern Produkte jeder Art produzieren täglich Unmengen neuer Industriedaten. Laut Kommission werden bislang 80% aller Industriedaten nie genutzt.

#### Dr. Holger Jahn

Rechtsanwalt

holger.jahn@lkc.de

Telefon: 089 2324169-0



Doch wem „gehören“ diese Daten? Wer darf sie nutzen? Die DSGVO wird in Europa als Hindernis empfunden, sie wird künftig – trotz Datengesetz – unverändert weitergelten. Bei genauer Betrachtung finden sich schon heute in der DSGVO wirtschaftlich vernünftige Grundgedanken: Schon heute kann die in der DSGVO geregelte „Datenübertragbarkeit“ für die wirtschaftliche Nutzung personenbezogener Daten helfen. Doch was ist mit Daten, die nicht personenbezogen sind – insbesondere Maschinendaten, wem gehören sie und wer darf sie nutzen? Hier gibt es noch viele drängende offene rechtliche Fragen. Die Unklarheiten will die Kommission mit dem Datengesetz beseitigen. Es soll regeln, wie Konsumenten und Unternehmen Daten einsehen, kopieren oder übertragen dürfen.

#### Bisherige Situation

Unternehmen finden weltweit – in Europa, Amerika und Asien – sehr unterschiedliche rechtliche Voraussetzungen für die Nutzung von Industriedaten vor:

Die **Europäische Union** hatte sich – anders als die USA und China – 2018 mit der DSGVO für eine sehr starke Betonung des Schutzes personenbezogener Daten bezogen. Informationelle Selbstbestimmung als Teil der Menschenwürde spielt in Europa eine andere Rolle, als im anglo-amerikanischen oder asiatischen Raum. Hinsichtlich der wirtschaftlichen Datennutzung hat die EU bis jetzt auf eine Regelung verzichtet.

In den **USA** dagegen hat der für andere Bundesstaaten trendsetzende *California Consumer Privacy Act* ab 2020 Daten als wirtschaftliches Gut eingeordnet, das der Daten erzeugende Verbraucher übertragen und dabei zu Geld machen kann. So entsteht eine Art „Daten-Eigentum“.

In **China** dagegen hat das *Chinese Cybersecurity Law* sich nationalökonomisch für den unbegrenzten staatlichen Zugriff auf alle Daten von „nationalem Interesse“ entschieden. Obwohl China inzwischen die europäische DSGVO fast identisch übernommen hat, gilt sie letztlich nicht für den chinesischen Staat. Für Unternehmen existentielle Fragen des Geheimnisschutzes bleiben dabei offen.

Schon zur Sicherstellung der Daten-Compliance entscheiden sich deshalb global tätige Unternehmen oft, ihre Daten nicht in einem einzigen Datenspeicher, sondern nach Großräumen getrennt gleich in mehreren „Daten-Seen (Data Lakes)“ genannten Datenräumen zu speichern.

Schon zur Sicherstellung der Daten-Compliance entscheiden sich deshalb global tätige Unternehmen oft, ihre Daten nicht in einem einzigen Datenspeicher, sondern nach Großräumen getrennt gleich in mehreren „Daten-Seen (Data Lakes)“ genannten Datenräumen zu speichern. In separaten EU-, US- und China-DataLakes kann den regional geltenden rechtlichen Anforderungen durch unterschiedliche Kategorisierung der Daten Rechnung getragen werden.

### Ein eigener europäischer Weg

Die Europäische Union schlägt nun – mit dem Bündel aus DSGVO, Daten-Governance-Gesetz und Datengesetz – für die Datenwirtschaft der gesamten EU einen eigenen Weg ein. Selbst gesetztes Ziel der EU ist die globale Wettbewerbsfähigkeit Europas bei gleichzeitiger Wahrung gemeinsamer europäischer Werte. Für die Wirtschaft zentral wird hierbei vor allem das vorgelegte neue Datengesetz werden, dem noch weitere sektorenspezifische Gesetze folgen sollen, beispielsweise für die Automobilindustrie oder die Finanzwirtschaft. Vor allem hat die Kommission vor, das strategische Großprojekt des Aufbaus EU-weiter, interoperabler Datenräume (in den Sektoren Industriefertigung, Mobilität, Gesundheit, Finanzen, Energie, Agrar, „Grüner Deal“, etc.) voranzutreiben, um einen europäischen Datenraum und eine europäische Cloud zu schaffen.

### Vorgeschlagene Regelungen

Neben dem für Verbraucher und Unternehmen erleichterten Wechseln des Cloudanbieters sind aus dem vorgeschlagenen Datengesetz folgende neue Regelungen hervorzuheben:

#### 1. Gemeinsame Datennutzung und doch Geheimnisschutz

Von vernetzten Geräten erzeugte Daten werden häufig ausschließlich von Herstellern der Geräte gesammelt und genutzt, meist auf Grundlage einseitiger vertraglicher Regelung.

Das Datengesetz soll klarstellen, wer aus diesen Daten Wert schöpfen kann und zu welchen Bedingungen. Dabei soll ein freierer Zugang zu den Daten und eine gemeinsame Nutzung der Datensätze möglich, doch gleichzeitig die Belange der Gerätehersteller berücksichtigt werden. Kein Hersteller muss direkten Wettbewerbern relevante Daten überlassen. Keiner soll Daten zur Entwicklung oder Verbesserung von Wettbewerbsprodukten beim Hersteller abgreifen dürfen.

So begrüßenswert der leichtere Zugang zu Industriedaten für mittelständische Unternehmen grundsätzlich ist, darf als Kehrseite nicht verschwiegen werden, dass dem Hersteller von Produkten und Dienstleistungen dadurch eine neue Last auferlegt wird, dass er die – bisher ihm allein zugänglichen Daten – nun für Dritte zugänglich ma-

chen muss. Die Kommission will für diese Belastung einen wirtschaftlichen Ausgleich vorschreiben, der ausreichend Anreize schaffen soll, auch künftig hochwertige Industriedatensätze zu schaffen.

