

unternehmensjurist

Magazin für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in Rechtsabteilungen



DATENSCHUTZ IN PANDEMIE-ZEITEN

Die Corona-Krise stellt Firmen vor datenschutzrechtliche Herausforderungen: Unternehmen müssen vieles beachten, um Infektions- und Datenschutz gleichermaßen sicherzustellen.

SCHWERPUNKT
Arbeitsrecht

TITELTHEMA

12



CORONA UND DATENSCHUTZ 12

In der Corona-Krise sind persönliche Daten praktisch überall gefragt. Der Umgang damit stellt Unternehmen mitunter vor große Herausforderungen. Denn auch während der Pandemie ist der Datenschutz ein hohes Gut. Doch nicht nur beim Erheben von Kontakt- und Gesundheitsdaten gibt es viele offene Fragen; auch die Arbeit im Homeoffice, die pandemiebedingt zunimmt, muss datenschutzkonform geregelt werden.



EDITORIAL 03

KURZ & KNAPP 08

STRATEGIE & MANAGEMENT

22

KANZLEIMONITOR 2020/2021 22

Die Studie stellt eine umfassende Anwalts- und Kanzleienliste als Auswahlkriterium für die Mandatierung von Wirtschaftskanzleien durch Unternehmensjuristen aller Branchen und Unternehmensgrößen zur Verfügung. Syndizi aus über 600 Unternehmen in Deutschland wurden im Rahmen der jährlichen Erhebung befragt.



W&I-VERSICHERUNGEN 25

Warrenty- und Indemnity-Versicherungen (W&I-Versicherungen) beim Unternehmensverkauf setzen sich auch in Deutschland immer mehr durch. Unbekannte Risiken können damit abgesichert werden, sodass im Garantiefall die Versicherung in Regress genommen werden kann.

SCHWERPUNKT ARBEITSRECHT

31



KURZARBEIT UND PERSONALABBAU 32

Das Coronavirus hat die deutsche Wirtschaft weiterhin fest im Griff. Konnten die dadurch entstehenden Nachteile zunächst durch Kurzarbeit gemildert werden, ziehen Unternehmen mittlerweile stärker Personalabbau in Betracht. Dafür muss einiges beachtet werden.

STREIT UMS HOMEOFFICE 34

Seit Auftreten der Corona-Pandemie arbeiten viele Beschäftigte verstärkt im Homeoffice. Die Frage nach der konkreten Ausgestaltung sorgt in der Politik für viele Diskussionen. Unternehmen fürchten Komplexität und steigende Kosten.

TRENDS & THEMEN

38

VORSTANDSVERGÜTUNG 38

Seit 2021 muss der Aufsichtsrat börsennotierter Unternehmen eine Maximalvergütung für Vorstände festlegen. Die Hauptversammlung kann diese weiter herabsetzen. Wirtschaftsverbände fürchten Eingriffe in die Vertragsfreiheit. Experten sehen die Auswirkungen weniger kritisch. Intensive Diskussionen sind zu erwarten.



JOB & KARRIERE

44



COOKIES, SUCHMASCHINEN 44 UND INFLUENCER-MARKETING BEIM DIGITAL LEGAL COUNSEL

Bei der Gestaltung von Websites und Apps sind gerade beim Thema Datenschutz viele Fallstricke zu beachten. Auch dem Influencer- und Online-Marketing sind rechtliche Grenzen gesetzt. Experten aus Kanzleien und Justiz befassen sich mit diesen und weiteren Social Media- und Internet-Themen beim Zertifikatslehrgang Digital Legal Counsel (DLC).

NETZWERK

49

COMPLIANCE- UND 50 KARTELLRECHT SUMMIT

Der Compliance- und Kartellrecht Summit befasste sich mit dem Verbandssanktionenrecht und dem Wettbewerbs- und Außenwirtschaftsrecht.

M&A UND CORPORATE 51 SUMMIT

Juristische Grundlagen für M&A-Deals und Informationen rund um die Auswirkungen der Corona-Pandemie prägten den Summit.

GC ROUNDTABLE 52

Die Referenten des digital.GC Roundtable im November 2020 schlugen den Bogen vom Arbeiten mit digitalen Tools bis zur Restrukturierung von Unternehmen.

GENERAL COUNSEL 52 LEADERSHIP CIRCLE

Mittlerweile sind mehr als 320 herausragende Unternehmensjuristen und Unternehmensjuristinnen Mitglieder beim GCLC-Netzwerk.



PERSONENREGISTER 54

IMPRESSUM 54

DATENSCHUTZ

„INFEKTIONSSCHUTZ RECHTFERTIGT **KEINE** **LOCKERUNGEN** BEIM **DATENSCHUTZ**“



Ob beim Angehörigenbesuch im Krankenhaus oder beim Friseur, auf Symptom-Fragebögen am Werkstor oder bei der Kontaktermittlung in der Corona-Warn-App: In der Corona-Krise sind persönliche Daten praktisch überall gefragt. Der Umgang damit stellt Unternehmen mitunter vor große Herausforderungen. Denn auch während der Pandemie ist der Datenschutz ein hohes Gut.

► Dass es auch bei Gericht nicht zwangsläufig immer mit rechten Dingen zugehen muss, weiß jeder, der sich ein bisschen mit der Juristerei auskennt. Doch was eine junge Anwältin aus Schleswig-Holstein im Sommer erlebte, hätte sie sich vorher nicht träumen lassen. Am Nachmittag nach einer Verhandlung ploppte auf ihrem Handy eine WhatsApp-Nachricht von einer ihr unbekanntem Nummer auf: Ob sie nicht Lust auf ein Treffen habe. Der Absender gab sich als Mitarbeiter an der Pforte des Gerichts zu erkennen und räumte auch freimütig ein, woher er ihre Handynummer hatte: Aus der Corona-Kontaktliste am Eingang des Gerichtsgebäudes. Die Juristin fand die Anmache allerdings ganz und gar nicht gelungen: Sie beschwerte sich umgehend bei der schleswig-holsteinischen Landesdatenschutzbeauftragten Marit Hansen. Das Verhalten des Mannes sei natürlich „in jeder Hinsicht nicht in Ordnung“ gewesen, befand diese – zumal die Betroffene beruflich immer wieder in das Gerichtsgebäude müsse.

Außergewöhnlich ist dieser Datenschutzverstoß, weil er sich ausgerechnet in einem Gerichtsgebäude abgespielt hat. Aber ansonsten ist es nur ein Fall von vielen, die sich auf dem Schreibtisch von Marit Hansen und jenen ihrer Kollegen in den übrigen 15 Bundesländern stapeln. Darunter sind viele weitere plumpe Flirtversuche, etwa von Bedienung in Cafés und Restaurants, aber auch Beschwerden über Unternehmer, die das Formular zu den Corona-Angaben kurzerhand mit der Einwilligung zur Aufnahme in eine Kundendatenbank kombinierten. „Da vermischen sich die Zwecke Marketing und Aufbewahrungspflicht“, kritisiert Hansen. „Das ist unzulässig – für den Kunden ist nicht nachvollziehbar, was mit den Daten passiert.“

GESPEICHERTE KONTAKTDATEN WERDEN HÄUFIG MISSBRAUCHT

In der Corona-Krise sind persönliche Daten praktisch überall gefragt. Ob beim Angehörigenbesuch im Krankenhaus oder Altenheim, vor Gericht oder beim Friseur oder – vor dem Teil-Lockdown im November 2020 – auch beim Restaurantbesuch, im Schwimmbad oder im Fitnessstudio: Wo Menschen zusammenkommen, schreiben die Infektionsschutzgesetze der Länder die Erfassung der Kontaktdaten vor. Zweck der



„Der jeweilige Betroffene ist und bleibt, Herr seiner Daten“, gerade auch seiner besonders sensiblen Gesundheitsdaten.“

– Jan-Markus Momberg, Leiter des Justizariats der Industrie- und Handelskammer Würzburg-Schweinfurt



„Es hat einfach ein Geschmäckle, wenn Daten, die der Bekämpfung beziehungsweise Eindämmung einer Pandemie dienen, vermeintlich ohne Weiteres durch Strafverfolgungsbehörden verwendet werden können.“

– Jan Peplow, Prokurist und Legal Counsel, datenschutz süd GmbH



„Im Prinzip betrifft es uns alle: Es geht keinen etwas an, wo und wann wir essen gehen oder an Veranstaltungen teilnehmen.“

– **Marit Hansen, Landesdatenschutzbeauftragte Schleswig-Holstein**



„Es müssen der Zugriff und auch der reine Sichtzugriff auf Daten durch Partner und Familienangehörige wirksam verhindert werden. Der Partner darf nicht bei Videocalls mithören.“

– **Catharina Glugla, Senior Associate, Allen & Overy**

Übung: Die Gesundheitsämter sollen im Fall der Fälle Infektionsketten nachvollziehen und gezielt Betroffene kontaktieren können. Doch allzu oft werden die Daten auch missbraucht, eben beispielsweise für private Kontaktabbildungen oder für Marketingzwecke – und mitunter sogar von Behörden. So wurden beispielsweise im August in Hamburg fünf Fälle bekannt, in denen die Polizei im Rahmen von Ermittlungen auf Kontaktdaten von Corona-Gästelisten in Restaurants zugegriffen hatte. Das ging aus einer Antwort des Hamburger Senats auf eine Anfrage der FDP-Bürgerschaftsabgeordneten Anna von Treuenfels-Frowein hervor.

Die FDP-Politikerin sprach daraufhin von einem „alarmierendem Fehlverhalten im Umgang mit den Corona-Gästelisten“, während der Senat betonte, die Hamburgische Sars-CoV-2-Eindämmungsverordnung erlaube in gewichtigen Einzelfällen, die Gästelisten bei Ermittlungen zu nutzen. Doch inwiefern die bekannt gewordenen Fällen wirklich „gewichtige Einzelfälle“ waren, ist zumindest fragwürdig: In mindestens einem der fünf Fälle, so geht es aus der Senatsantwort hervor, handelte es sich nämlich um eine Verkehrsordnungswidrigkeit. „Das belegt alle Befürchtungen: Daten, die Bürger freiwillig für den Virusschutz geben, werden missbraucht, um Ordnungswidrigkeiten zu verfolgen“, so von Treuenfels-Frowein, die im Hauptberuf Rechtsanwältin ist. „Das widerspricht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.“

Jan Peplow, Prokurist und Legal Counsel bei der datenschutz süd GmbH in Würzburg, gibt ihr Recht: „Es hat einfach ein Geschmäcke, wenn Daten, die der Bekämpfung beziehungsweise Eindämmung einer Pandemie dienen, vermeintlich ohne Weiteres durch Strafverfolgungsbehörden verwendet werden können.“ Es kommt aber wie so oft in der Juristerei auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalls an. Im Grundsatz seien die Strafverfolgungsbehörden durchaus berechtigt, die Informationen für Ermittlungszwecke zu beschlagnahmen, meint Dr. Reemt Matthiesen, Partner am Münchener Standort der Wirtschaftskanzlei CMS. „Ein richterlicher Beschluss ist hierfür nicht erforderlich, die Beschlagnahme muss aber verhältnismäßig sein und unterliegt der richterlichen Nachprüfung, wenn diese beantragt wird.“

Die Polizei sollte aber nicht bei jedem kleinsten Vergehen auf die Kontaktlisten zugreifen dürfen, findet Unternehmensjurist Peplow. „Geht es um die Ermittlung in schwerwiegenden Straftaten, dürfte ein Zugriff auf die Daten aber gerechtfertigt sein.“ Wünschenswert aus Peplows Sicht wäre die Verabschiedung eines Begleitgesetzes, das genau solche Fälle regelt, also genau definiert, wer zu welchem Zwecke Zugriff auf die Listen haben kann. „Dieses Begleitgesetz wird bereits viel diskutiert und würde sicherlich sehr zur Rechtssicherheit beitragen.“ Bis es ein solches Begleitgesetz gibt, sollten nach Überzeugung von Schleswig-Holsteins Landesdatenschutzbeauftragter

„Eine dauerhafte Überwachung der Mitarbeiter ist jedenfalls aus deutscher Datenschutzsicht schwierig, das haben auch Bußgelder in Millionenhöhe gerade wieder gezeigt.“

– **Catharina Glugla, Senior Associate, Allen & Overy**



„Für die Verarbeitung besonders sensibler Gesundheitsdaten im Arbeitsverhältnis gibt es spezielle gesetzliche Regelungen.“

– Dr. Christoph Ceelen, Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Wirtschaftskanzlei CMS

Hansen insbesondere Berufsgruppen wie Anwälte oder Journalisten darauf achten, dass ihre Gesprächspartner nicht in Corona-Kontaktlisten landen. „Im Prinzip betrifft es uns alle: Es geht keinen etwas an, wo und wann wir essen gehen oder an Veranstaltungen teilnehmen“, so die Datenschützerin. „Deswegen ist die sichere Verwahrung der Daten so wichtig, die eben nur während der Pandemie und nur für den Zweck der Kontaktnachverfolgung im Infektionsfall erfasst werden dürfen.“ Die Gesundheitsbehörden dürften nämlich auch nur auf die Daten zugreifen und erforderliche Ermittlungen aufnehmen, wenn jemand krank, krankheitsverdächtig oder ansteckungsverdächtig ist, betont CMS-Experte Matthiesen. „Das beinhaltet dann das Recht, die Herausgabe der Anwesenheitsdokumentation zu verlangen, soweit dies der Kontaktermittlung dient.“

AUCH IM HOMEOFFICE GILT DER DATENSCHUTZ

Aber die Gäste-Kontaktlisten sind nicht das einzige datenschutzrechtliche Problem, mit dem Unternehmen während der Pandemie konfrontiert sind. Auch die Arbeit im Homeoffice, die viele Unternehmen ihren Mitarbeitern während der Lockdowns im Frühjahr und Herbst 2020 ermöglicht haben, kann für Probleme mit dem Datenschutz sorgen – vor allem, wenn die Mitarbeiter dabei mit sensiblen, personenbezogenen Daten arbeiten müssen. Die Datensicherheit im Homeoffice birgt in der Praxis oft Herausforderungen, sagt Catharina Glugla, Senior Associate & Datenschutzexpertin bei Allen & Overy in Düsseldorf. „Es müssen der Zugriff und auch der reine Sichtzugriff auf Daten durch Partner und Familienan-

► Fortsetzung auf Seite 18

Sicherheit.



Beziehen Sie das gerne auf Ihre Daten und natürlich auf die Richtigkeit der Übersetzung.