Ob die neue Zugänglichkeit der Industriedaten für mittelständische Hersteller primär eine wirtschaftliche Chance oder nur zusätzliche Kosten bedeutet, wird sich erst später herausstellen.

#### 2. Schutz kleiner Unternehmen vor missbräuchlichen Vertragsklauseln

In Vertragsverhandlungen mit großen Software-Unternehmen werden deren Konditionen regelmäßig diktiert und nicht verhandelt. Um KMU vor missbräuchlichen Vertragsklauseln zu schützen verbietet das Datengesetz bestimmte einseitige Klauseln. Beispielsweise darf KMU für die Überlassung von Industriedaten vom überlassenden Hersteller der Daten nicht mehr in Rechnung gestellt werden als die Kosten der Zurverfügungstellung. Als Unterstützung der Kleinen gegen die Verhandlungsmacht der Großen wird die Kommission ausgewogene Mustervertragsbedingungen für Verträge über die gemeinsame Datennutzung erarbeiten und empfehlen. Dies soll KMU und auch Start-ups helfen. Solche Standard-Konditionen sind zwar rechtlich nicht verbindlich, schaffen aber einen Vergleichsrahmen, der in Vertragsverhandlungen herangezogen werden kann. Prinzipiell ein Konzept, mit dem bspw. in der Automobilindustrie durch empfohlene Vertragskonditionen zwischen Hersteller und Zulieferer, durchaus vernünftige ausgewogenere Ergebnisse erzielt worden sind. Der Inhalt der angekündigten EU-Mustervertragsbedingungen wird mit Interesse zu lesen sein.

#### Fazit und Ausblick

Grundsätzlich ist es zu begrüßen, dass die EU mit dem Datengesetz ihre europäische Datenstrategie endlich weiter konkretisieren will, denn heute klaffen große Regelungslücken, die schnell geschlossen werden sollten, um global wettbewerbsfähig zu werden. Der Zeitrahmen sollte möglichst nicht noch mehr in die Länge gezogen werden. Das Datengesetz wurde nun dem Rat der Europäischen Union und dem Europaparlament vorgelegt. Als nächstes müssen Rat und Parlament sich dazu positionieren, damit ist nicht vor Herbst 2022 zu rechnen. ■

# Arbeitgeberseitige Kontrolle der Nutzung unternehmenseigener Betriebs-IT

Johanna Firsching

Rechtsanwältin

johanna.firsching@lkc.de  
Telefon: 089 2324169-0



## Arbeitgeberseitige Kontrolle der Nutzung unternehmenseigener Betriebs-IT

Nicht erst seit Geltung der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), des neuen Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) und der Änderungen im Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) zum Dezember 2021, die auch Änderungen im Arbeitnehmerdatenschutz mit sich brachten, sehen sich Arbeitgeber immer wieder vor dem rechtlichen Problem, wann und in welchem Umfang auf E-Mail-Postfächer sowie sonstige zur Verfügung gestellten Betriebsmittel wie Smartphones, Tablets und PCs ihrer Mitarbeiter zugegriffen werden kann. Hierbei steht in vielen Fällen nicht der Wunsch zur Verhaltens- und Leistungskontrolle der Mitarbeiter im Vordergrund. Vielmehr entsteht das Bedürfnis zum Zugriff oftmals dann, wenn Mitarbeiter unvorhergesehen für eine längere Zeit erkranken, ausscheiden oder in sonstigen Fällen, wie Urlaub oder Elternzeit, betrieblich abwesend sind und hierfür keine Vorkehrungen getroffen wurden.

Zwingend erforderlich ist hier zunächst die Unterscheidung, ob der Arbeitgeber die Betriebs-IT, die er seinen Mitarbeitern zur Verfügung stellt, nur zur rein dienstlichen Nutzung überlässt oder aber neben der dienstlichen auch ausdrücklich eine private Nutzung gestattet. Denn je nachdem ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht des jeweiligen Arbeitnehmers unterschiedlich stark betroffen, sodass der Arbeitgeber bei seiner Kontrolle und einem Zugriff verschiedene, insbesondere datenschutz- und telekommunikationsrechtliche Regelungen und Vorgaben einzuhalten hat. Denn eines der wichtigsten Credos im Datenschutzrecht ist der Grundsatz, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten nur dann erlaubt ist, wenn eine Erlaubnisnorm greift oder der betroffene Mitarbeiter sein Einverständnis gegeben hat.

### Rein dienstliche Nutzung der Betriebs-IT

Stellt der Arbeitgeber Betriebsmittel zur Verfügung, ohne die Privatnutzung ausdrücklich zuzulassen, gilt der Grundsatz, dass Betriebsmittel nur dienstlich genutzt werden dürfen und deshalb eine Privatnutzung nicht erlaubt ist. Insofern werden dem Arbeitgeber gewisse Kontrollrechte eingeräumt, um schon die Einhaltung des Verbots zu überprüfen.

Die Erlaubnisnorm des § 26 Abs. 1 und 2 BDSG gestattet dem Arbeitgeber die Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten u.a. dann, wenn dies zur Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses *erforderlich* ist. Hier ist stets eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen und die Interessen des Arbeitgebers am Zugriff auf die Betriebsmittel des Arbeitnehmers wie dem E-Mail-Post-

fach, dem Smartphone oder Internetserver mit denen des Arbeitnehmers am Nichtzugriff abzuwägen. Den mittelbar wirkenden Grundrechten des Arbeitgebers auf freie unternehmerische Betätigung (Art. 12, 14 GG) und den Persönlichkeitsrechten der Arbeitnehmer kommen dabei eine entscheidende Rolle zu. Bei rein dienstlich veranlasseter Nutzung sind die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers in weitaus geringerem Maße betroffen, weshalb eine Interessenabwägung unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der Regel zugunsten der unternehmerischen Freiheit des Arbeitgebers ausfallen wird. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer regelwidrig sein dienstliches E-Mail-Postfach oder Smartphone auch privat nutzt. Schließlich stellt in diesem Fall jede private Nutzung eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung des Arbeitnehmers dar, weshalb dieser hier einem Zugriff kein schützenswertes Interesse entgegenhalten kann. Trotzdem muss aber die Verarbeitung personenbezogener Daten stets dem Zweck der Verarbeitung angemessen sein sowie auf das notwendige Maß beschränkt werden. Eine Überprüfung ist demnach stichprobenartig und insoweit rechtlich zulässig, wie es zur Aufklärung einer Pflichtverletzung, zur Kontrolle der Einhaltung der IT-Sicherheitsregeln oder zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs erforderlich ist. Eine umfassende, gar eine automatisierte Überwachung der E-Mails oder des Smartphones ist unzulässig. Bei längerer Abwesenheit des Mitarbeiters aufgrund von Krankheit, Urlaub oder auch im Falle des Ausscheidens ist der Arbeitgeber ohne Weiteres berechtigt, automatische Antworten vom E-Mail-Account des Mitarbeiters zu senden mit dem Hinweis, dass der Mitarbeiter derzeit nicht erreichbar ist oder der E-Mail-Account nicht mehr aktiv genutzt wird. Es kann ferner in dieser Antwortmail ein anderer Adressat hinterlegt werden. Für den Fall des Ausscheidens des Mitarbeiters ist eine Weiterleitung eintreffender E-Mails für zumindest eine Übergangszeit nach Kündigungsausspruch ohne dessen Einwilligung möglich, da in einem solchen Fall davon ausgegangen werden kann, dass das Interesse des Arbeitgebers am Fortgang der Geschäftsbeziehungen überwiegt.

### Gestattung auch der privaten Nutzung der Betriebs-IT

Bei erlaubter Privatnutzung ist nun seit der Gesetzesänderung zum 01.12.2021 das TTDSG zu beachten. Zwar ist umstritten, ob der Arbeitgeber in diesem Fall als Diensteanbieter im Sinne des Gesetzes anzusehen ist, wird aber nach wie vor von den Aufsichtsbehörden trotz einiger entgegenstehender Urteile überwiegend bejaht. Dies hat die Konsequenz, dass er an das Fernmeldegeheimnis des § 3 Abs. 3 S. 1 TTDSG (§ 88 Abs. 2 S. 1 TKG a.F.) gebunden ist und dementsprechend Datenschutzvorschriften unterliegt. Zugleich bedeutet dies, dass sich der Arbeitgeber bei einer Verletzung des Fernmeldegeheimnisses gemäß § 206 Strafgesetzbuch (StGB) strafbar machen kann.

Diese Frage war schon vor der Gesetzesänderung weder höchstrichterlich entschieden noch durch den Gesetzgeber eindeutig geklärt und wurde nun auch im Rahmen der Einführung des TTDSG trotz diverser Stellungnahmen offen gelassen. Demnach sollten Arbeitgeber schon zur Vermeidung etwaiger Strafbarkeit auch künftig davon ausgehen, Diensteanbieter zu sein und demzufolge das Fernmeldegeheimnis einhalten.

Der Arbeitnehmer kann bei erlaubter Privatnutzung davon ausgehen und darf darauf vertrauen, dass der Arbeitgeber seine Privatsphäre wahrt und sie nicht unzulässig verletzt. An die Zulässigkeit von Zugriffen auf die Betriebs-IT bei auch privater Nutzung sind daher hohe Anforderungen zu stellen. Ein Zugriff hierauf ist laut Rechtsprechung grundsätzlich tabu und nur im absoluten Ausnahmefall möglich. Auch eine (automatische) Weiterleitung von E-Mails oder Rufumleitung für den Fall der urlaubs- oder krankheitsbedingten Abwesenheit sowie nach dem Ausscheiden eines Mitarbeiters ist unzulässig und nur mit einer Einwilligung des (ehemaligen) Mitarbeiters möglich. Will der Arbeitgeber folglich bei gestatteter Privatnutzung auf die Betriebs-IT (E-Mail-Postfach, Server, Telefon) zugreifen, ist hier eine individuelle Einwilligung der Mitarbeiter erforderlich. Denn sowohl in Beschränkungen von Art. 10 GG als auch in § 3 TTDSG (§ 88 TKG a.F.) kann nach allgemeiner Ansicht eingewilligt werden. Die Einwilligungserklärung kann vom Arbeitnehmer sowohl zu Beginn bzw. während des laufenden Arbeitsverhältnisses, als auch erst beim Ausscheiden abgegeben werden. Eine Betriebsvereinbarung oder AGBs genügen allerdings nicht und können eine individuelle Zustimmung zu Eingriffen in die Telekommunikationsfreiheit nicht ersetzen.

#### **Praxistipp: Individuelle Einwilligung einholen!**

Am besten beraten sind Arbeitgeber sicherlich, wenn sie die private Nutzung der zur Verfügung gestellten Betriebs-IT generell untersagen, denn die Erlaubnis der Privatnut-

zung führt zu einer massiven Beschränkung der arbeitgeberseitigen Kontrollbefugnisse.