Gerade wenn es um die Übersetzung sensibler Dokumente geht, arbeiten wir wie Ihr Backoffice. Alles, was Sie von uns sehen werden, ist eine fachlich exakte, von Experten geprüfte Übersetzung, die unseren und Ihren höchsten Ansprüchen genügt.

Zudem stellt unser Server in Deutschland einen weiteren Garant für die Sicherheit Ihrer Daten dar.

www.lingualegis.de



LINGUALEGIS

Ihr Partner für Rechts- und Finanzübersetzungen



„Gesetze sind nicht wie mathematische Formeln anwendbar.“

Das Sammeln von Daten ist Teil der Corona-Hygienekonzepte in vielen Unternehmen und soll dem Nachverfolgen von Infektionsketten dienen. Doch Meldungen über den Missbrauch solcher Daten häufen sich. Im Interview spricht Jan Peplow, Prokurist und Legal Counsel bei der datenschutz.süd GmbH in Würzburg, über die wichtigsten datenschutzrechtlichen Schlussfolgerungen aus der Pandemie.

Herr Peplow, worauf müssen Unternehmen achten, wenn sie einerseits den Infektionsschutz und andererseits den Datenschutz sicherstellen wollen?

Sondersituationen wie die Covid-19 Pandemie dürfen nicht dazu führen, sämtliche Rechtsstaatsprinzipien außer Acht zu lassen. Das Schlagwort ist die Verhältnismäßigkeit. Die Entscheider in den Unternehmen sollten also stets prüfen, ob die geplante Maßnahme wie etwa das Erheben von Gesundheitsdaten zum Gesundheitsschutz auch tatsächlich effektiv ist und ob es nicht auch ein milderes Mittel gibt, um den gewünschten Zweck herbeizuführen.

„Sondersituationen wie die Covid-19 Pandemie dürfen nicht dazu führen, sämtliche Rechtsstaatsprinzipien außer Acht zu lassen.“

Viele Unternehmen haben ihre Mitarbeiter während der Lockdowns im Frühjahr und im Herbst 2020 ins Homeoffice geschickt. Wie lässt sich sicherstellen, dass Mitarbeiter, die mit sensiblen Daten etwa von Kunden arbeiten, damit auch dann datenschutzkonform umgehen, wenn sie von zu Hause aus arbeiten?

Arbeitet man aus dem Homeoffice heraus, bleibt grundsätzlich das jeweilige Unternehmen für die Verarbeitung personenbezogener Daten verantwortlich. Damit einher geht die Pflicht des Unternehmens, unter Mitwirkung des Mitarbeiters dafür Sorge zu tragen, dass die Vertraulichkeit und Integrität der personenbezogenen Daten gewahrt bleiben. Hier gilt es, verbindliche Vorgaben in Form von Richtlinien oder Betriebs-

„Arbeitet man aus dem Homeoffice heraus, bleibt grundsätzlich das jeweilige Unternehmen für die Verarbeitung personenbezogener Daten verantwortlich.“

vereinbarung zu schaffen, damit auch im Homeoffice die technischen und organisatorischen Maßnahmen umgesetzt werden, um ein angemessenes Datenschutzniveau im Sinne der Datenschutzgrundverordnung zu gewährleisten.

Was heißt das konkret?

Es muss durch entsprechende Einrichtung des Arbeitsplatzes sichergestellt werden, dass keine Dritten Kenntnis der verarbeiteten personenbezogenen Daten erlangen können – auch nicht Familienangehörige oder Bekannte. Daneben sind aber natürlich auch technische Voraussetzungen zu schaffen. So sollte der Zugang zur firmeninternen Infrastruktur nur vollverschlüsselt etwa durch eine VPN-Verbindung erfolgen. Unternehmensseitig muss auch gewährleistet werden, dass auch im Homeoffice Daten regelmäßig durch Backups gesichert werden. Es bietet sich daher an, dass die Hard- und Software vorkonfiguriert durch das Unternehmen gestellt wird. Die Praxis zeigt: je detaillierter die Vorgaben sind, desto geringer ist die Unsicherheit mit dem Thema Datenschutz im Homeoffice auch auf Seiten der Mitarbeiter. Die Nutzung privater Hard- und Software für Homeoffice und mobiles Arbeiten sollte untersagt werden, genauso wie die Weiterleitung beruflicher E-Mails an private E-Mail-Postfächer.

Wer im Homeoffice mit Kollegen und Kunden kommuniziert, muss dazu oft Videokonferenzen über Dienste wie Zoom abhalten. Wie ist das aus Sicht des Datenschutzes zu bewerten? Nutzt man Videoplattformen als reine Meeting-Plattform,

spricht statt sich vor Ort direkt miteinander zu unterhalten, ist das in der Regel nicht so problematisch. Bei Zoom waren es vor allem die Zusatzfunktionen, die kritisch bewertet wurden, etwa ein Aufmerksamkeitstracking, mit dem ermittelt werden konnte, ob die Teilnehmer aufmerksam dem Geschehen folgen. Diese Funktion wurde aber seitens Zoom mittlerweile deaktiviert. Auch die Aufnahmefunktion sollte man deaktivieren. Aber selbst wenn man nur die Grundfunktionen nutzt, müssen auch hier die datenschutzrechtlichen Hausaufgaben gemacht werden und es müssen insbesondere Dienstleister ausgewählt werden, die angemessene technische und organisatorische Maßnahmen zum Datenschutz bieten. Zuletzt standen auch die Vertragsmuster einzelner Dienstleister in der Kritik. Eine genaue Prüfung und Auswahl eines geeigneten Anbieters sind also durchaus erforderlich.

Nicht jeder Arbeitsplatz lässt sich ins Homeoffice verlagern. Dafür sind einige Unternehmen dazu übergegangen, am Einlass etwa Fiebermessungen vorzunehmen oder Coronatypische Krankheitssymptome abzufragen. Wie muss man mit solchen Gesundheitsdaten umgehen?

Die Speicherung konkreter Gesundheitsdaten ist immer schwierig. Was nicht geht, ist am Eingang die Temperatur jedes Mitarbeiters zu messen und zu dokumentieren. Unabhängig vom Vorliegen einer Rechtsgrundlage wäre dies in jedem Fall unverhältnismäßig, weil es mildere Mittel gibt. Viele Unternehmen setzten aber auf kontaktloses Fiebermessen per Wärmebildkamera: Es wird eine Maximaltemperatur festgelegt, liegt man darunter, erscheint ein grünes Licht und man darf das Betriebsgelände betreten. Hierbei erfolgt zwar keine Dokumentation von Temperatur-Daten, aber es wird am Empfang kontrolliert, dass man bei „rot“ das Betriebsgelände nicht betritt. Dadurch ist auch hier ein Personenbezug gegeben. Auch diesem kontakt- und dokumentationslosen Fiebermessen stehen die Aufsichtsbehörden kritisch gegenüber, da eine hohe Temperatur allein keine belastbare Information über eine mögliche Covid-19 Infektion liefern kann, die Maßnahme aus Sicht der Aufsichtsbehörden daher gar nicht zum Schutz vor Covid-19 geeignet ist. Setzt man derartige Maßnahmen ein, besteht also ein Risiko, dass es zu einer Beanstandung kommt. Besser geeignet ist die Abfrage von Gesundheitsdaten per Fragebogen. Diese sollte aber ebenfalls möglichst verhältnismäßig erfolgen. Es sollte nicht nach konkreten Symptomen gefragt werden, sondern eher abstrakt, ob grippeähnliche Symptome bestehen. Hier reicht dann eine sogenannte Negativauskunft. **Darf ein Unternehmen von Mitarbeitern oder Besuchern erfragen, wo sie sich am Wochenende oder im Urlaub aufgehalten haben?**

Gewisse Informationen dürfen abgefragt werden. Allerdings müssen auch hier die Verhältnismäßigkeit sowie das Prinzip der Datensparsamkeit gewahrt bleiben. Ein Unternehmen darf nicht pauschal fragen, wo man im Urlaub gewesen ist. Risi-

kofaktoren wie der Aufenthalt in einem Risikogebiet, Kontakt zu Infizierten oder eben grippeähnliche Symptome dürfen aber abgefragt werden. Ist ein Risikofaktor gegeben, wird der Person der Zutritt zum Standort verwehrt. Hier reichen dann aber „Ja“- und „Nein“-Antworten, es sollte also nicht im Detail erfasst werden, in welchem Land man im Urlaub war. **Auch die Corona-Warn-App speichert Daten zu Aufenthaltsorten und Kontakten, wenn auch in verschlüsselter Form. Darf der Arbeitgeber seinen Mitarbeitern vorschreiben, sich die App aufs Handy zu laden?**

Die Nutzung der App ist ganz eindeutig nur auf freiwilliger Basis möglich, verpflichtende Anordnungen des Arbeitgebers sind nicht zulässig. Sicherlich darf ein Arbeitgeber eine Empfehlung zur Installation aussprechen und an die Mitarbeiter appellieren, dass die App effektiver ist, je mehr sie genutzt wird. Insoweit muss der Arbeitgeber aber auch deutlich herausstellen, dass bei Nichteinhaltung keine negativen Konsequenzen für das Beschäftigungsverhältnis drohen.

Vielorts muss man aktuell Namen und Kontaktdaten hinterlassen. Was müssen Unternehmen beachten, um dies datenschutzkonform zu handhaben?

Wichtig ist zu beachten, dass diese Daten allein dem Gesundheitsschutz und speziell der Kontaktnachverfolgung dienen. Daher dürfen sie auch nur zweckgebunden zur Nachverfolgung von Covid-19-Infektionsketten genutzt und auch ausschließlich auf Anforderung des Gesundheitsamts dorthin übermittelt werden. Eine Verwendung etwa für Werbezwecke würde einen datenschutzrechtlichen Verstoß darstellen.

„Die Praxis zeigt: je detaillierter die Vorgaben sind, desto geringer ist die Unsicherheit mit dem Thema Datenschutz im Homeoffice auch auf Seiten der Mitarbeiter.“

len. Außerdem muss man sicherstellen, dass die erhobenen Kontaktdaten sicher vor dem Zugriff unberechtigter Dritte aufbewahrt werden. Datenschutzrechtlich unzulässig wäre daher etwa die Verwendung fortlaufender Listen, auf die sich die Personen selbst nacheinander eintragen, denn hier sind die Daten der vorher Eingetragenen für die nachfolgenden Personen sichtbar. Außerdem sollten die Erfassungsbögen in einem abgeschlossenen Schrank aufbewahrt werden und nicht offen herumliegen. Und nach Ablauf von vier bis sechs Wochen müssen die Daten vernichtet werden, etwa mittels eines handelsüblichen Aktenshredders.

Unter welchen Umständen dürfen Strafverfolgungsbehörden wie Polizei und Staatsanwaltschaft auf die Daten zugreifen?

Die Datenverarbeitung dient dem Gesundheitsschutz und der Nachverfolgung von Kontakten. Dadurch sind diese Kontaktlisten erstmalig allein auf diesen Zweck festgelegt. Allerdings ist der Zweckbindungsgrundsatz nicht absolut. Es gibt Regelungen, ob und wann eine Datenverarbeitung zu einem anderen Zweck als dem ursprünglichen möglich ist. Die Voraussetzungen dafür ergeben sich aus der DS-GVO und dem Bundesdatenschutzgesetz. Eine Zweckänderung kann also zulässig sein, wenn sie zur Gefahrenabwehr oder zur Strafverfolgung erforderlich ist. Die Polizei sollte also nicht bei jedem kleinsten Vergehen auf die Kontaktlisten zugreifen

„Gesetze sind nicht wie mathematische Formeln anwendbar, sondern geben einen Rahmen vor, dabei muss man die Gesamtumstände eines jeden Einzelfalls berücksichtigen und natürlich auch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit.“

dürfen. Geht es um die Ermittlungen in schwerwiegenden Straftaten, dürfte ein Zugriff auf die Daten aber gerechtfertigt sein. Hier kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an. Wünschenswert wäre die Verabschiedung eines Begleitgesetzes, welches genau solche Fälle regelt, also weiter definiert, wer zu welchen Zwecken Zugriff auf die Listen haben kann. Dieses wird bereits viel diskutiert und würde sicherlich sehr zur Rechtssicherheit beitragen.

Was kann der Datenschutz letztlich aus der Corona-Krise lernen?

Die Covid-19 Pandemie hat gezeigt, dass man sich mit den juristischen Grundwerkzeugen jeder noch so außergewöhnlichen Situation stellen kann. Gesetze sind nicht wie mathematische Formeln anwendbar, sondern geben einen Rahmen vor, dabei muss man die Gesamtumstände eines jeden Einzelfalls berücksichtigen und natürlich auch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit. Juristen beginnen ihre Antworten auf Fragen oftmals mit der Einleitung: „Es kommt drauf an.“ Auch in diesen Zeiten zeigt sich, wie viel Wahrheit darin steckt.

Interview: Harald Czycholl

► Fortsetzung von Seite 15

gehörige wirksam verhindert werden. Der Partner darf nicht bei Videocalls mithören.“ Denn auch während der Pandemie und auch im Homeoffice gelte der Datenschutz.

„Die Arbeitsumgebung beim Homeoffice beziehungsweise der mobilen Arbeit muss so ausgestaltet sein, dass die Vertraulichkeit und Verfügbarkeit der Daten sichergestellt ist“, bestätigt Dr. Thomas Jansen, Rechtsanwalt und Partner in der Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek in München. „Dazu gehört insbesondere, dass in der Regel ausschließlich vom Arbeitgeber bereitgestellte Geräte genutzt werden sollten.“ Würden dennoch Privatgeräte für betriebliche Zwecke genutzt, müsse sichergestellt sein, dass betriebliche Daten nicht dauerhaft auf dem privaten Endgerät gespeichert werden.

„Sofern das vom Workflow her möglich ist, verlässt man sich hier am sichersten auf die normative Kraft des rein terminalbasierten Arbeitens auf dem Unternehmensserver ohne Möglichkeit zum Download durch den Client“, sagt Peter Lotz, Rechtsanwalt und Partner in der Wirtschaftskanzlei Mayrfeld in Frankfurt. „Dann bleiben alle Daten auf dem Unternehmensserver – ganz gleich, ob man mit dem dienstlichen oder dem privaten Computer darauf zugreift.“ Das allein reicht aber nicht, denn es bestehen trotzdem Risiken, etwa



„In jedem Fall sollten Unternehmen mit ihren Mitarbeitern eine Homeoffice-Vereinbarung als Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag abschließen.“

**– Peter Lotz, Rechtsanwalt und Partner,
Wirtschaftskanzlei Mayrfeld**

„Der Infektionsschutz rechtfertigt keine Lockerungen beim Datenschutz.“

– **Peter Lotz, Rechtsanwalt und Partner,**
Wirtschaftskanzlei Mayrfeld

mit Blick auf das ungeschützte Aufbewahren von Passwörtern, die Nutzung von Firmen-IT durch Familienangehörige, gegebenenfalls eingerichtete Cloud-Synchronisierungen bei privat genutzter IT oder dem Weiterleiten von geschäftlichen E-Mails auf private E-Mail-Accounts.