Soll eine private Nutzung aber ermöglicht werden, empfehlen wir, diese an Bedingungen und konkrete Nutzungsregelungen (zeitlicher Umfang, Verhaltensregeln etc.) sowie vor allem Zugriffs- und Kontrollmöglichkeiten zu knüpfen. Für Letzteres ist eine individualvertragliche Einwilligung des Mitarbeiters erforderlich. Bei der Gestaltung einer solchen Einwilligungserklärung sind die strengen Voraussetzungen des Datenschutzrechts (Art. 7 DSGVO) an die Wirksamkeit von Einwilligungen im Beschäftigtenkontext zu beachten. Wir empfehlen daher folgendes Vorgehen:

1. Der Arbeitgeber hat zunächst eine Vorlage für die schriftliche Einwilligungserklärung eines jeden Mitarbeiters zu erstellen, welche sämtliche Fragen zur Privatnutzung regelt, insbesondere die konkreten Nutzungsregelungen als auch die Zugriffsmöglichkeiten detailliert und für den Arbeitnehmer unmissverständlich darstellt sowie auch sonstige gesetzliche Vorgaben (Widerruffbarkeit) einhält.

2. Sodann hat der Arbeitgeber seinen Mitarbeitern die Möglichkeit der Kenntnisnahme zu geben sowie einen Überlegungszeitraum einzuräumen. Denn ist der Arbeitnehmer ausreichend informiert, welche Zugriffsmöglichkeiten der Arbeitgeber hat, kann er abwägen und sich frei für oder gegen eine private Nutzung mit Zugriffsrechten entscheiden. Auf dieser Grundlage ist die individuelle und schriftliche Einwilligung der einzelnen Beschäftigten einzuholen und wirksam.

Gerne beraten wir Sie bei einer konkreten Ausgestaltung der Nutzungs- und Kontrollmöglichkeiten sowie der Erstellung einer rechtskonformen Einwilligungserklärung für Ihre Mitarbeiter. ■

## **Arbeitsrecht**

### **Sonderzahlungen im Arbeitsverhältnis – ein Überblick mit Praxishinweisen**

Oft gewähren Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern Sonderzahlungen. Das sind neben dem laufenden Arbeitsentgelt zu zahlende Leistungen. Sie können vertraglich festgelegt sein, oder aber auch von Jahr zu Jahr neu festgelegt werden. Sie kommen in einer Vielzahl von Facetten vor und haben ganz unterschiedliche Bezeichnungen: Gratifikation, 13. Monatsgehalt, Sondervergütung, Weihnachtsgeld, Bonus.

#### **Typen von Sonderzahlungen**

Sonderzahlungen lassen sich in folgende Typen unterteilen:

#### **Tobias Schwartz**

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht u.  
Handels- u. Gesellschaftsrecht  
tobias.schwartz@lkc.de  
Telefon: 089 2324169-0



- Leistungsbezogene Zahlungen: Aufgrund von Zielvereinbarungen, als Garantiebonus, übertarifliche Zulagen und zweckgebundene Zulagen
- Leistungen für Treue: Anwesenheits- und Halteprämien, Antrittsprämien und Treueprämien
- Umsatzabhängige Zahlungen: Vertriebsboni, Akkordprämien und Provisionen
- Gewinn- und erfolgsabhängige Gehaltskomponenten: Z.B. Tantiemen

Empfehlenswert ist es stets, dass sich der Zweck der Sonderzahlung aus der Formulierung der Zahlungsabrede selbst ergibt. Legen Sie immer exakt fest, für welchen Zweck genau eine Sonderzahlung erbracht werden soll.

### **Sonderfall: Sonderzahlung ohne vertragliche Abrede**

Es gibt echte freiwillige Leistungen, mit denen sich ein Arbeitgeber gerade nicht bindet. Entscheidend hierbei ist, dass ein Arbeitgeber bei der Leistung der freiwilligen Zahlung keine rechtsgeschäftliche Bindung eingeht und sich auch nicht widersprüchlich verhält. Freiwillige Leistungen ohne Bindung für die Zukunft sind möglich, wenn der Arbeitgeber die in Rede stehende Leistung nie zugesagt hat und bei der tatsächlichen Zahlung zudem deutlich macht, dass aus der Zahlung, auch wenn sie wiederholt erfolgt, für die Zukunft gerade kein Anspruch entstehen soll.

Allerdings sind solche freiwilligen Zahlungen tatsächlich (nahezu) ohne jede steuernde Wirkung. Zudem sollte bei jeder Zahlung ein entsprechender Vorbehalt gegenüber jedem Arbeitnehmer erklärt werden, damit bei mehrfacher Gewährung kein Anspruch aus betrieblicher Übung entstehen kann.

### **Leistungsbezogene Zahlungen**

Leistungsbezogene Zahlungen betreffen Sonderzahlungen mit reinem Entgeltcharakter. Oft werden derartige Sonderzahlungen ausdrücklich als „13. Gehalt“ o. Ä. bezeichnet.

Ohne eine besondere Bestimmung ist eine Sonderzahlung Entgelt! Diese Sonderzahlung steht dann in einem Austauschverhältnis zur Arbeitsleistung. Leistungen, wie eine Weihnachtsgratifikation, welche allerdings keine einschränkenden Voraussetzungen enthält, ist nach heutiger Rechtsprechung ausschließlich als Arbeitsentgelt zu betrachten.

### **Sonderzahlungen zur Belohnung der Betriebstreue**

Wenn Sie mit einer Sonderzahlung ausschließlich die Betriebstreue Ihrer Arbeitnehmer honorieren möchten, muss dies in der Klausel ausdrücklich formuliert und klargestellt werden. Sie müssen verdeutlichen, dass es auf die Arbeitsleistung in dem fraglichen Zeitraum nicht ankommt und daher eine Zahlungspflicht ausschließlich davon abhängt, ob das Arbeitsverhältnis an einem bestimmten Stichtag noch besteht.

### **Zahlungen für erbrachte Umsätze sowie Gewinnbeteiligungen**

Provisionen, Tantiemen, das 13. Monatsgehalt, Prämien, Zahlungen für besondere Erfolge oder Leistungen sind in aller Regel Sonderzahlungen mit Entgeltcharakter.

### **Freiwilligkeitsvorbehalte, Bindungsfristen, Stichtagsklauseln & Co.**

13. Gehälter, erfolgsabhängige Vergütungen sowie arbeitsleistungsbezogene Sonderzahlungen werden zeitanteilig verdient. Freiwilligkeitsvorbehalte sind diesbezüglich nicht zulässig. Diese Zahlungen mit reinem Entgeltcharakter sind bei vorzeitigem Ausscheiden anteilig zu zahlen. Klauseln, die eine vollständige Auszahlung beispielsweise eines 13. Gehalts zusätzlich an das Bestehen eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses bindet, sind stets unwirksam.

Gewinn- oder Ergebnisbeteiligungen, Zahlungen auf Zielvereinbarungen oder ein Leistungsjahresbonus erfolgen unzweifelhaft als Gegenleistung für die erbrachte Arbeitsleistung. Auch hier sind Freiwilligkeitsvorbehalte unwirksam. Die Auszahlung dieser Leistungen erfolgt nach Feststellung des Ergebnisses. Unwirksam sind Klauseln, die die Auszahlung an das ungekündigte Bestehen eines Arbeitsverhältnisses im Auszahlungszeitpunkt festmachen.

Treueprämien; Halteprämien; soziale Leistungen werden gerade nicht zeitanteilig verdient; sie dienen der Honorierung der Betriebstreue. Freiwilligkeitsvorbehalte sollen dennoch nicht zulässig sein. Treue- und Halteprämien sowie soziale Leistungen sind bei einem vorzeitigem Ausscheiden des Arbeitnehmers nicht anteilig zu zahlen. Bei derartigen Zahlungen sind im Übrigen auch Rückzahlungsklauseln in einem gewissen Rahmen durchaus zulässig.

Stichtagsklauseln können letztendlich lediglich bei Sondervergütungen sein, die ausschließlich die Betriebstreue belohnen.

### **Fazit**

Die rechtsgeschäftliche Vereinbarung von freiwilligen Sonderzahlungen ist im Grundsatz nicht möglich. Die freiwillige Erbringung von Sonderzahlungen, die an keinen bestimmten Zweck gebunden sind, ist unter den oben genannten Voraussetzungen nach wie vor möglich. Bei der Vereinbarung aller oben genannten Typen von Sonderzahlungen ist im Übrigen größte Sorgfalt geboten. Der Zweck der jeweiligen Sonderzahlung sollte unmissverständlich und exakt benannt werden. ■



# Das neue Statusfeststellungsverfahren



Die Frage, ob ein Mitarbeiter eine abhängige Beschäftigung oder aber eine selbstständige Tätigkeit ausübt, ist für viele Arbeitgeber von elementarer Bedeutung. Eine falsche Einordnung hat gravierende sozialversicherungs-, arbeits- und u.U. sogar strafrechtliche Konsequenzen. Im Falle von Unklarheiten sah § 7a SGB IV a.F. deshalb vor, den Status auf Anfrage bei der Clearingstelle der DRV Bund klären zu lassen (sog. Statusfeststellungsverfahren).

Bislang wurde im Statusfeststellungsverfahren keine isolierte Entscheidung über das Vorliegen einer Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit getroffen, sondern immer auch über eine Versicherungspflicht in den unterschiedlichen Zweigen der Sozialversicherung (aufgrund abhängiger Beschäftigung). Das Statusfeststellungsverfahren konnte nach bisheriger Rechtslage nur nach Aufnahme einer Tätigkeit eingeleitet werden, da für die Feststellung der Versicherungspflicht die tatsächlichen Verhältnisse und nicht vertragliche Vereinbarungen entscheidend sind. Sozialversicherungsrechtliche Folgen einer selbstständigen Tätigkeit (z.B. die Rentenversicherungspflicht bei einer sog. Solo-Selbstständigkeit gemäß § 2 Nr. 9 SGB VI) blieben gänzlich unberücksichtigt. In der Praxis litt dieses Verfahren insbesondere am Prüfungsumfang, der damit verbundenen langen Verfahrensdauer und verbleibender Unsicherheiten. Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber eine Reform des § 7a SGB IV beschlossen, die am 01.04.2022 in Kraft getreten ist und deren wichtigste Neuerungen hier vorgestellt werden sollen:

### Feststellung des Erwerbsstatus

Die zentrale Änderung des Statusfeststellungsverfahrens findet sich in § 7a Abs. 1 S. 1 SGB n.F. Danach entscheidet die DRV nun nicht mehr über die Versicherungspflicht in der Sozialversicherung aufgrund abhängiger Beschäftigung, sondern über den Erwerbsstatus – abhängige Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit – an sich (sog. Elementenfeststellung). Damit werden auch solche Beschäftigte von der Prüfung erfasst, die zwar in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis stehen, aber nicht sozialversicherungspflichtig sind (z.B. Minijobber). Die Feststellung des Erwerbsstatus bezieht sich dabei grundsätzlich auf ein konkretes Auftragsverhältnis, d.h. eine allgemeine Feststellung der Selbstständigkeit ist nicht möglich.

Mit § 7a Abs. 2 S. 4 SGB IV n.F. wurde eine Bindungswirkung gegenüber anderen Versicherungsträgern eingeführt. Diese beschränkt sich aber ausschließlich auf den Bereich des Sozialversicherungsrechts. So ist es durchaus möglich, dass dieselbe Tätigkeit von den Sozialgerichten als abhängige Beschäftigung angesehen

wird, wohin dagegen die Arbeitsgerichtsbarkeit ein freies Dienstverhältnis annimmt.