„In jedem Fall sollten Unternehmen mit ihren Mitarbeitern eine Homeoffice-Vereinbarung als Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag abschließen“, rät Lotz. Auf diese Weise könne der Mitarbeiter zur Einhaltung der notwendigen technischen und organisatorischen Sicherheitsmaßnahmen verpflichtet werden. Heuking-Experte Jansen ergänzt: „Unabhängig davon, welche Geräte zum Einsatz kommen, sollte die Anbindung an das Firmennetz in jedem Fall mit nach Stand der Technik verschlüsselten VPN-Verbindungen erfolgen.“ Die Einhaltung der Maßnahmen durch die Mitarbeiter sei vom Arbeitgeber regelmäßig zu überprüfen.

Die Überprüfung der von zu Hause aus arbeitenden Mitarbeiter darf allerdings auch nicht zu weit gehen. „Unternehmen sollten insbesondere beim Einsatz von Überwachungstools, die Arbeitszeiten der Mitarbeiter im Homeoffice kontrollieren, genau die datenschutzrechtlichen Voraussetzungen prüfen und auch die Interessen der Mitarbeiter abwägen“, betont Allen & Overy-Expertin Glugla. „Eine dauerhafte Überwachung der Mitarbeiter ist jedenfalls aus deutscher Datenschutzsicht schwierig, das haben auch Bußgelder in Millionenhöhe gerade wieder gezeigt.“

**ARBEITNEHMER MÜSSEN KEINE KONKRETE
GESUNDHEITSDATEN PREISGEBEN**

Manche Tätigkeiten etwa in der Produktion lassen sich aber ohnehin nicht ins Homeoffice verlagern. Um hier dann den Infektionsschutz sicherzustellen, sind manche Arbeitgeber dazu übergegangen, am Werkstor oder am Empfang bei Mitarbeitern und Besuchern Fieber zu messen oder sich von ihnen Fragebögen zum Gesundheitszustand ausfüllen zu lassen. Hier sind jedoch Konflikte mit dem Datenschutzrecht programmiert: „Für die Verarbeitung besonders sensibler Gesundheitsdaten im Arbeitsverhältnis gibt es spezielle gesetzliche Regelungen“, so Dr. Christoph Ceelen, Fachanwalt für Arbeitsrecht am Münchener Standort der Wirtschaftskanzlei CMS. So wird bei Fiebermessungen in der Fachliteratur kontrovers diskutiert, ob sie als Maßnahmen zur Eindämmung des Coronavirus überhaupt geeig-

net sind und damit gesetzlich zulässig sein können. Denn Fieber tritt nicht bei jeder Infektion auf und ist damit kein zuverlässiger Indikator.

Aber auch wenn die Erhebung zulässig sein sollte: „Das bedeutet nicht automatisch, dass Unternehmen die Daten auch speichern dürfen“, so Ceelen. „Wenn Fiebermessungen oder die Abfrage von Krankheitssymptomen nur der Feststellung dienen, ob ein Mitarbeiter für den betreffenden Tag das Betriebsgelände betreten darf oder nicht, wird eine Speicherung dieser Daten meist entbehrlich sein.“ Der Jurist rät Unternehmen grundsätzlich dazu, auf einvernehmliche Lösungen mit den Mitarbeitern zu setzen.

Jan-Markus Momberg, Leiter des Justizariats der Industrie- und Handelskammer Würzburg-Schweinfurt, pflichtet ihm bei: „Der jeweilige Betroffene ist und bleibt ‚Herr seiner Daten‘, gerade auch seiner besonders sensiblen Gesundheitsdaten.“ Konkrete Angaben zur eigenen Gesundheit müssten Arbeitnehmer gegenüber ihrem Arbeitgeber nicht machen, so der Syndikusrechtsanwalt. „Eine Auskunftspflicht oder die Pflicht, sich einer ärztlichen Untersuchung zu unterziehen, kann allerdings bei begründetem Verdacht einer Covid-19-Infektion gegenüber den Gesundheitsbehörden bestehen.“ Arbeitgeber sind daher gut beraten, im Zweifel den Kontakt zu den Gesundheitsbehörden zu suchen und nicht auf eigene Faust Gesundheitsdaten zu erheben – schon gar nicht gegen den Willen der Beschäftigten.

Der Arbeitgeber hat aber umgekehrt auch Fürsorgepflichten gegenüber den übrigen Arbeitnehmern und muss Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz soweit wie möglich ausschlie-



„Die Arbeitsumgebung beim Homeoffice beziehungsweise der mobilen Arbeit muss so ausgestaltet sein, dass die Vertraulichkeit und Verfügbarkeit der Daten sichergestellt ist.“

– **Dr. Thomas Jansen, Rechtsanwalt und Partner,**
Heuking Kühn Lüer Wojtek



„Der Arbeitgeber kann seine Arbeitnehmer nur darum bitten, die App zum Gesundheitsschutz der Allgemeinheit zu nutzen. Dabei muss jedoch deutlich werden, dass es sich hierbei nur um eine Empfehlung und keine rechtsverbindliche Anweisung handelt.“

– Regina Glaser, Rechtsanwältin und Partnerin,
Heuking Kühn Lüer Wojtek

ßen. Hier können unter Umständen Mitwirkungspflichten für Arbeitnehmer bestehen. „Daraus kann sich sogar eine arbeitsvertragliche Pflicht ergeben, durch Angaben über Aufenthaltsorte oder Kontaktpersonen dem Arbeitgeber eine Einschätzung zu ermöglichen, ob Gesundheitsrisiken für den Betroffenen oder andere Beschäftigte bestehen“, so IHK-Justiziar Momberg.

Regina Glaser, Rechtsanwältin und Partnerin am Düsseldorfer Standort der Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek, sieht das genauso: „Der Unternehmer kann zur Sicherstellung des Arbeits- und Gesundheitsschutzes in seinem Betrieb von Mitarbeitern oder Kunden Auskunft dahingehend verlangen, ob sie sich in einem vom Robert-Koch-Institut erklärten Risikogebiet aufgehalten haben oder Kontakt zu einer ansteckungsverdächtigen oder infizierten Person hatten.“ Dies folge aus der Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme und Treue. Hier würden allerdings einfache „Ja“- und „Nein“-Antworten ausreichen, schränkt datenschutz süd-Counsel Peplow ein. „Es muss nicht im Detail erfasst werden, in welchem Land man im Urlaub war oder zu wem man in den letzten zwei Wochen Kontakt hatte.“

ARBEITGEBER DARF NUTZUNG DER CORONA WARN-APP NICHT VORSCHREIBEN

Auch die Corona-Warn-App speichert Daten zu Aufenthaltsorten und Kontakten, wenn auch in verschlüsselter Form. Trotzdem ist ihre Nutzung aus genau diesem Grund frei-

willig – und deshalb sind „verpflichtende Anordnungen des Arbeitgebers gegenüber seinen Mitarbeitern zur Nutzung der App nicht zulässig“, betont Unternehmensjurist Peplow. Mayrfeld-Anwalt Lotz zufolge gilt das selbst für Diensthandys: „Problematisch ist hier, dass die Warn-App auch in den Pausenzeiten aktiv ist, die nun mal nicht zur Arbeitszeit gehören.“ Daher würde die Software dann die Daten nicht nur im dienstlichen Rahmen erfassen. Deshalb sei es ratsam, die Installation der Corona-Warn-App auch auf dem Diensthandy nur mit Einwilligung vorzunehmen, so Lotz. Und selbst das könnte kritisch sein: So sieht etwa das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht die Freiwilligkeit in diesem Fall aufgrund des Ungleichgewichts im Beschäftigungsverhältnis in der Regel als nicht gegeben an.

„Der Arbeitgeber kann seine Arbeitnehmer daher nur darum bitten, die App zum Gesundheitsschutz der Allgemeinheit zu nutzen“, hebt Heuking-Juristin Glaser hervor. „Dabei muss jedoch deutlich werden, dass es sich hierbei nur um eine Empfehlung und keine rechtsverbindliche Anweisung handelt.“ Denn nicht nur der Schutz der Allgemeinheit vor einer Infektion mit dem Coronavirus ist ein hohes Gut, sondern auch die Verteidigung der Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger. Und dazu zählt eben auch der Schutz ihrer persönlichen Daten. Mayrfeld-Anwalt Peter Lotz bringt es auf den Punkt: „Der Infektionsschutz rechtfertigt keine Lockerungen beim Datenschutz.“ ■ Harald Czyncholl



- × Die Corona-Pandemie wirft viele datenschutzrechtliche Probleme auf. Denn der Infektionsschutz rechtfertigt keine Lockerungen beim Datenschutz.
- × Unternehmen und Institutionen sind gefordert, sorgsam mit Daten von Kunden und Mitarbeitern umzugehen.
- × Kontaktdaten-Zettel müssen vor Einsichtnahme durch Dritte geschützt werden und dürfen allein für die Kontaktnachverfolgung durch die Gesundheitsämter genutzt werden. Zu Marketingzwecken darf man sie nicht verwenden.
- × Im Homeoffice muss die Arbeitsumgebung so ausgestaltet sein, dass die Vertraulichkeit und Verfügbarkeit der Daten, die die Mitarbeiter für ihre Arbeit benötigen, sichergestellt ist.
- × Die Erhebung von Gesundheitsdaten am Empfang muss sorgfältig vorbereitet werden. Sie zu speichern, kann unzulässig sein.
- × Die Nutzung der Corona-Warn-App ist freiwillig. Der Arbeitgeber darf seine Mitarbeiter nicht dazu verpflichten, sie auf ihre Smartphone zu laden, selbst wenn es sich um ein Diensthandy handelt.

W&I-VERSICHERUNGEN

DAS RISIKO MINIMIEREN

Der Abschluss von Warranty- und Indemnity-Versicherungen (W&I-Versicherungen) beim Unternehmensverkauf setzt sich auch in Deutschland immer mehr durch. Auf diese Weise können unbekannte Risiken abgesichert werden, sodass im Garantiefall die Versicherung in Regress genommen werden kann.

► Wie genau sich die Pandemie mittel- und langfristig auf M&A-Transaktionen auswirkt, ist derzeit noch nicht absehbar. „Das Jahr ist zunächst normal gestartet, und bis März lief alles im gewohnten Gang“, berichtet Dr. Kai Wallisch, Rechtsanwalt bei der Wirtschaftskanzlei CMS Deutschland in Stuttgart. Schon 2019 sei allerdings prognostiziert worden, dass die Zahl der Transaktionen nach dem Höhepunkt der letzten M&A-Welle etwas zurückgehen werde: „Corona hat diese Prognose bestärkt“, so Wallisch. Im zweiten Quartal 2020 seien dann einige Unternehmensverkäufe erst einmal „on hold“ gesetzt oder zumindest langsamer betrieben worden. „Das betraf insbesondere größere Transaktionen. Auch gab es aufgrund des Lockdowns tatsächlich Schwierigkeiten, physische Termine wahrzunehmen, zum Beispiel zur Beurkundung von Verträgen bei Notaren“, so Wallisch.

Gegen Ende des Jahres zeichnet sich ein weiterer Trend ab: „Distressed M&A“, so Wallisch. Oft handele es sich um finanzielle Schieflagen, die sich bereits zuvor angekündigt hätten: „War ein Zulieferer in der Automobilbranche beispielsweise ohnehin schon in einer angespannten finanziellen Lage, möglicherweise weil er hohe Investitionen tätigen musste, um den Schritt zu elektro-mobilen Antrieben mitgehen zu können, hat Corona diese Situation verschärft“, meint Wallisch. Die Verlängerung der Aussetzung der Insolvenzantragspflichten dürfte dazu führen, dass sich die Zunahme von Distressed M&A erst im nächsten Jahr richtig zeigen werde und diverse Unternehmen dann aufgrund angespannter finanzieller Situation neue Käufer suchen, oder aus der Insolvenz heraus erworben werden.

HAFTUNGSFRAGEN BEREITEN SCHWIERIGKEITEN

Schwierigkeiten bereiten bei solchen Distressed M&A-Transaktionen häufig die Haftungsfragen. Die Verkäufer erzielen meist einen geringeren Kaufpreis als bei regulären M&A-Transaktionen. Ihre Bereitschaft, eine Haftung für den Kaufgegenstand zu übernehmen, sinkt daher entsprechend. Hier können Versicherungslösungen weiterhelfen, die einer-



seits dem Bedürfnis des Käufers nach Absicherung gerecht werden und es andererseits ermöglichen, die Haftung der Verkäufer auf ein Minimum zu reduzieren.

Was zuvor bereits im angelsächsischen Markt entwickelt wurde, hat in den vergangenen fünf Jahren auch in Deutschland an Bedeutung gewonnen: Warranty- und Indemnity-Versicherungen, kurz W&I-Versicherungen. „Typischerweise haften Verkäufer bei Unternehmenstransaktionen nur im Rahmen der ausdrücklich vereinbarten Garantien“, berichtet der auf M&A-Transaktionen spezialisierte Wallisch. Sind Verkäufer aber nicht bereit, eine für den Käufer ausreichende Haftung unter dem Unternehmenskaufvertrag zu übernehmen, besteht ein Zielkonflikt mit dem Absicherungsbedürfnis des Käufers. Diesen können W&I-Versicherungen dadurch lösen, dass sie eintreten, wenn die – meist im Garantiekatalog des Unternehmenskaufvertrags – vereinbarten Zusicherungen nicht stimmen. Typischerweise sind das Fundamentalgarantien, beispielsweise hinsichtlich des unbelasteten Eigentums an verkauften Anteilen, operative Garantien und Steuergarantien beziehungsweise -freistellungen. Absichern mit W&I-Versicherungen können sich grundsätzlich sowohl Käufer als auch Verkäufer, auch wenn sie meist auf Käuferseite zu finden sind.



„Mehr Komplexität für den Deal“

Drei Fragen zum Thema an Dr. Frank Forster, General Counsel und Chief Compliance Officer bei Aurelius Equity Opportunities SE & Co. KGaA und diruj-Fachbeirat.

Welche Erfahrungen haben Sie mit W&I-Versicherungen?

Allein in den vergangenen drei Jahren haben wir mehr als zehn Transaktionen unter Einbeziehungen von W&I-Versicherungen abgeschlossen. Unsere Erfahrungen sind bislang nicht negativ. Generell bringt eine W&I-Versicherung mehr Komplexität und damit Aufwand für den Deal mit sich, der durch eine M&A-erfahrene Rechtsabteilung aufgefangen wird.