Anders als bisher, können die Beteiligten den Antrag auf Erwerbstatusfeststellung nun bereits vor Aufnahme der Tätigkeit stellen (§ 7a Abs. 4a SGB IV n.F.). Um die noch nicht ausgeübte Tätigkeit dabei realitätsnah und zutreffend erfassen zu können, ist nicht nur der verschriftlichte Inhalt des Auftrags zu Grunde zu legen, sondern auch die Angaben der Beteiligten, wie das Vertragsverhältnis konkret ausgefüllt und gelebt werden soll. Die DRV kann den Antrag auf Feststellung des Erwerbsstatus vor Aufnahme der Tätigkeit ablehnen oder eine Entscheidung erst nach Aufnahme der Tätigkeit treffen, wenn die mitgeteilten Umstände keine abschließende Bewertung zulassen. Entschieden sie aber vor Aufnahme der Tätigkeit über den Erwerbsstatus, wird damit eine endgültige Feststellung des Erwerbsstatus getroffen, die nach Aufnahme der Tätigkeit weder einer Bestätigung noch einer weiteren Entscheidung bedarf. Die Beteiligten müssen aber unverzüglich mitteilen, wenn die vertraglichen Regelungen oder die Umstände des tatsächlich gelebten Vertragsverhältnisses von den bei Antragstellung angegebenen, antizipierten Verhältnissen abweichen; die Prognoseentscheidung wird dann mit Wirkung für die Zukunft aufgehoben.

### Reduzierung von Verfahrensdauer und Verwaltungsaufwand

Mit diesem reduzierten Prüfungsumfang sollen die Beteiligten schneller Klarheit erhalten, ob Meldungen gegenüber den jeweiligen Trägern der Sozialversicherung abzugeben sind.

Ebenfalls zur Verfahrensbeschleunigung wurde mit § 7a Abs. 4 S. 2 SGB IV n.F. die Möglichkeit geschaffen, auf eine Anhörung der Beteiligten zu verzichten, wenn einem übereinstimmenden Antrag entsprochen werden soll. Auf die Anhörung kann nicht verzichtet werden, wenn Dritte von der Entscheidung betroffen sind, etwa bei Leiharbeitsverhältnissen.

Eine enorme Erleichterung für viele Arbeitgeber dürfte die durch § 7a Abs. 4b und 4c SGB IV n.F. geschaffene Möglichkeit der Gruppenfeststellung bringen. Bislang musste in dem Fall, dass mehrere Auftragsverhältnisse auf Grundlage einheitlicher Vereinbarungen durchgeführt wurden, die Beurteilung der Versicherungspflicht für jedes Auftragsverhältnis gesondert beantragt werden.

Die Gruppenfeststellung ist eine gutachterliche Beurteilung der DRV über gleichartige Auftragsverhältnisse und ermöglicht den Auftraggebern somit, frühzeitig Gewissheit über den Erwerbsstatus der Auftragnehmer zu erhalten.

Aber Vorsicht: Die Gruppenfeststellung ist nicht als Verwaltungsakt ausgestaltet, sondern als rein gutachterliche Äußerung, womit weder die DRV Bund, noch andere Versicherungsträger an die gutachterliche Äußerung gebunden sind. Sollte das einmal geprüfte Auftragsverhältnis bei einer erneuten Prüfung anders beurteilt werden, sieht § 7a Abs. 4c SGB IV n.F. aus Gründen des Vertrauensschutzes vor, dass eine durch eine abweichende Beurteilung eintretende Versicherungspflicht unter den dort genannten Voraussetzungen regelmäßig erst mit Bekanntgabe des entsprechenden Bescheides eintritt.

### Statusfeststellung in Dreiecksverhältnissen

Bislang bestand erhebliche Rechtsunsicherheit, wie mit Konstellationen des Fremdpersonaleinsatzes umzugehen ist, etwa wenn ein Dienstleister (Auftraggeber) dem Unternehmen (Dritter) projektbezogen einen Spezialisten (Auftragnehmer) zur Verfügung stellt. In Betracht kommen hier vertragliche Beziehungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer, Auftraggeber und Drittem und Auftragnehmer und Drittem, jeweils mit der Gefahr der illegalen Arbeitnehmerüberlassung und ihren Folgen. Die entscheidende Frage für die Beteiligten ist also, ob überhaupt ein Beschäftigungsverhältnis vorliegt und falls ja, zu wem.

Solche Dreiecksverhältnisse konnten bisher nicht abschließend beurteilt werden, da immer nur das jeweilige Zweipersonenverhältnis geprüft wurde und ggf. sogar zwei Statusfeststellungsverfahren durchgeführt werden mussten. Künftig soll die DRV die Tätigkeit umfassend und nicht nur

begrenzt auf jeweils ein Rechtsverhältnis beurteilen. Stellt die DRV ein Beschäftigungsverhältnis fest, ermächtigt § 7a Abs. 2 Satz 2 SGB IV n.F. deshalb zu der ergänzenden Feststellung, ob dieses zu dem Dritten besteht. Voraussetzung ist, dass Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Auftragnehmer in die Arbeitsorganisation des Dritten eingegliedert ist und seinen Weisungen unterliegt. Der Dritte hat, wenn er bei Feststellung einer Beschäftigung als Verpflichteter für die Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags in Betracht kommt, gemäß § 7a Abs. 2 S. 3 SGB IV n.F. ein eigenes Antragsrecht.