Worauf sollten Unternehmensjuristen achten, bevor sie diese abschließen?

Der im Verkaufsfall einbezogene Versicherungsmakler muss die erforderlichen Ressourcen und die Expertise haben, mehrere Bieter parallel unter der Wahrung der erforderlichen Vertraulichkeit mit separaten Teams – sogenannte Trees – betreuen zu können. Generell erwarten die Versicherer vom Verkäufer umfangreiche Vendor Due Diligence-Vorarbeiten,

wenn dem Käufer bereits ein fertiges Produkt präsentiert werden soll. Dennoch wird der Käufer auch die Ergebnisse seiner eigenen Due Dilligence vorlegen müssen. Die Versicherungslösung erlaubt möglicherweise einen umfangreicheren Schutz als den, den der Verkäufer bereit ist abzugeben. Die Unterschiede in den jeweiligen Garantiekatalogen müssen aber im Blick behalten werden. Auch sind die Prozesse der Geltendmachung der Ansprüche aus Versicherungspolice und Unternehmenskaufvertrag zu synchronisieren.

Für welche Art von Deals eignen sich W&I-Versicherungen und für welche eher nicht?

Herkömmlich werden W&I-Versicherungen in Fällen genutzt, in denen der Verkäufer bereit ist, eine Prämie zu zahlen beziehungsweise einen geringeren Kaufpreis zu bekommen, weil er keine Haftung übernehmen will oder kann, zum Beispiel Finanzinvestoren und Insolvenzverwalter. Auch kann bei einfachen Transaktionen ohne Sonderthemen der Prozess sehr beschleunigt werden. Bei Deals mit vielen Sonderthemen, die ohnehin garantieunabhängige Freistellungen erfordern, zum Beispiel für Umweltthemen oder bekannte Steuerrisiken und Rechtsstreitigkeiten, entfällt dieser Effekt.

Dabei müsse aber klar sein, dass bekannte Risiken grundsätzlich nicht über eine W&I-Versicherung versicherbar sind, so Wallisch. Zudem gibt es sowohl diverse marktübliche Ausnahmen als auch transaktionsspezifische Ausschlüsse. „Voraussetzung für eine W&I-Versicherung ist zum einen, dass vor der Transaktion eine den Maßstäben der Versicherung genügende Due Diligence durchgeführt wurde“, erläutert der Anwalt. Denn: „Was ich nicht prüfe, bekomme ich grundsätzlich auch nicht versichert.“ Zum anderen beziehe sich die Versicherung auf die Vergangenheit und nicht auf zukünftige Sachverhalte. Typischerweise ausgenommen sind zudem strafrechtliche Geldbußen und sonstige Strafzahlungen, Wissen und Arglist des Versicherungsnehmers, vom Verkäufer offengelegte Tatsachen und Umstände sowie die Kaufpreisanpassung betreffende Themen.

„2013 bin ich bei einer Transaktion das erste Mal mit W&I-Versicherungen in Berührung gekommen“, berichtet Wallisch. Problematisch war allerdings, dass es damals noch nicht viele Versicherungen für Kontinentaleuropa gab und die Versicherungsbedingungen gegenüber heute weniger at-

traktiv waren. Hinzu kam, dass niemand Erfahrungen hatte: „Die Produkte wurden anfangs daher weniger genutzt“, so Wallisch. Der Markt habe sich dann allerdings sehr schnell entwickelt, ebenso wie die Anzahl der Versicherer. Knapp 20 Prozent der Transaktionen in Europa sind nach Auswertungen der Wirtschaftskanzlei CMS Deutschland derzeit über eine W&I-Versicherung abgesichert (s. Grafik 1, S. 27). Und je größer der Wert des Deals ist, desto wahrscheinlicher werden W&I-Versicherungen genutzt (s. Grafik 2, S. 27). In Europa gibt es derzeit etwa 17 W&I-Versicherer. Hinzu kommen neun am deutschen Markt tätige Broker, die quasi die Brücke zwischen Käufer und Verkäufer sind. Einer von ihnen ist der international tätige Versicherungsmakler und Risikoberater Marsh, nach eigenen Angaben weltweit und auch in Deutschland Marktführer für M&A. „Allein in Deutschland haben wir neun Kolleginnen und Kollegen, die ausschließlich M&A-Transaktionen begleiten. Weltweit sind es mehr als 160 Experten“, sagt Dr. Philipp Giessen, Leiter des Geschäftsbereichs Private Equity und M&A von Marsh Deutschland.

MEHR WETTBEWERB UNTER VERSICHERERN

Insgesamt habe sich der W&I-Versicherungsmarkt in Europa stark entwickelt: „Es sind einige neue Versicherer auf den Markt gekommen, und es gibt nur wenige, wie Zurich, die sich aus dem Markt zurückgezogen haben“, berichtet Giessen. „Das führt zu mehr Wettbewerb unter den Versicherungsunternehmen, zu sinkenden Prämien und dazu, dass sich die Anbieter mittlerweile stärker auf den Deckungsumfang konzentrieren.“

Auch die Zahl der Underwriting Teams bei den bestehenden Versicherungsunternehmen wurde aufgestockt. Giessen beobachtet darüber hinaus eine zunehmende Spezialisierung der Versicherer in verschiedene Branchen und Transaktionsgrößen. Das Limit für Deckungssummen liege in der Regel bei etwa 1,5 bis 2 Millionen Euro. „Es gibt aber auch einige Versicherer, die sich auf Deals im kleinen und mittleren Marktsegment spezialisiert haben“, erklärt Giessen. Diese haben ihre Vorgehensweise angepasst, da nicht das gleiche Risikoprüfungsverfahren möglich oder notwendig ist.

„Wichtig ist, dass wir möglichst früh kontaktiert werden, das heißt bevor sich der Käufer an den Verhandlungstisch setzt“, empfiehlt Giessen. Meist würden sie von Kanzleien an Bord geholt. Bei jedem Deal nimmt Marsh zunächst eine Marktausschreibung vor. „Je nach Deal können das fünf, zehn oder sogar zwölf Versicherer sein, denen wir den Kaufvertrag vorlegen und mit denen wir die Policen verhandeln“, erläutert Giessen. „Unsere Kunden erhalten dann einen Report mit unseren Empfehlungen“. Der durchschnittliche Deckungsschutz in Deutschland lag 2019 bei 16 bis 17 Prozent, bei großen Transaktionen waren es 13 bis 14 Prozent des Unternehmenswerts. Als Prämie mussten die Versicherungsnehmer 2019 im Durchschnitt etwa 1,33 Prozent der Deckungssumme bezahlen.

Das Underwriting erfolgt mit einer ausgewählten Versicherung, die sich dann die Due Dilligence-Reports anschaut. Durch einen zusätzlichen Beteiligten im M&A-Prozess sei dieser zwar etwas komplexer, langsamer würden die Transaktionen dadurch jedoch nicht: „Die Marktausschreibungsphase dauert in der Regel drei bis vier Tage, das Underwriting etwa eineinhalb Wochen“, berichtet Giessen. „In der Regel erfolgen das Signing des Kaufvertrags und die Zeichnung der Police zeitgleich, manchmal ein paar Tage später.“ Das sieht Rechtsanwalt Wallisch ähnlich: „Ich habe bei keiner Transaktion erlebt, dass die Timeline durch den Abschluss der W&I-Versicherung maßgeblich beeinflusst wird.“

IMMER MEHR SCHADENSMELDUNGEN

Die Zahl der Schadensmeldungen unter W&I-Policen hat stetig zugenommen: „Die meisten Schadensmeldungen erfolgen innerhalb der ersten zwei Jahre nach Abschluss der

1. Entwicklung von W&I-Versicherungen bei von CMS begleiteten Transaktionen:

	Nein	Ja
2010 bis 2018	90 %	10 %
2018	83 %	17 %
2019	81 %	19 %

2. Je größer der Wert des Deals, desto wahrscheinlicher werden W&I-Versicherungen genutzt:

	Nein	Ja
< 25 Millionen Euro	93 %	7 %
25 bis 100 Millionen Euro	72 %	28 %
> 100 Millionen Euro	51 %	49 %

Quelle Grafiken: CMS European M&A Study 2020

Police“, erläutert Giessen. Dabei bezogen sich nach Ergebnissen der zuletzt 2019 veröffentlichten „Transactional Risk Insurance Claims Study“ von Marsh mehr als die Hälfte der im vergangenen Jahrzehnt eingegangenen Schadensmeldungen auf Steuersachverhalte (31 Prozent) oder Bilanzabschlüsse (23 Prozent). Insgesamt werden rund 84 Prozent der formal korrekt gemeldeten Schäden durch die Versicherungen bezahlt. „Das bedeutet allerdings nicht zwingend, dass in vollem Umfang gezahlt wurde“, schränkt Giessen ein. Grundsätzlich sei aber festzustellen, dass die Deckung immer breiter und besser geworden sei, was die Wahrscheinlichkeit erhöhe, dass ein Ereignis als Schadensfall eingestuft werde.

Im Berufsalltag von Dr. Albrecht Brodhun, General Counsel bei Prange in Plettenberg, sind bisher noch keine Versicherungen zum Tragen gekommen. „Wir haben selbst auch noch keine abgeschlossen. Bei Prange trifft die Unternehmensführung nach Rücksprache mit der Familie die Entscheidungen und übernimmt die Risikoeinschätzung.“ Entsprechend kämen Versicherungen auch eher auf der Käuferseite in Betracht. „Das sind allerdings nicht so große Einzelinvestments mit den entsprechenden Risiken“, räumt Brodhun ein. Zudem sei die Risikoeinschätzung bei Transaktionen mit Volumina von fünf bis zehn Millionen Euro so, dass die Entscheidung nicht für eine Versicherung getroffen werde, da die individuellen Risiken nicht groß genug seien. „In einem reinen Unternehmerumfeld sind W&I-Versicherungen noch nicht so verbreitet wie bei großen Transaktionsvolumina und Transaktionen mit Beteiligung von Finanzinvestoren“,

► Fortsetzung auf Seite 30

► Fortsetzung von Seite 27

meint Brodhun. Interessant sind W&I-Versicherungen aus Sicht des General Counsels vor allem für einen Investor, der nicht das operative Geschäft aus eigener Erfahrung kennt und führt. Wenn ein Verkäufer selbst keine (Compliance-) Garantien zu geben bereit ist, könnte eine Absicherung über eine W&I-Versicherung eine Option sein.

Oft möchten die Käufer allerdings nicht nur unbekannte, sondern auch bekannte Risiken absichern. Ein typischer Fall: „Der Steuerberater weist darauf hin, dass es bei einer Betriebsprüfung zu einer Steuernachzahlung kommen kann, weil beispielsweise unklar ist, ob die freiberuflich tätigen ITler nicht doch als Angestellte behandelt werden müssten“, erläutert Giessen. „Hier ist also das Risiko bekannt, nicht aber der Schaden.“ Für diese Fälle kommen dann Contingency Risk-Versicherungen in Betracht, die allerdings teurer sind als W&I-Versicherungen.



Wissenswertes zu W&I-Versicherungen von Dr. Kai Wallisch, Rechtsanwalt in der Wirtschaftskanzlei CMS Deutschland in Stuttgart:

1. Die Due Diligence hat nicht nur maßgeblichen Einfluss auf den Umfang der Versicherungsdeckung, ohne ist eine Transaktion kaum versicherbar.
2. W&I-Versicherungen lehnen sich an das Haftungsregime des Unternehmenskaufvertrags an und können teilweise in Form von „synthetischen“ Garantien sogar darüber hinaus gehen, beispielsweise aufgrund von Haftungsausschlüssen, aber auch dahinter zurückbleiben. Je nach Unternehmenskaufvertrag können sich dann Haftungslücken für die Käufer ergeben.
3. Die Höhe des Selbstbehalts und der Deckungssumme ist regelmäßig auch von der Prämie abhängig.
4. W&I-Versicherungen decken grundsätzlich nur Risiken aus der Vergangenheit ab.
5. Bekannte Risiken sind regelmäßig nicht abgedeckt, können aber möglicherweise durch Contingency Liability-Versicherungen abgedeckt werden.
6. Die W&I-Versicherungspolice ist eng mit dem Kaufvertrag verzahnt.
7. Aus einer W&I-Versicherungspolice ergeben sich Obliegenheiten wie beispielsweise die Anzeigepflicht von Versicherungsfällen.
8. Die üblichen Verjährungsfristen unter Unternehmenskaufverträgen können durch W&I-Versicherungen „verlängert“ werden.

Aufgrund von Corona dürfte der Bedarf an W&I-Versicherungen nach Einschätzung von Brodhun schon deshalb zunehmen, weil sich der Markt von einem Verkäufermarkt zu einem käuferfreundlicheren Markt verschiebe. Hinzukäme der Kauf aus der Insolvenz. „Ein Insolvenzverwalter gibt keine Garantien“, betont Brodhun.

„Verkäufe von Unternehmen in wirtschaftlicher Schieflage, beispielsweise mit einem negativen operativen Ergebnis, waren lange Zeit nahezu nicht versicherbar“, sagt Philipp Giessen, Head of Private Equity und M&A vom Versicherungsmakler Marsh. Es sei daher in der Vergangenheit vorgekommen, dass Distressed-Transaktionen an Haftungsfragen scheiterten. Nachdem es solche Distressed M&A (DMA)-Policen jedoch bereits seit einiger Zeit in Großbritannien und Skandinavien gibt, werden diese seit etwa einem halben Jahr nun auch in Deutschland angeboten: „Der Versicherer wird in diesen Fällen zum Garantiegeber und sichert den Käufer ab, falls beispielsweise die Bilanz nicht korrekt ist oder Rechtsstreitigkeiten bestehen“, erläutert Giessen. „Dass es nicht bei jeder solcher Transaktion möglich ist, alle erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen, gehört dazu. Und noch eine gute Nachricht: „Einen allgemeinen Deckungsausschluss aufgrund der Pandemie gibt es weder bei DMA- noch bei W&I-Policen“, betont Giessen. ■

Claudia Behrend



- × W&I-Versicherungen decken nur unbekannte Risiken ab, was für unerfahrene Käufer oft überraschend ist. Für bekannte Risiken muss auf teurere Contingency Risk-Versicherungen zurückgegriffen werden.
- × Der Käufer findet in der Versicherung einen solventen Schuldner.
- × Die Höhe der Prämie liegt bei etwa ein Prozent der eingekauften Deckung.
- × Der Deckungsschutz in Deutschland lag 2019 bei 16 bis 17 Prozent, bei Großunternehmen waren es 13 bis 14 Prozent des Unternehmenswertes.
- × Typischerweise arbeiten W&I-Versicherungen mit einem Selbstbehalt des Versicherungsnehmers in Höhe von 0,5 bis 1 Prozent des Unternehmenswerts.
- × Ausgeschlossen sind typischerweise Garantien, die auf in der Zukunft angelegtes Tun oder Unterlassen gerichtet sind, strafrechtliche Geldbußen sowie sonstige Strafzahlungen sowie Wissen und Arglist, vom Verkäufer bereits offengelegte Tatsachen und Umstände sowie Themen, die den Kaufpreismechanismus betreffen.



HOMEOFFICE

DAS ENDE DER ANWESENHEITS-KULTUR: **HOMEOFFICE WIRD ZUM REGELFALL**

Die Corona-Pandemie hat in Deutschland quasi über Nacht erzwungen, worüber seit Jahren ein politischer Streit tobt: das Regel-Ausnahme-Verhältnis im Hinblick darauf, den Arbeitsort zu verändern. Was aus Gründen des Gesundheitsschutzes in vielen Betrieben zur Pflicht wurde, sollte in einklagbares Recht münden – zum Schaden vor allem kleiner Unternehmen.

► Auf die hierzulande exponentielle Ausbreitung des Corona-Virus im Herbst hatten der Bund und die Länder mit den erneuten Shutdowns ab Anfang November und Dezember 2020 reagiert. Ihren Beschluss verbanden sie mit der eindringlichen Aufforderung an die Wirtschaft, wie schon im Frühjahr 2020 wieder weitestgehend auf Telearbeit respektive mobile Arbeit zu setzen. Die reale Entwicklung überholte die über den gesamten Sommer geführte theoretische Debatte um die Verankerung eines Rechtsanspruchs auf Heimarbeit. Tatsächlich schwelt der politische Streit darum seit langem. Als Treiber innerhalb der Großen Koalition gilt Bundesarbeitsminister Hubertus Heil (SPD). Wiederholt hatte er mit nicht abgestimmten Vorstößen versucht, eines seiner Leib- und Magenthemen im Kabinett durchzudrücken (siehe auch Kasten „Politischer Streit um Homeoffice“, Seite 35). Ein im September 2019 durch sein Ressort publizierter Bericht artikulierte ein wesentliches der damit verbundenen politischen Handlungsziele: die „Anwesenheitskultur am Arbeitsplatz zu kontern“.

Nach heftiger Gegenwehr aus den Unionsreihen strich der Bundesarbeitsminister die Idee vom garantierten Anspruch: Man könne zumindest gemeinsam einen modernen Rahmen für mobile Arbeit zu beschließen. Auch in der Wirtschaft war Heils Dringen auf ein Homeoffice-Recht auf breite Ablehnung gestoßen. Die Unternehmen hätten zwei Teil-Shutdowns zu verkraften, es brauche „keine weiteren Ziegelsteine im Rucksack“, so Hans Peter Wollseifer, Präsident des Zentralverbands des Deutschen Handwerks.

RECHTSANSPRUCH ÜBERFORDERT KLEINE BETRIEBE

Gerade kleine und mittelgroße Betriebe traf die Initiative in einer sehr kritischen Phase. Komplexität und Kosten eines Rechtsanspruchs aufs Homeoffice hätten sie vollends überfordert. Er sehe ohnehin keinen Handlungsbedarf, befand Ingo Kramer, bis Ende November 2020 amtierender Präsident

der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA), kurz vor seinem Ausscheiden: Mobiles Arbeiten sei in Deutschland Alltag. Wo dies möglich sei, böten es die Unternehmen heute schon an.

Der BDA verweist in diesem Zusammenhang auf Erhebungen aus 2017. Danach lag die Quote für mobiles Arbeiten bei Betrieben mit bis zu neun Beschäftigten bei gut 60 Prozent, auf Konzernebene belief sich der Anteil auf 94 Prozent. Bundesweit kamen die Unternehmen, in denen es die Bedingungen zuließen, im Schnitt auf 61 Prozent. Die engere Form des Homeoffice bot 2017 jede dritte Firma an. 2018 näherte sich dieser Wert bereits der 40-Prozent-Marke an, inzwischen hat er sie überschritten.

Ganz grundsätzlich wäre eine rechtliche Verbriefung nach Überzeugung des in Berlin ansässigen Lobbyverbands ein „schwerwiegender Eingriff in die Unternehmerfreiheit und mit höherrangigen verfassungsrechtlichen Erwägungen nicht vereinbar“. Um das Thema Homeoffice hierzulande voranzutreiben, bedürfe es keines Rechtsanspruchs, wie die Entwicklung in Dänemark, Norwegen oder Finnland zeige, illustriert der BDA. Innerhalb Europas besteht dieser seit Mitte 2015 überhaupt nur in den Niederlanden.

Bisher basiert das Engagement der Unternehmen auf Freiwilligkeit. „Mit dem Gesetz zur mobilen Arbeit wollen wir einen verlässlichen rechtlichen Rahmen schaffen, der Raum für praxisbewährte tarifvertragliche und betriebliche Regelungen lässt“, hatte eine Sprecherin des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) erklärt. Die Erfahrungen während der Corona-Pandemie belegten, dass sich deutlich mehr Tätigkeiten für mobile Arbeit eigneten, als angenommen – den Willen vorausgesetzt.

Die Bundesregierung selbst geht mit gutem Beispiel voran: Nach eigenen Angaben hat sie zwischen März und September 2020 40.728 Desktop-PC, Laptops und Tablets samt Zubehör im Gesamtwert von 93,5 Millionen Euro angeschafft. Die Geräte versetzen Mitarbeiter von Ministerien und nachgeordneten Behörden in die Lage, „remote“ zu arbeiten. Mit Technik allein sei es aber nicht getan, so das BMAS: Heimarbeiter seien vor sich selbst und einer Entgrenzung der Arbeit zu schützen. Aus arbeitspsychologischer Sicht ist die ausschließliche Arbeit von Beschäftigten im Homeoffice nicht zu empfehlen „Auf Dauer geht die Bindung an das Unternehmen verloren“, sagt Dr. Marlen Cosmar, Referentin am Institut für Arbeit und Gesundheit der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung (IAG). Die Leistungsfähigkeit des betreffenden Teams oder der Abteilung sinke, weil der Informationsfluss verringert werde. Und über allem schwebte die Gefahr der Isolation und Selbstausbeutung.

Ohne persönlichen Kontakt vor Ort leide zudem tendenziell das Vertrauensverhältnis, warnt die Expertin des in Dresden beheimateten Instituts: „Eine dauerhafte Führung auf Distanz erfordert klare Kommunikation, Transparenz und Teilhabe“, illustriert Dr. Cosmar. Auch an Präsenztagen im Unternehmen

POLITISCHER STREIT UMS HOMEOFFICE

Mehr als zwei Jahre lang versuchte Bundesarbeitsminister Hubertus Heil (SPD), für Beschäftigte in Deutschland einen Rechtsanspruch auf Telearbeit („Homeoffice“) durchzusetzen. Gegen den Widerstand aus Reihen der Koalition kündigte er im April 2020 an, bis zum Herbst einen Gesetzesentwurf vorzulegen, der diesen gewährt – und zwar „jedem, der möchte und bei dem es der Arbeitsplatz zulässt“. Das letztlich im Oktober 2020 präsentierte Papier hätte erstmals bundesweit einen Anspruch auf Telearbeit respektive mobiles Arbeiten normiert. Bei einer Fünf-Tage-Woche sollte er demnach an 24 Tagen im Jahr für alle Beschäftigten gelten, deren Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hat. Nach massiver Kritik unter anderem von Bundeskanzlerin Angela Merkel (CDU) persönlich („so sicher nicht“) sieht Heils neuer Entwurf nun keinen garantierten Rechtsanspruch mehr vor. Stattdessen genießen Heimarbeiter künftig einen verbesserten Versicherungs- und Arbeitsschutz. Auch das Zurücklegen des Weges nach und von Kinderbetreuungseinrichtungen soll bei einer Tätigkeit im gemeinsamen Haushalt erfasst werden. Arbeitnehmer, die regelmäßig mobil arbeiten möchten, müssten dem Arbeitgeber Beginn und Dauer, Umfang und Verteilung der mobilen Arbeit spätestens drei Monate vorher mitteilen. Die Arbeit soll demnach an Orten der Wahl oder an mit dem Arbeitgeber vereinbarten Orten erledigt werden können. Explizit vorgesehen ist die Verpflichtung, die gesamte Arbeitszeit täglich voll zu erfassen. Damit soll verhindert werden, dass die Heimarbeit zu einer Entgrenzung von Arbeit ins Private führt. „Auch im Homeoffice muss mal Feierabend sein und ein Mindestmaß an Arbeitsschutz gelten“, betont Bundesarbeitsminister Heil. Arbeitgeber sollen konkret auf die gewünschte Ausgestaltung der mobilen Arbeit eingehen müssen. Lehnen sie den Antrag ab, sollen sie dies spätestens nach zwei Monaten gut begründet schriftlich mitteilen müssen. Kommen sie ihrer Erklärungs- oder Erörterungspflicht nicht nach, soll die mobile Arbeit längstens für sechs Monate als festgelegt gelten. Das ehemals geplante Recht auf Homeoffice ist zum Recht auf Erörterung des Wunschs nach regelmäßigem mobilen Arbeiten geschrumpft. In der Praxis erhalten Beschäftigte zwar keinen Anspruch, aber ein höheres Druckmittel.

erwarten Mitarbeiter aus ihrer Sicht eine veränderte Führungskultur, die wahrnehmbar auf Moderation statt Kontrolle und Freiräume statt Restriktionen setzt: „Vorgesetzte sollten stärker zielorientiert führen.“

Die Psychologin regt an, im Unternehmen regelmäßig Besprechungen durchzuführen und im Idealfall eine fixe Zahl von Tagen festzulegen, an denen Beschäftigte vor Ort sind. „So wird auch informeller Kontakt zu einem gewissen Grad ermöglicht – über virtuelle Kaffeepausen lässt der sich auf die Dauer nicht effektiv herstellen.“ Mit Blick auf Arbeits- und Gesundheitsschutz sollten sich Führungskräfte stets vergewissern, dass die Telearbeiter die hierfür förderlichen Bedingungen aufrechterhalten können.

ARBEITSZEITGESETZ GILT AUCH IM HOMEOFFICE

Denn auch im Homeoffice gilt das Arbeitszeitgesetz. Wer von zu Hause aus arbeitet, der muss ebenfalls Höchstarbeitszeit und Ruhezeiten beachten. Und auch hier bleibt Sonn- und Feiertagsarbeit verboten. Der Arbeitgeber sollte darauf hinweisen und ein geeignetes Modell für die Zeiterfassung erarbeiten. Er hat zudem im Hinblick auf den Arbeitsschutz eine Gefährdungsbeurteilung vorzunehmen, indem er die Umstände des Homeoffice-Arbeitsplatzes erfragt. Eine Kontrollpflicht hat er allerdings nicht.

Die konkreten Regelungen sollten als Homeoffice-Vereinbarung möglichst detailliert im Arbeitsvertrag festgehalten werden. Darunter fallen Vertrauensarbeit, Definition von Zutrittsrechten, ein Verbot zur Nutzung privater Arbeitsmittel und vor allem der Datenschutz. Ein sicherer Datentransfer kann beispielsweise über verschlüsselte VPN-Verbindungen garantiert werden. Sie ermöglichen den externen Zugriff auf das Firmennetzwerk, der gesamte Datenverkehr wird dann hierüber durchgeleitet.

Bei allen Vorzügen – und Notwendigkeiten – von Homeoffice-Arbeit regt sich Kritik: Das Konzentrationsniveau sei geringer, die Ablenkung größer. Im Ergebnis führe das zu Einsätzen fern üblicher Arbeitszeiten, um das Pensum zu schaffen. Trotz stärkerer Vermischung von Beruflichem und Privatem fänden Studien jedoch „eigentlich keine Effekte auf psychische Belastungen, oft eher einen Rückgang“, erklärt Dr. Susanne Steffes vom Leibniz-Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW) und der Universität zu Köln.

Am ZEW in Mannheim forscht sie im Bereich „Marktdesign“. Dr. Steffes verweist auf zwei weitere Aspekte, die Umfragen des ZEW und des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) in Nürnberg zutage förderten: Viele Arbeitnehmer möchten gar nicht langfristig von zu Hause arbeiten. Und weil sich innerhalb eines Unternehmens nicht alle Tätigkeiten dafür eignen, kann das den Betriebsfrieden stören: „Man könnte sich fragen, ob ein Recht auf Homeoffice unnötige Unruhe in die Unternehmen bringt“, so Dr. Steffes.

Es bleibt zu klären, wer die Ausstattung finanziert. Wie werden etwaige Überstunden vergütet, wie kann das Finanzamt beteiligt werden? Die gesetzlichen Kriterien hierfür sind streng, Vorschläge für eine Vereinfachung kursierten (siehe Kasten „Ringeln um steuerliche Absetzbarkeit“, Seite 37). Thomas Heilmann, Vorsitzender des Arbeitskreises „Zukunft der Arbeit“ der Unions-Fraktion im Bundestag, befeuerte die Debatte mit einem „Eckpunktepapier“. Statt Rechtsanspruch auf Homeoffice machte sich Heilmann für bessere Bedingungen stark. Erreichen wollte der CDU-Politiker dies unter anderem mit Steuererleichterungen für Arbeitgeber und einem „Recht auf Nicht-Erreichbarkeit“ für Arbeitnehmer. Statt mehr Dirigismus wünsche er sich „eine pragmatische Klärung der Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer“, sagte Heilmann im Interview mit [gruenderszene.de](https://www.gruenderszene.de). Noch vor dem Beschluss des erneuten Teil-Shutdowns haben Konzerne wie Amazon, Microsoft oder SAP ihre Homeoffice-Option für Mitarbeiter bis Juli 2021 verlängert.

Doch wie umgehen, mit der Verunsicherung darüber, was die Legislative beschließen wird? Aus dem VW-Konzern heißt es lapidar, man schaue sich "derzeit an, was das Bundesarbeitsministerium in Sachen Homeoffice plant und werden uns mit unseren internen Regelungen entsprechend orientieren“. Diese interne Klärung, vor allem mit der Arbeitnehmerseite, sei „noch nicht in einem Stadium, das wir in der Öffentlichkeit diskutieren könnten“. Organisation und Prozesse haben die Wolfsburger angepasst.