### Fazit

Es ist zu erwarten, dass der reduzierte Prüfungsumfang zu einer Beschleunigung des Statusfeststellungsverfahrens führen wird. Zweifelhaft ist aber, ob damit wirklich den Interessen der Beteiligten genügt wird. Eine Beschäftigung alleine führt nicht automatisch zur Versicherungs- und Beitragspflicht. So besteht Versicherungsfreiheit in der Kranken- und Pflegeversicherung, wenn neben der abhängigen Beschäftigung eine selbstständige Tätigkeit hauptberuflich ausgeübt oder die Jahresarbeitsentgeltgrenze überschritten wird. Diese Beurteilung wird künftig nur durch separate Anfrageverfahren nach § 28h Abs. 2 SGB IV bei der jeweils zuständigen Einzugsstelle einzuholen sein – die Praxis wird zeigen, ob Arbeitgeber dann nicht gleich vermehrt auf diese Möglichkeit zurückgreifen. Die befriedigendere Lösung wäre jedenfalls die Schaffung eines Verfahrens gewesen, das die Feststellung von Erwerbsstatus und Versicherungspflicht/-freiheit kombiniert. ■

## Gewerberaummietrecht

### BGH zur coronabedingten Geschäftsschließung

In unserem letzten Newsletter hatten wir über die Tendenzen in der Rechtsprechung zu den Folgen des Lockdowns anhand der bisher zu dieser Thematik ergangenen erstinstanzlichen (Amtsgerichte und Landgerichte) sowie in zweiter Instanz ergangenen (Landgerichte und Oberlandesgerichte) Entscheidungen berichtet. Nun hat der Bundesgerichtshof (BGH) am 12.01.2022, Az. XII ZR 8/21 eine grundlegende Entscheidung zu der Thematik getroffen, über welche wir nachfolgend berichten wollen.

#### Kein Mangel des Mietobjektes

Der BGH hat die bislang herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur bestätigt und festgestellt, dass eine behördliche Nutzungsuntersagung **keinen Mangel des Mietobjektes** darstellt. Ein Gewerberaummieter ist daher aufgrund einer behördlichen Nutzungsuntersagung nicht zur Mietminderung berechtigt.

Zwar können sich aufgrund von gesetzgeberischen Maßnahmen erst während des laufenden Mietverhältnisses

### Christoph Obermeier

Rechtsanwalt

christoph.obermeier@lkc.de  
Telefon: 089 2324169-0



ergebende Beeinträchtigungen Einschränkungen des vertragsgemäßen Gebrauchs eines gewerblichen Mietobjekts darstellen und einen Mangel des Mietobjekts begründen – aber nur wenn die durch die gesetzgeberische Maßnahme bewirkte Gebrauchsbeschränkung unmittelbar mit der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage des Mietobjekts in Zusammenhang steht. An dieser Voraussetzung fehlt es bei der behördlichen Nutzungsuntersagung, denn es handelt sich dabei um eine flächendeckende für sämtliche im Anordnungsbereich der behördlichen Nutzungsuntersagung liegenden Geschäfte geltende Maßnahme, die darauf abzielt, durch Einschränkung des Publikumsverkehrs bei nicht der Grundversorgung der Bevölkerung dienenden Geschäften die dynamische Ausbreitung des Sars-Cov-2-Virus einzudämmen und so eine Überlastung des Gesundheitswesens zu verhindern. Die behördliche Nutzungsuntersagung steht somit nicht unmittelbar mit der Lage oder der Beschaffenheit des Mietobjekts in Verbindung, sondern betrifft allein das Verwendungsrisiko des Mieters.

### **Keine Unmöglichkeit**

Auch eine Befreiung des Gewerberaummieters von der Pflicht zur Mietzahlung infolge einer Unmöglichkeit der Gebrauchsgewährung wird von dem Bundesgerichtshof in Übereinstimmung mit der weit überwiegenden Rechtsprechung verneint. Durch die behördliche Nutzungsuntersagung wird dem Mieter weder die Nutzung der angemieteten Geschäftsräume noch die tatsächliche oder rechtliche Überlassung der Mieträumlichkeiten durch den Vermieter verboten; das Mietobjekt steht trotz der behördlichen Nutzungsuntersagung weiterhin für den vereinbarten Mietzweck zu Verfügung.

### **Störung der Geschäftsgrundlage**

Der BGH bestätigt ferner, dass eine Vertragsanpassung für den Fall einer Geschäftsschließung, die auf einer hoheitlichen Maßnahme zur Bekämpfung der Covid 19-Pandemie beruht, unter dem Gesichtspunkt einer Störung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 Abs. 1 BGB in Betracht kommt.

### **Schwerwiegende Störung der Geschäftsgrundlage**

Nach dieser Vorschrift kann eine Anpassung des Vertrags verlangt werden, wenn sich die Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsabschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt abgeschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten. Dabei kann eine Anpassung nur insoweit verlangt werden, als dem einen Teil unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

Der BGH kommt grundsätzlich zu dem Ergebnis, dass die Erwartungen der Parteien an eine Vertragsdurchführung aufgrund der vielfältigen Maßnahmen zur Bekämpfung der Covid 19-Pandemie, insbesondere durch betriebliche Nutzungsuntersagungen/Geschäftsschließungen schwerwiegend gestört wurden und daher eine Störung/Wegfall der Geschäftsgrundlage begründen. Dafür spricht gemäß der Argumentation des Bundesgerichtshofs in der vorzitierten Entscheidung ferner die Einführung der Vorschrift des Art. 240 § 7 EGBGB. Danach wird vermutet, dass sich ein Umstand i.S.d. § 313 Abs. 1 BGB, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsabschluss schwerwiegend verändert hat, wenn vermietete Grundstücke oder vermietete Räume, die keine Wohnräume sind, infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar sind.

### **Keine Zumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag**

Allein die Störung/der Wegfall der Geschäftsgrundlage berechtigt jedoch nicht zu einer Vertragsanpassung, vielmehr verlangt die Vorschrift als weitere Voraussetzung, dass dem betroffenen Vertragspartner unter Berücksich-

tigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter trägt grundsätzlich der Mieter das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache. Dazu gehört bei der gewerblichen Miete vor allem die Chance, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können.