Das gilt auch für Vodafone in Düsseldorf. „Die Krise hat uns dazu gezwungen, noch intensiver umzudenken“, erklärt Personalgeschäftsführerin Bettina Karsch, „unsere Kultur hat das enorm gestärkt.“ Die Umstellung sei aber „niemandem leicht gefallen“ – insbesondere hinsichtlich der Meetingkultur mit dem Wechsel auf ausschließlich digitale Videokonferenzen. Als Effekt sei ein Effizienz- und Zeitgewinn zu notieren. Es wurde offenbar, dass „einige alte Arbeitsstrukturen längst hinfällig waren“, so Karsch.

NACHFRAGE NACH BÜROFLÄCHEN SINKT

Ob der Wandel allerdings durch den Gesetzgeber erzwungen werden sollte, daran scheiden sich die Geister. Cawa Younosi, Personalchef der SAP für Deutschland, ist der Überzeugung, alles sollte „am Markt durch den Wettbewerb um die Talente gelöst werden“. Laut Younosi haben die Walldorfer die Themen Mobilarbeit/Remote Work „in inhaltlicher Abstimmung und großer grundsätzlicher Übereinstimmung mit unseren Sozialpartnern als Betriebsvereinbarung umgesetzt“. Zuerst wurde das Prinzip „Vertrauensarbeitsort“ mit einer Mobilarbeitsregelung in der deutschen Landesgesellschaft etabliert, danach auch in der Unternehmenszentrale. Nicht jede Tätigkeit eigne sich, weil sie an einen festen Ort oder eine Zeit gebunden sei, bei der SAP etwa die Wartung von

Rechenzentren. „Tendenziell sinkt aber der Anteil solcher Aufgaben seit einiger Zeit im Wege der Digitalisierung respektive Automatisierung“, so Younosi. Am Ende sei alles vor allem eine Frage der Unternehmenskultur.

Doch so ganz freiwillig erfolgt der Umbruch nicht: Der Entwurf des BMAS mit einem verbrieften Anspruch aufs Homeoffice stützte sich nicht zuletzt auf eine EU-Richtlinie zur Vereinbarkeit von Beruflichem und Privatem für Eltern und pflegende Angehörige, die bis zum 2. August 2022 umgesetzt werden muss. Spätestens dann sollen Arbeitnehmer, die in den definierten Personenkreis fallen, das Recht haben, flexible Arbeitsregelungen für Betreuungs- und Pflegezwecke zu beantragen.

Die Veränderung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses im Hinblick auf den Arbeitsort befeuert eine weitere Entwicklung: Nach der Corona-Krise werden mehr Menschen dauerhaft oder überwiegend zu Hause arbeiten, prognostiziert der Spitzenverband der Immobilienwirtschaft (ZIA) mit Sitz in Berlin. Entsprechend werde die Nachfrage nach Büroflächen hierzulande um zehn bis 20 Prozent sinken. Schon stellen sich die großen Unternehmen auf die veränderten Gegebenheiten ein. So will etwa die Deutsche Telekom ihre Büroflächen um bis zu 40 Prozent reduzieren und auf diese Weise Mieten in achtstelligem Volumen einsparen. Auch bei SAP führt die Entwicklung zu einem Umdenken: Am Sitz in Walldorf sowie in St. Leon-Rot hatte der Konzern jüngst zwei mehrgeschossige Bürogebäude in Modulbauweise eröffnet. Mit dem Trend hin zu mehr Telearbeit könnten nun architektonische Änderungen an den rund 150 Millionen Euro teuren Neubauten erforderlich werden. ■

Bijan Peymani



- × Der politische Streit um den Rechtsanspruch auf Homeoffice schwelt seit langem – die Große Koalition ist uneins bei Notwendigkeit und Ausgestaltung.
- × Die Wirtschaft verweist auf die ökonomisch schwierige Lage und verweigert sich weiteren finanziellen Belastungen und bürokratischem Aufwand.
- × Unternehmen haben während der Corona-Pandemie ihre Organisationen und Prozesse schon in großem Stil an neue Anforderungen angepasst.
- × Kritiker eines gesetzlich verankerten Anspruchs werben für die pragmatische Klärung der Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.
- × Die Politik ist durch eine EU-Richtlinie bis August 2022 unter Zugzwang; doch auch Brüssel gibt keinen eindeutigen Rechtsanspruch auf Homeoffice vor.

RINGEN UM STEUERLICHE ABSETZBARKEIT

Für Arbeitnehmer, die die Aufwendungen für einen Telearbeitsplatz steuerlich geltend machen möchten, sind die Kriterien nach der aktuellen Rechtslage streng. Er muss in einem separaten Raum liegen, der zu mindestens 90 Prozent beruflich genutzt wird und dessen Ausstattung auf Tisch, Stuhl sowie Arbeitsmittel begrenzt ist. Zudem darf im Betrieb des Arbeitgebers dauerhaft kein alternativer Arbeitsplatz vorhanden sein. Angesichts der seit Frühjahr 2020 im großen Stil erzwungenen Telearbeit kam jedoch Bewegung in die Sache. So hatte der Bundestag im Oktober 2020 in erster Lesung ein Gesetz beraten, wonach Aufwendungen für ein Homeoffice – etwa die anteilige Miete, höhere Strom- oder Heizkosten – künftig leichter von der Steuer absetzbar sein sollen. Die Ausstattung für das Arbeiten von zu Hause wird künftig vom Fiskus unterstützt – unabhängig vom Nachweis eines separaten Arbeitszimmers. Lange stritt die Große Koalition darüber, wie und in welchem Umfang dies mit vertretbarem Verwaltungsaufwand erfolgen kann. Anfang Dezember 2020 einigte sie sich schließlich auf eine Pauschale von fünf Euro pro Tag, die längstens für 120 Tage gewährt wird. Damit liegt die Höchstsumme bei 600 Euro jährlich. Der Betrag wird in die Werbungskostenpauschale eingerechnet, also nicht zusätzlich zu dieser gewährt. Sie beträgt derzeit 1000 Euro und wird vom zu versteuernden Einkommen abgezogen, senkt also die Steuerlast. Die Werbungskostenpauschale gilt für Ausgaben, die im Zusammenhang mit dem Beruf entstehen, etwa Fahrtkosten zur Arbeit, Arbeitskleidung oder Weiterbildungen. Wer dafür mehr als 1000 Euro ausgibt, muss dies in seiner Steuererklärung explizit geltend machen. Unklar blieb bei Redaktionsschluss zunächst, ob die Regelung schon für das Jahr 2020 gelten sollte. Mit ihrer Einigung orientiert sich die Bundesregierung an einem früheren Vorschlag der Finanzminister Hessens und Bayerns. Sie hatten Ende September 2020 einen Pauschalbetrag von fünf Euro pro Tag im Homeoffice für jährlich maximal 120 Arbeitstage angeregt. Tatsächlich können Arbeitnehmer private Aufwendungen für die Arbeit von Zuhause bereits im Rahmen des steuerfreien Auslagenersatzes nach § 3 Nr. 50 Einkommensteuergesetz geltend machen. Diese müssen jedoch aufwändig einzeln belegt und exakt abgerechnet werden.

VORSTANDSVERGÜTUNG

DECKEL DRAUF

Ab 2021 muss der Aufsichtsrat börsennotierter Unternehmen eine Maximalvergütung für Vorstände festlegen. Die Hauptversammlung kann diese weiter herabsetzen. Was bei Wirtschaftsverbänden auf wenig Gegenliebe stößt, dürfte jedoch in der Praxis nur geringe Auswirkungen haben.



► Finanziell sind Chefetagen oftmals recht weit entfernt von der einfachen Arbeitswirklichkeit: 52 Mal so viel wie ihre Angestellten kassieren Vorstände der Dax-Konzerne im Durchschnitt. Das hat die Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz (DSW) gemeinsam mit Finanzwissenschaftlern der Technischen Universität München errechnet. Am größten ist das Gehaltsgefälle demnach bei Volkswagen: Bei dem Autobauer sind die Bezüge der Führungsetage 97 Mal höher als der durchschnittliche Personalaufwand pro Mitarbeiter im Unternehmen. Die Aufsichtsräte seien gefordert, darauf zu achten, dass die Schere sich in einem Unternehmen nicht zu weit öffne, mahnt Marc Tüngler, Jurist und DSW-Hauptgeschäftsführer.

Derartige Zahlen waren für die Politik regelmäßig Anlass, eine Begrenzung der Managergehälter zu fordern – vor allem in Wahljahren. Jahrelang blieb es bei lautstark vorgetragene Forderungen. Doch im Zuge der Umsetzung der zweiten Europäischen Aktionärsrechterichtlinie ARUG II in deutsches Recht hat der Bundestag nun Ernst gemacht: Ende 2019 einigten sich Union und SPD auf eine Begrenzung von Vor-

standsgehältern. Demnach ist der Aufsichtsrat künftig dazu verpflichtet, eine Maximalvergütung, einen sogenannten Cap, für die Vorstandsmitglieder festzulegen. Bisher sollte der Aufsichtsrat nur auf freiwilliger Basis nach dem Deutschen Corporate Governance Kodex eine betragsmäßige Höchstgrenze festlegen – jetzt wird er dazu verpflichtet (s. auch Kasten S. 40). Zusätzlich hat die Hauptversammlung als Vertreterin der Aktionäre die Möglichkeit, die vom Aufsichtsrat beschlossene Maximalvergütung noch weiter herabzusetzen. Mit den Neuerungen wird eine Befassung der Hauptversammlung zur Vorstandsvergütung ab 2021 verpflichtend.

EINGRIFF IN DIE UNTERNEHMERISCHE FREIHEIT

Wirtschaftsverbände sehen die Neuregelung kritisch. Die Diskussion um die Angemessenheit hoher Vorstandsbezüge sei unter dem Eindruck einiger weniger Ausnahmefälle geführt worden, so Niels Lau, Abteilungsleiter Recht, Wettbewerb und Verbraucherpolitik beim Bundesverband der



„Gute Leistung soll gut vergütet werden. Wenn es aber schlecht läuft, muss der Vorstand dies ebenfalls im Portemonnaie spüren. Und das sehen wir oft noch nicht.“

– Marc Tüngler, Hauptgeschäftsführer,
Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz

Deutschen Industrie (BDI): Mit der gesetzlichen Vorgabe würden nun „tausende Aktiengesellschaften in Mithaftung genommen“. Es handele sich um einen tiefen Eingriff in die unternehmerische Freiheit, meint Verbandsjurist Lau. Maß halten sei nicht nur bei der Höhe der Vorstandsvergütung angezeigt – sondern „auch bei derartigen Eingriffen in unternehmerische Entscheidungen“. Auch DSW-Hauptgeschäftsführer Tüngler hält von einer pauschalen Deckelung

der Vorstandsbezüge wenig. Besser wäre eine stärker leistungsorientierte Bezahlung, die sich etwa am Aktienkurs orientiert. „Gute Leistung soll gut vergütet werden“, betont der Jurist. „Wenn es aber schlecht läuft, muss der Vorstand dies ebenfalls im Portemonnaie spüren. Und das sehen wir oft noch nicht.“ Dr. Thorsten Kuthe, Rechtsanwalt und Partner in der Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek in Köln und Experte für Kapitalmarkt- und Aktienrecht, beschwichtigt jedoch: „Ein echter Deckel ist es nicht.“ Es solle lediglich ein System für die Vergütung geben, in dem ein Deckel vorgesehen ist. Das beziehe sich jedoch nicht auf konkrete individuelle Verträge und gelte auch nur bei Gesellschaften, deren Aktien im regulierten Markt börsennotiert sind – und dort sah der Deutsche Corporate Governance Kodex schon bisher eine inhaltlich weitgehend identische Empfehlung vor. „Der praktische Effekt wird jedoch sein, dass künftig mehr über das Thema gesprochen wird, wenn die Hauptversammlung darüber beschließt und Abweichungen im Vergütungssystem nicht mehr zulässig sind“, so Kuthe. „In variablen Vergütungsvereinbarungen für Vorstände dieser Gesellschaften müssen daher jetzt maximale Beträge vorgesehen werden.“ Dies ist derzeit nicht immer der Fall.

„Die praktischen Auswirkungen der gesetzlichen Pflicht zur Deckelung der Vorstandsvergütung dürften für die meisten Unternehmen überschaubar sein“, bestätigt Dr. Karsten Heider, Rechtsanwalt und Partner in der Wirtschaftskanzlei CMS in Stuttgart und ebenfalls Experte für Kapitalmarkt- und Aktienrecht. Zumal der Gesetzgeber keine Vorgabe zur Höhe des Deckelbetrags macht. Für den Aufsichtsrat werde die

CORPORATE GOVERNANCE KODEX: EIGENVERANTWORTLICH VERANTWORTUNGSVOLL

Der Deutsche Corporate Governance Kodex stellt wesentliche gesetzliche Vorschriften zur Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Gesellschaften dar und enthält in Form von Empfehlungen und Anregungen international und national anerkannte Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung. Darunter fällt auch die Vorstandsvergütung. Die Empfehlungen und Anregungen werden jährlich daraufhin überprüft, ob sie der Best Practice guter Unternehmensführung weiter entsprechen oder ob eine Anpassung notwendig ist. Der Kodex gilt dabei als Ausdruck einer Selbstverpflichtung der Wirtschaft zu guter Corporate Governance.

Mit der gesetzlichen Regelung zur Vorstandsvergütung werde die Corporate Governance-Debatte in Deutschland nun erheblich zurückgeworfen, kritisiert BDI-Jurist Niels Lau. Denn neben dem Aktiengesetz sehe der Deutsche Corporate Governance Kodex bereits heute eine Vielzahl von Kennziffern und Kriterien für eine angemessene Vorstandsvergütung vor, so etwa die Orientierung an der Vergütung relevanter Teile der Belegschaft. Die Auswirkungen dieser Regelungen habe der Gesetzgeber offenbar nicht abwarten wollen. „Die Regelungen stehen für eine Tendenz, mit gesetzlichem Zwang in funktionierende Systeme wie die Selbstregulierung nach dem Deutschen Corporate Governance Kodex einzugreifen“, kritisiert Verbandsjurist Lau. „Dies wirkt sich insgesamt negativ auf die Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen aus.“

Festlegung einer Maximalvergütung nur einer von vielen Bestandteilen des detailliert festzulegenden Vergütungssystems sein. „Aufgrund der Komplexität der rechtlichen Vorgaben und um sich am Marktstandard orientieren zu können, greifen viele Aufsichtsräte hierbei auf die Dienste externer Vergütungsberater zurück.“ Der Aufsichtsrat ist in der Pflicht, das Vergütungssystem bis zur Einberufung der ordentlichen Hauptversammlung 2021 zu erarbeiten.