Die wirtschaftlichen Nachteile, die ein gewerblicher Mieter aufgrund einer pandemiebedingten Betriebsschließung erlitten hat, beruhen jedoch nicht auf unternehmerischen Entscheidungen oder der enttäuschten Vorstellung, in den Mieträumen ein Geschäft betreiben zu können, mit dem Gewinne erwirtschaftet werden. Diese sind vielmehr Folge der umfangreichen staatlichen Eingriffe in das wirtschaftliche und gesellschaftliche Leben zur Bekämpfung der Covid-19 Pandemie, für die keine der beiden Mietvertragsparteien verantwortlich gemacht werden kann. Das damit verbundene Risiko kann regelmäßig somit nicht nur einer Vertragspartei allein, vorliegend die Mieter, zugewiesen werden.

### **Umfassende Interessenabwägung**

Auch wenn folglich die mit einer Pandemie bedingten Betriebsschließung verbundene Gebrauchsbeeinträchtigung der Mietsache nicht allein dem Verwendungsrisiko des Mieters zugeordnet werden kann, bedeutet dies nicht, dass der Mieter stets eine Anpassung der Miete für den Zeitraum der Schließung verlangen kann. Nach Ansicht des BGH bedarf es auch in diesem Fall einer umfassenden Abwägung, bei welcher sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind, ob dem Mieter ein Festhalten an dem unveränderten Vertrag unzumutbar ist.

Bei dieser Abwägung ist zunächst von Bedeutung, welche Nachteile dem Mieter durch die Geschäftsschließung und deren Dauer entstanden sind. Maßgebliche Bedeutung hat der konkrete Umsatzrückgang für die Zeit der Schließung, wobei jedoch nur das konkrete Mietobjekt und - bei Mietern, welche mehrere Filialen betreiben - nicht auf einen möglichen Konzernumsatz abzustellen ist. Zu berücksichtigen ist auch, welche Maßnahme der Mieter ergriffen hat oder ergreifen konnte, um die drohenden Verluste während der Geschäftsschließung zu vermindern. Da eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage aber nicht zu einer Überkompensation der entstandenen Verluste führen darf, sind bei der Prüfung der Unzumutbarkeit grundsätzlich auch die finanziellen Vorteile zu berücksichtigen, die der Mieter aus staatlichen Leistungen zum Ausgleich der pandemiebedingten Nachteile dauerhaft erlangt hat, ferner Leistungen aus einer Betriebsversicherung des Mieters.

### **Beweislastgesichtspunkte**

Grundsätzlich obliegt es der Vertragspartei, die sich auf eine Störung der Geschäftsgrundlage beruft, nachzuweisen, dass ihr ein Festhalten am unveränderten Vertrag unzumutbar ist. Bei einer pandemiebedingten Geschäftsschließung ist es Aufgabe des Mieters, darzulegen und ggf. zu beweisen, welche Nachteile ihm aus der Betriebsschließung entstanden sind, die ihm eine vollständige Mietzahlung für diesen Zeitraum unzumutbar machen, und welche zumutbaren Anstrengungen er unternommen hat, um drohende Verluste auszugleichen. Behauptet der Mieter z.B. keine staatlichen Unterstützungsleistungen erhalten zu haben, muss er darlegen und ggf. beweisen, dass er sich um eine mögliche Hilfeleistung vergeblich bemüht hat. Gelingt ihm das nicht, muss es sich so behandeln lassen, als hätte er die staatlichen Unterstützungsleistungen erhalten.

Wendet dagegen der Vermieter ein, dass die vom Mieter behaupteten Verluste nicht auf der Covid 19-Pandemie und damit verbundener Betriebsschließungen beruhen, trifft diesen hierfür die Darlegungs- und Beweislast und er muss die Behauptung nachweisen.

Abweichendes mag gelten, wenn von den Mietvertragsparteien ausdrücklich abweichende Regelungen zu den vorstehend dargestellten Risikoverteilungen getroffen wurden.

### **Fazit**

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs hat zwar bezüglich streitiger Rechtsfragen Rechtsklarheit geschaffen und zugleich Beurteilungsparameter zur Lösung strittiger Themen definiert. Gleichwohl kommt im Ergebnis der Beurteilung des jeweiligen Einzelfalls maßgebliche Bedeutung dafür zu, ob eine Reduzierung/Anpassung der Miethöhe gerechtfertigt ist oder nicht. ■

Gerne stehen die jeweiligen Autoren für Rückfragen zu den von ihnen behandelten Themen zur Verfügung.  
Bei allgemeinen Rückfragen steht Ihnen als Ansprechpartner zur Verfügung:

Tobias Schwartz | Rechtsanwalt | E-Mail: [newsletter-recht@lkc.de](mailto:newsletter-recht@lkc.de) | Tel.: +49 (0)89 2324169-0

Möchten Sie den Newsletter zukünftig nicht mehr erhalten, können Sie diesen jederzeit abbestellen. Schreiben Sie hierzu einfach eine E-Mail mit dem Betreff: „Newsletter abbestellen“ unter Angabe Ihres Namens an: [newsletter-recht@lkc.de](mailto:newsletter-recht@lkc.de).

Copyright: Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne können Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns genutzt werden. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme.

**Herausgeber: LKC Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Possartstraße 21, 81679 München**

Der Inhalt dieser Mandanteninformation dient nur der allgemeinen Information. Er stellt keine anwaltliche Beratung juristischer, steuerlicher oder anderer Art dar und soll auch nicht als solche verwendet werden. Alle Informationen und Angaben in diesem Newsletter haben wir nach bestem Wissen zusammengestellt. Sie erfolgen jedoch ohne Gewähr. Wir übernehmen insbesondere keine Haftung für Handlungen, die auf Grundlage dieser Angaben unternommen werden.

Wir bitten Sie, sich für eine verbindliche Beratung bei Bedarf direkt mit uns in Verbindung zu setzen.