AUFSICHTSRAT MUSS VERGÜTUNGSSYSTEM FÜR VORSTANDSMITGLIEDER FESTLEGEN

„Der Aufsichtsrat einer börsennotierten Gesellschaft muss in Zukunft ein klares und verständliches System zur Vergütung der Vorstandsmitglieder beschließen“, erläutert Dr. Hans-Peter Löw, Partner und Leiter der deutschen Arbeitsrechtspraxis bei Allen & Overy LLP in Frankfurt. „Dieses Vergütungssystem muss unter anderem die Festlegung einer Maximalvergütung der Vorstandsmitglieder enthalten.“ Das vom Aufsichtsrat verabschiedete Vergütungssystem ist dann der Hauptversammlung vorzulegen. „Der Beschluss der Hauptversammlung dazu ist an sich unverbindlich“, so Löw. Es gibt allerdings eine gewichtige Ausnahme: „Unter bestimmten Voraussetzungen kann die Hauptversammlung die vom Aufsichtsrat beschlossene Maximalvergütung herabsetzen.“ Eine Erhöhung der Maximalvergütung durch die Hauptversammlung ist dagegen ausgeschlossen.

Das Herabsetzen der Vorstandsvergütung ist allerdings nur dann möglich, wenn Aktionäre, die zusammen mindestens fünf Prozent der Aktien oder einen anteiligen Betrag von 500.000 Euro am Grundkapital der Gesellschaft halten, über ein Tagesordnungsergänzungsverlangen eine Beschlussfassung der Hauptversammlung über die Herabsetzung der vom Aufsichtsrat im Vergütungssystem festgelegten Maximalvergütung herbeiführen. Das ist zunächst einmal eine vergleichsweise hohe Hürde. „Es ist wohl zu erwarten, dass insbesondere aktivistische Aktionäre von ihrem Recht zur Ergänzung der Tagesordnung Gebrauch machen und eine Herabsetzung der Maximalvergütung verlangen werden“, meint CMS-Experte Heider. Seiner Einschätzung nach dürfte ein solches Verlangen aber nur in Ausnahmefällen von Erfolg gekrönt sein. „Für eine Herabsetzung der Maximalvergütung bedarf es eines mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen zu fassenden Hauptversammlungsbeschlusses“, so Heider. „Eine solche Mehrheit wird wohl nur dann zu erlangen sein, wenn die Maximalvergütung im Hinblick auf die Leistungen des Vorstands deutlich überzogen ist.“

Ein Eingriff in die unternehmerische Freiheit beziehungsweise in die Vertragsfreiheit, den Kritiker immer wieder bemängeln, ist die Neuregelung dann auch nur sehr bedingt. „Die Neuregelung erlaubt durch Hauptversammlungsbeschluss eine Herabsetzung der Maximalvergütung“, so Heuking-Anwalt



DR. THORSTEN KUTHE,
Rechtsanwalt und Partner,
Heuking Kühn Lüer Wojtek



DR. KARSTEN HEIDER,
Rechtsanwalt und Partner,
Wirtschaftskanzlei CMS



DR. HANS-PETER LÖW,
Partner und Leiter der deutschen
Arbeitsrechtspraxis,
Allen & Overy LLP

Kuthe. Damit werde aber nicht die individuelle Vorstandsvergütung herabgesetzt sondern lediglich das Vergütungssystem angepasst. „Es ist auch nicht erforderlich, dass der Aufsichtsrat in Verträgen eine Klausel vorsehen muss, wonach dann auch eine Anpassung der Vorstandsvergütung in laufenden Verträgen erfolgt“, erläutert Kuthe. Relevant wird die Herabsetzung der Maximalvergütung erst, wenn der Aufsichtsrat mit einem Vorstandsmitglied einen neuen Vertrag abschließt oder einen Vorstandsdienstvertrag verlängert. Erst dann muss die herabgesetzte Maximalvergütung im Vorstandsdienstvertrag abgebildet sein. Zu diesem Zeitpunkt weiß das Vorstandsmitglied aber genau, worauf es sich einlässt. „Damit ist es kein echter Eingriff in die Vertragsfreiheit, sondern dem Aufsichtsrat werden lediglich Vorgaben gemacht für einen Rahmen, den er beachten muss“, so Kuthe.

VERGÜTUNG MUSS LEISTUNG DES VORSTANDS ANGEMESSEN WIDERSPIEGELN

Da es hinsichtlich der maximalen Vergütungshöhe im Gesetz keine Vorgabe gibt, gilt zunächst einmal das, was auch vorher

schon galt: „Die Vergütung muss in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des Vorstandsmitglieds und zur Lage der Gesellschaft stehen und darf die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigen“, sagt Allen & Overy-Experte Löw. „In der Frage, was als üblich gelten kann, soll der Aufsichtsrat eine geeignete Vergleichsgruppe anderer Unternehmen heranziehen, deren Zusammensetzung er offenlegt.“ Für diesen sogenannten Peer-Group-Vergleich ist die Marktstellung der Unternehmen – insbesondere hinsichtlich der Branche, der Größe und des Landes – entscheidend. „Außerdem soll der Aufsichtsrat das Verhältnis der Vorstandsvergütung zur Vergütung des oberen Führungskreises und der Belegschaft insgesamt berücksichtigen“, so Löw. „Diesen Aspekt bezeichnen wir als vertikale Vergleichbarkeit.“

Demzufolge gelten also eigentlich die in den meisten Unternehmen bestehenden Kriterien weiter – und anhand derer muss der Aufsichtsrat einen Maximalwert beziffern. „Bei variablen Vergütungsbestandteilen war es auch bisher schon üblich, dass der Aufsichtsrat eine Prognose traf, was denn eine angemessene Vergütung ist, die sich ergibt, sofern bestimmte Ziele erreicht werden“, erklärt Heuking-Anwalt Kuthe. Spannend und unklar ist aber, wie das Ganze bei aktienkursbasierten Vergütungen funktionieren soll. „Werden Vorständen Aktienoptionen gewährt und der Kurs steigt – für die Aktionäre ja höchst erfreulich – viel höher als ursprünglich angenommen, kann es sein, dass die Vergütungsgrenzen durchstoßen werden“, so der Aktienrechtsexperte. „Denkt man dies logisch fort, müsste sich dann die Zahl der Optionen, die ausübbar sind, reduzieren bei guter Unternehmenskursentwicklung.“ Und das dürfte weder im Sinne des Aufsichtsrats noch der Aktionäre sein. Aber auch in dieser Hinsicht werden sich praxistaugliche Regelungen ergeben.

Auch wenn die neuen Regelungen in der Praxis kaum Auswirkungen haben dürften, ist jedoch der psychologische Effekt nicht zu verachten. „Eine entsprechende Regelung ist nicht förderlich, um internationale Topkräfte nach Deutschland zu bekommen“, meint Kuthe. „Das schmälert potenziell die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Unternehmen und beeinträchtigt damit die Chance zum Wachstum, zur Schaffung neuer Börsenwerte und Arbeitsplätze.“

MAXIMALVERGÜTUNG MIT AUGENMASS FESTSETZEN

Um das zu verhindern, sei der Aufsichtsrat gefordert, die Maximalvergütung mit Augenmaß festzusetzen, betont CMS-Experte Heider. „Eine zu niedrig bemessene Maximalvergütung könnte für betroffene Unternehmen einen Nachteil bei der Suche nach neuen Vorstandsmitgliedern bedeuten.“ Auch den Aktionären müsse bewusst sein, dass

eine übermäßige Herabsetzung der Maximalvergütung durch die Hauptversammlung dem Unternehmen letztlich mehr schaden als nutzen könnte. Die Gefahr, dass es letztlich soweit kommt, sei jedoch gering. „Einflussreiche Stimmrechtsberater und wichtige, insbesondere ausländische institutionelle Anleger dürften sich für eine Herabsetzung der Maximalvergütung nicht gewinnen lassen, jedenfalls solange das Unternehmen wirtschaftlich erfolgreich ist.“ Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass die Vergütung der Vorstände deutscher Aktiengesellschaften im internationalen Vergleich nicht als übermäßig hoch angesehen werden kann.

Wenn Aufsichtsräte die Maximalvergütung im Einklang mit den konkreten Marktgegebenheiten festsetzen, werde das die internationale Wettbewerbsfähigkeit kaum beeinträchtigen können, meint auch Allen & Overy-Experte Löw. „Die vor allem aus US-amerikanischen Unternehmen teilweise bekannt gewordenen Exzesse haben deutsche Unternehmen schon bisher nicht mitgemacht - ohne dass dies zu einem Exodus der Topmanager aus Deutschland in Richtung USA geführt hätte.“ Zu erwarten sei eher, dass es zu intensiveren Diskussionen über die Angemessenheit von Managergehältern kommen wird, wenn Hauptversammlungen über das Vergütungssystem und die darin enthaltene Maximalvergütung diskutieren. „Wenn Aufsichtsräte der Überzeugung sind, dass ihre Vorstände Spitzengehälter verdienen, dann werden sie die Maximalvergütung entsprechend ansetzen und die Ergebnisse mit Nachdruck vertreten“, so Löw. „Diese Transparenz ist sicherlich nicht schädlich.“ ■

Harald Czycholl



- × Ab 2021 muss der Aufsichtsrat börsennotierter Unternehmen eine Maximalvergütung für Vorstände festlegen.
- × Die Hauptversammlung hat zudem die Möglichkeit, die vom Aufsichtsrat beschlossene Maximalvergütung noch weiter herabzusetzen.
- × Wirtschaftsverbände sehen die Neuregelung kritisch und monieren einen Eingriff in die Vertragsfreiheit.
- × Aktienrechtsexperten halten die Auswirkungen der Neuregelung in der Praxis aber für begrenzt.
- × Wenn Aufsichtsräte der Überzeugung sind, dass ihre Vorstände Spitzengehälter verdienen, werden sie die Maximalvergütung entsprechend ansetzen.
- × Zu erwarten sind aber intensivere Diskussionen über die Angemessenheit von Managergehältern, wenn Hauptversammlungen über das Vergütungssystem diskutieren.

SOCIAL MEDIA UND ONLINE-MARKETING BEIM DLC



VORSICHT BEI COOKIES, SUCHMASCHINEN UND INFLUENCERN

Bei der Gestaltung von Websites und Apps, ohne die kaum ein Unternehmen heute mehr auskommt, sind gerade beim Thema Datenschutz viele Fallstricke zu beachten. Das gilt für die Datenschutzerklärung ebenso wie für das Impressum oder den Einsatz sogenannter Cookies. Auch dem Influencer- und Online-Marketing sind rechtliche Grenzen gesetzt. Dr. Thomas Beyer von KPMG Law und Kristin Benedikt, Richterin am Verwaltungsgericht Regensburg, befassen sich mit diesen und weiteren Social Media- und Internet-Themen am fünften Tag des Digital Legal Council (DLC).

► Kaum ein Unternehmen kommt heute noch um den Betrieb einer eigenen Website herum. Doch so schnell und einfach sie sich programmieren lässt, so vielfältig sind die juristischen Regelungen rund um den Datenschutz, die mit der Gestaltung einhergehen. Das Telemediengesetz verpflichtet die Unternehmen unter anderem dazu, durch entsprechende Sicherheitsmaßnahmen unerlaubte Zugriffe auf die technische Basis des Telemediendienstes, das heißt auf die eigenen Server und Anwendungen, zu verhindern. Dazu dienen technische und

organisatorische Maßnahmen zur Sicherung des Zugangs wie der Einsatz starker Passwörter und die Trennung von Authentifikations- und Nutzdaten.

Die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) verlangt darüber hinaus den jederzeitigen Schutz personenbezogener Daten. Die größten Anforderungen werden dabei an das Erheben solcher Daten gestellt – das beginnt bereits mit dem Aufrufen der Webadresse des Unternehmens. Denn schon die Information, welche Nutzer sich wann und wie lange auf der Website

aufhalten und welche Browser und Betriebssysteme sie dafür verwenden, ist bereits ein Datum – Plural: Daten. Deshalb sind eine eigene Datenschutzerklärung sowie ein Impressum zwingend erforderlich. Beides muss präzise, transparent und leicht zugänglich sein sowie eine Reihe von Kriterien erfüllen, um vor Gericht Bestand zu haben.

Cookies – das sind kleine Datensätze, die auf dem Rechner eines Internetnutzers gespeichert und bei erneutem Besuch der Website ausgelesen werden –, und andere Tracking (Verfolgungs-)Tools dienen den Betreibern von Websites dazu, Daten über das Nutzungsverhalten der Besucher ihrer Seiten zu sammeln. Damit können Profile der Nutzung und der Nutzer erstellt werden, die für Werbetreibende höchst interessant sind. Während technisch notwendige Cookies für den Betrieb der Website nicht einwilligungsbedürftig sind, benötigen Unternehmen eine Zustimmung des Nutzers, sobald nicht für den Betrieb der Website notwendige und personenbezogene Daten verarbeitet werden. Die DS-GVO gestattet nur noch die Opt-in-Lösung, das heißt, der Nutzer muss dem Setzen von Cookies auf seinem Endgerät aktiv zustimmen. Dies erfolgt über sogenannte Cookie Banner, auf denen der Nutzer ein Feld anklickt und damit seine Zustimmung erteilt (siehe Grafik „Gestaltung von Websites“, S. 46).

Das Profiling – die automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten – erfolgt in der Regel über sogenannte Device Identifier. Die Betriebssysteme mobiler Endgeräte wie iOS oder Android generieren beim erstmaligen Start eine gerätespezifische Werbe-ID. Dadurch wird jedes Endgerät eindeutig identifizierbar. Die Betreiber von Apps werden jedes Mal informiert, wenn ein Nutzer über das erfasste Gerät auf die Anwendung zugreift.

Sofern diese Geräte-ID durch Hinzuziehen weiterer Informationen einer natürlichen Person zugeordnet werden können, greift die DS-GVO. Profiling mithilfe einer Geräte-ID mit Personenbezug ist nur mit Einwilligung oder bei berechtigtem Interesse des Websitebetreibers erlaubt. Doch der Umfang dieses berechtigten Interesses hat der Gesetzgeber offengelassen. Unklar ist auch noch der Wortlaut der geplanten ePrivacy Verordnung der EU, mit der der Schutz von Grundrechten und Grundfreiheiten natürlicher und juristischer Personen bei Bereitstellung und Nutzung elektronischer Kommunikationsdienste in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union geregelt werden soll. Nachdem ein Entwurf im November 2019 abgelehnt wurde, arbeitet die deutsche Regierung im Rahmen ihrer EU-Ratspräsidentschaft nun an einem neuen Vorschlag.

RECHTE AN UND VERANTWORTUNG FÜR CONTENT

Als Content werden sämtliche Texte, Bilder, Filme, Videos oder Musik bezeichnet, die über Websites oder Apps zur Verfügung gestellt werden. Sie unterliegen grundsätzlich

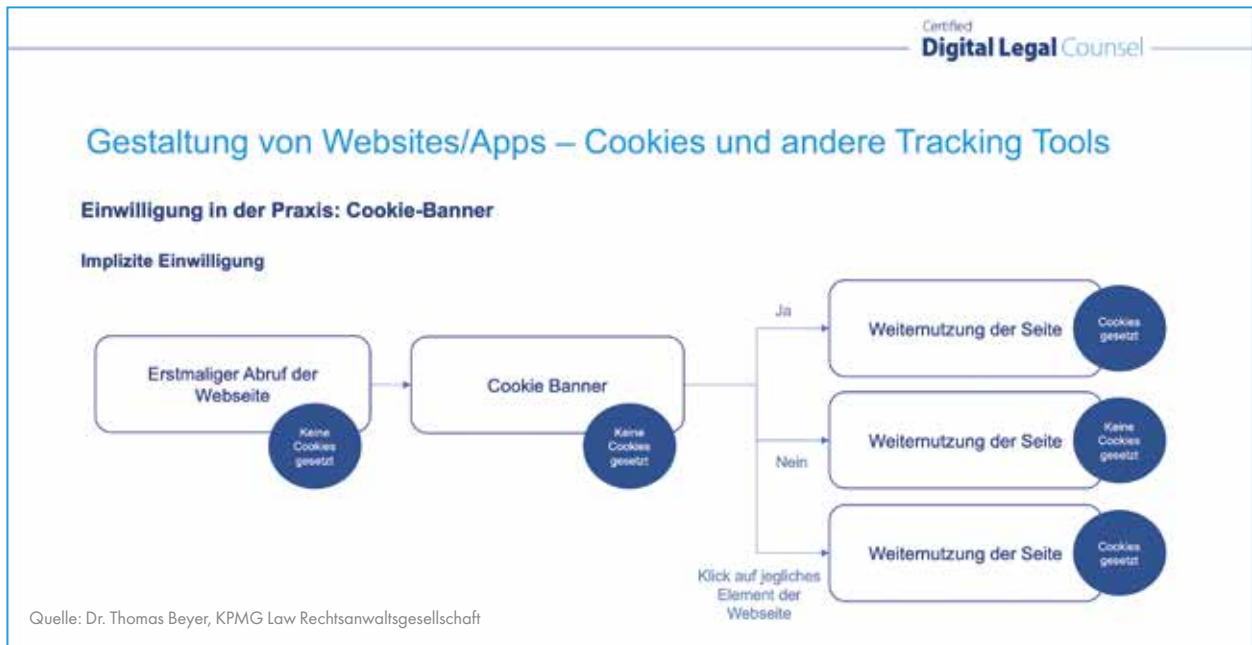


dem Urheberrecht, sofern es sich um persönliche geistige Schöpfungen handelt. Sofern Unternehmen solche Inhalte auf ihrer Website verwenden, müssen sie das Urheberrecht beachten, das sowohl das Recht zur Veröffentlichung und Vervielfältigung als auch zur wirtschaftlichen Verwertung umfasst. Eine Sonderrolle spielen dabei Tweets, also Kurztex-te, die über den Nachrichtendienst Twitter versendet werden. Sie werden bislang mit Werbeslogans gleichgesetzt, die per se als urheberrechtlich nicht schutzfähig gelten. Apropos Werbung: Die überaus beliebte Werbung über sogenannte Influencer unterliegt vielfältigen Regelungen (siehe dazu Kasten „Influencer Marketing“, S. 46).

LEHRGANG DIGITAL LEGAL COUNSEL

Der fünftägige interdisziplinäre Zertifikatslehrgang Digital Legal Counsel wurde vom Deutschen Institut für Rechtsabteilungen und Unternehmensjuristen (diruj) konzipiert und vermittelt Wissen an der Schnittstelle von Technik und Recht. Thema des fünften Lehrgangstags, über den wir hier berichten, ist das Influencer- und Onlinemarketing. Referenten sind Richterin am Verwaltungsgericht Kristin Benedikt, ehemals Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht, und Dr. Thomas Beyer, Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz, KPMG Law Rechtsanwalts-gesellschaft mbH. Details, Termine und Anmeldung zum Lehrgang unter:

www.diruj.de/fortbildungen



Wer eigene Inhalte auf seiner Website anbietet oder fremde Inhalte so einfügt, dass sie als eigene erscheinen, ist dafür im vollen Umfang gesetzlich verantwortlich. Das betrifft auch die Kundentestimonials auf den einschlägigen Bewertungsportalen für Hotels, Restaurants, Fluggesellschaften, Handelsplattformen und ähnliche. Wer fremde Inhalte verwenden möchte, muss sich folglich vom Urheber die Verwertungsrechte an dessen Werken einräumen lassen. Dies

geschieht in Form einer Lizenzierung, bei der im Zweifelsfall nur solche Nutzungsrechte eingeräumt werden, die zur Vertragserfüllung notwendig sind. Im Zweifel bleiben die Rechte beim Urheber. Die Verlinkung auf fremde Websites freilich löst grundsätzlich keine Haftung aus, sofern dabei nicht technische Schutzmaßnahmen für das Urheberrecht umgangen, rechtswidrige Inhalte angezeigt oder fremde Inhalte zu Eigen gemacht werden.

INFLUENCER-MARKETING

Influencer-Marketing ist die unauffällige Einbettung von Werbung in ein bekanntes Textumfeld durch reichweitenstarke Personen. Unternehmen setzen bei der Vermarktung ihrer Produkte verstärkt auf den Einfluss bekannter Personen mit vielen Followern in sozialen Netzwerken wie Instagram, YouTube oder Facebook. Basierend auf der Erkenntnis, dass eine persönliche Empfehlung überzeugender ist als klassische Werbung und dass selbst C- oder D-Prominente einen gewissen Vertrauensbonus genießen, versuchen Unternehmen auf diese Weise, vor allem junge Zielgruppen zu erreichen.

Doch die Grenzen zur Schleichwerbung sind fließend und können leicht zu Abmahnungen führen. Denn sobald der Influencer vordergründig neutral über ein Produkt berichtet, in Wahrheit aber eine wirtschaftliche Gegenleistung erhält und der Post, das Video oder der Podcast nicht als Werbung gekennzeichnet sind, handelt es sich um die altbekannte Schleichwerbung: Wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht und dadurch den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die er andernfalls nicht getroffen hätte, handelt unlauter. Sobald eine Geld- oder Sachleistung erbracht wird oder Produkte kostenlos überlassen werden, ist Influencer-Marketing als Werbung zu kennzeichnen. Abweichend urteilen die Gerichte bislang nur, wenn es sich um einen unvergüteten Beitrag über auf eigene Kosten erworbene Produkte handelt (zum Beispiel Kundenempfehlungen bei Amazon). Selbst ein rein privates Interesse des Influencers ist kein Ausschlussgrund für eine geschäftliche Handlung – vor allem, wenn etwa auf den Instagram-Auftritt des Herstellers und damit indirekt auf dessen Internetshop verlinkt wird.



SUCHMASCHINEN, WERBEBLOCKER UND GEWINNSPIELE

Suchmaschinen wie Google, Bing, Qwant oder Duckduckgo filtern den Content: Sie entscheiden über die Auffindbarkeit von Inhalten im Internet. Nicht zielstrebig vorgehende Nutzer gelangen auf Websites vor allem über Suchmaschinen, Vergleichsportale, Werbung und Verlinkungen. Die

direkte Eingabe einer Internetadresse ist die Ausnahme, nicht die Regel. Deshalb kommt der Suchmaschinenoptimierung (siehe Grafik „Online Marketing“, S. 47) für das Online-Marketing eine große Bedeutung zu. Neben einer Reihe von verbotenen Manipulationsmöglichkeiten gibt es mit dem Search Engine Advertising (SEA), also der kontextbezogenen Werbung mithilfe sogenannter Keywords, legale Möglichkeiten, die Auffindbarkeit des Unternehmens

E-MAIL-MARKETING

Die Versuchung, Werbebotschaften zielgruppengenau per E-Mail zu versenden, ist für Unternehmen groß. Denn E-Mail-Marketing ist günstig und – einen entsprechenden Verteiler vorausgesetzt – sehr zielführend. Erlaubt ist die Zusendung von Werbung per E-Mail aber nur, wenn der Empfänger explizit seine Einwilligung erteilt hat. Ein vermutetes Interesse oder eine konkludente Einwilligung genügen nicht. Für dieses Opt-in genannte Verfahren muss der Nutzer darüber informiert werden, welche Daten zu welchem Zweck verarbeitet werden und für welche Unternehmen und Produkte geworben wird. Wichtig ist, dass die Einwilligung gesondert erklärt und als solche von anderen Erklärungen getrennt erfolgt. Wie lange eine solche Einwilligung gültig ist, wird von den Gerichten unterschiedlich bewertet. Geht man nach den einschlägigen Urteilen, liegt sie bei 18 bis 24 Monaten.

Die explizite Einwilligung des Empfängers ist nur dann nicht erforderlich, wenn der Werbende die E-Mail-Adresse im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produktes oder einer Dienstleistung bereits unmittelbar von seinem Kunden erhalten hat. Die E-Mail-Werbung muss sich dann aber auf eine eigene, ähnliche Leistung beziehen. In der Praxis hat sich das Double Opt-in durchgesetzt: Zunächst gibt der Nutzer seine E-Mail-Adresse ein und klickt die Einwilligungserklärung an. Dann erhält er vom Werbetreibenden eine E-Mail mit Bestätigungslink. Sobald er diesen Link klickt, liegt das Einverständnis für den Erhalt von E-Mails oder Newslettern vor.



Zu Unterlassungserklärungen fragen Sie bitte Ihren Anwalt

Im Mittelpunkt des fünften Veranstaltungstages stehen die Sozialen Medien und das Online-Marketing. In diesen Themen ist Dr. Thomas Beyer zu Hause. Er ist Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz und Senior Manager bei KPMG Law Rechtsanwalts-gesellschaft in Berlin.

Was müssen Unternehmen beachten, die Texte, Fotos, Ton-dateien oder Videos von Dritten auf ihre Webseiten stellen wollen?

Beim Einstellen von Inhalten Dritter sollten Unternehmen den Umfang der Rechte klären. Denn das Recht, den Text oder das Foto eines Dritten in einem Printmedium zu drucken, umfasst nicht automatisch das Recht, diese Inhalte auch auf der eigenen Webseite einzustellen. Außerdem kann das Recht an Bedingungen geknüpft sein, wie beispielsweise die Angabe des Urhebers in einer ganz bestimmten Form. Bei Tondateien und Videos muss oft zusätzlich noch beachtet werden, dass die Rechte mehrerer Urheber betroffen sein können.

Was ist bei der Verlinkung der eigenen Webseite auf fremde Webseiten zu beachten?

Verlinkungen sind grundsätzlich unproblematisch. Problematisch können Verlinkungen aber dann werden, wenn das Unternehmen sich die Inhalte der fremden Webseiten zu

eigen macht, die fremden Inhalte also in irgendeiner Form als eigene Inhalte erscheinen lässt. Dann haften Unternehmen auch für verlinkte Inhalte auf fremden Webseiten, wenn sich dort rechtswidrige Inhalte befinden.

Was ist zu tun, wenn einem Unternehmen eine Abmahnung ins Haus flattert?

Das Allerwichtigste ist, nicht unüberlegt eine Unterlassungserklärung abzugeben, in der eine Vertragsstrafe für den Fall weiterer Verstöße versprochen wird. Gerade in großen Unternehmen lassen sich weitere Verstöße zwar oft vermeiden, aber nicht hundertprozentig ausschließen. Deshalb sollte gerade eine vorformulierte Unterlassungserklärung, die einer Abmahnung häufig beiliegt, meist nicht unterschrieben werden. Solche Unterlassungserklärungen sind nämlich oft sehr weit formuliert und sollten zumindest auf das rechtlich notwendige Mindestmaß reduziert werden. Hier sollte anwaltlicher Rat hinzugezogen werden.

und seiner Produkte und Dienstleistungen im Internet zu optimieren. Je besser die Suche auf die von den Nutzern verwendeten Begriffe abgestimmt ist, desto häufiger wird man „gefunden“. Abgerechnet wird nach Clicks. Wer für einen Suchbegriff bei Google AdWords mehr bietet als sein Wettbewerber, erscheint in der Ergebnisliste der Zählung entsprechend weiter oben.

Aus Sicht der werbetreibenden Unternehmen sind sogenannte Adblocker, die Werbung auf Websites unterdrücken, ein Ärgernis. Die Anbieter von Adblockern bestimmen über die Sichtbarkeit einer Anzeige mittels Black- und Whitelists. Wer auf der Blacklist steht, dessen Werbung wird nicht angezeigt. Wer es auf die Whitelist schafft, dessen Werbung wird weiterhin angezeigt. Die Konditionen dafür sind in der Regel unbekannt, und der Nutzer kann darüber hinaus sämtliche Werbung ausschalten und den Einsatz von Tracking Tools verhindern. Der Bundesgerichtshof hat Adblocker grundsätzlich für zulässig erklärt, der Nutzer selbst darf über deren Einsatz entscheiden. Das letzte Wort ist von den Gerichten diesbe-

züglich aber noch nicht gesprochen. Denn anders als beim E-Mail-Marketing (siehe Kasten „E-Mail-Marketing“, S. 47) könnten die hinter den wichtigsten Adblockern stehenden Anbieter durchaus eine marktbeherrschende Stellung erlangen. Sollten die Gerichte dies bestätigen, könnten Medienhäuser doch noch eine Chance haben, den Einsatz von Adblockern zumindest teilweise unterbinden zu lassen.

Ein beliebtes Online-Marketing-Tool sind Gewinnspiele auf der Unternehmenswebsite. Dafür gelten bei der Verarbeitung personenbezogener Daten die einschlägigen Bestimmungen der DS-GVO. Grundsätzlich dürfen die dabei erhobenen Daten nur für die Dauer und den Zweck des Gewinnspiels verwendet werden. Zu jeder weiteren Verarbeitung muss der Nutzer mittels Opt-in seine Zustimmung erteilen. Werden Gewinnspiele über Social Media-Plattformen ausgerichtet, so müssen deren Bestimmungen eingehalten und explizit darauf hingewiesen werden, dass sie weder in Verbindung noch als Ansprechpartner für das Gewinnspiel fungieren. ■

Christine Demmer/ Christoph Neuschäffer