

# Newsletter

3 / 2 0 0 9

mit Beiträgen zu:

Arbeitsrecht

Bank- und Kapitalmarktrecht

Bau-, Architekten- und Ingenieurrecht

Gewerblicher Rechtsschutz

Handels- und Gesellschaftsrecht

Insolvenzrecht

Medizinrecht

Patentrecht, Arbeitnehmererfinderrecht,

Markenrecht

Vergaberecht

## BRP aktuell

Für unseren Standort Stuttgart konnten wir drei neue Kollegen gewinnen: Frau Angelika Frohwein ist spezialisiert im Bereich Bau- und Immobilienrecht, Frau Caroline Schempp ist spezialisiert im Bereich Miet- und Wohnungseigentumsrecht und Herr Dr. Heiko Vogler ist spezialisiert im Bereich Gewerblicher Rechtsschutz tätig.

## Arbeitsrecht

### 1. Altersdiskriminierende Stellenausschreibung

In einem Beschluss vom 18.08.2009 hat das Bundesarbeitsgericht die Beschränkung des Bewerberkreises auf Arbeitnehmer im ersten Berufsjahr in einer innerbetrieblichen Stellenausschreibung als unzulässige Benachteiligung wegen des Alters für unzulässig erklärt. Mit dieser Beschränkung verletze der Arbeitgeber § 11 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, wonach ein Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen ein Benachteiligungsverbot ausgeschrieben werden darf. Die interne Stellenausschreibung benachteilige ältere Arbeitnehmer, da Bewerber mit mehreren Berufsjahren typischerweise älter seien als Bewerber mit nur einem Berufsjahr. Die Benachteiligung konnte nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass sich der Arbeitgeber auf das ihm vorgegebene Personalbudget berief.

### 2. Gleichbehandlung von Arbeitnehmern bei freiwilligen Sonderzahlungen

Ist ein Arbeitgeber weder vertraglich noch aufgrund kollektiver Regelungen zu Sonderzahlungen verpflichtet, kann er grundsätzlich frei entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen er seinen Arbeitnehmern eine solche zusätzliche, freiwillige Leistung gewährt. Nach einem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 05.08.2009 hat er dabei jedoch den Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten. Im entschiedenen Fall hatte der Arbeitnehmer ein Angebot des Arbeitgebers auf unbezahlte Erhöhung der Wochenarbeitszeit abgelehnt. Infolge dessen wurde er vom Arbeitgeber von einer Sonderzahlung ausgeschlossen. Damit habe der Arbeitgeber nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts zum einen gegen das so genannte Maßregelungsverbot des § 612 a BGB verstoßen. Zum anderen habe er den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt: Nach der Entscheidung des Gerichts ist es einem Arbeitgeber zwar grundsätzlich nicht ver-



Bongen, Renaud & Partner  
Rechtsanwälte Notare  
Patentanwälte

wehrt, bei einer Zahlung freiwilliger Leistungen unterschiedliche Arbeitsbedingungen zu berücksichtigen. Jedoch hätte im vorliegenden Fall mit dieser Zahlung der Nachteil kompensiert werden müssen, den der Arbeitnehmer durch die Annahme der Änderung der Arbeitszeiten erleidet. Tatsächlich bezweckte die Sonderzahlung aber die Belohnung vergangener und zukünftiger Betriebstreue. Aufgrund dessen hätten alle Arbeitnehmer gleich behandelt werden müssen.

### 3. Betriebsübergang – Verwirkung des Widerspruchsrechts des Arbeitnehmers

Geht ein Betrieb oder Betriebsteil über, kann ein Arbeitnehmer gemäß § 613 a Abs. 6 BGB dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses nach Zugang einer ordnungsgemäßen Unterrichtung durch den Arbeitgeber innerhalb einer Frist von einem Monat schriftlich widersprechen. In einem Urteil vom 23.07.2009 hat das Bundesarbeitsgericht seine bisherige Rechtsprechung bestätigt, dass bei fehlerhafter oder unterbliebener Unterrichtung diese Widerspruchsfrist nicht zu laufen beginnt. Ein Widerspruchsrecht besteht dann grundsätzlich zeitlich unbefristet. Das Bundesarbeitsgericht hat jedoch betont, dass die Ausübung des Widerspruchsrechts wegen Verwirkung ausgeschlossen sein kann. Im entschiedenen Fall wurde der Arbeitnehmer Ende August 2005 schriftlich über den Betriebsübergang zum 01.10.2005 informiert. Am 09.08.2006 schloss der Arbeitnehmer mit dem Neu-Arbeitgeber einen Aufhebungsvertrag zum 31.10.2006. Noch vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses stellte der Neu-Arbeitgeber Insolvenzantrag. Mit Schreiben vom 22.12.2006 widersprach der Arbeitnehmer dem Betriebsübergang: Er stützte diesen auf die fehlende Unterrichtung

über die wirtschaftliche Situation des Neu-Arbeitgebers und klagte auf Weiterbeschäftigung und Vergütung. Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts hatte der Arbeitnehmer dadurch sein Widerspruchsrecht verwirkt, dass er mit Abschluss des Aufhebungsvertrages abschließend über sein Arbeitsverhältnis disponiert und damit einen Vertrauensstatbestand gesetzt hatte.

### 4. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot – Aufhebung durch Vergleich

Ein arbeitsvertraglich vereinbartes nachvertragliches Wettbewerbsverbot und damit die Zahlung einer Karenzentschädigung können von der Abgeltungsklausel eines außergerichtlichen Vergleichs erfasst und damit erledigt sein, wenn sich dies aus den Gesamtumständen ergibt. In einem vom Bundesarbeitsgericht am 24.06.2009 entschiedenen Fall hatten die Parteien einen äußerst detaillierten Vergleich geschlossen, in dem bestimmte Ansprüche wie Resturlaub des Arbeitnehmers, Herausgabeansprüche des Arbeitgebers sowie die Behandlung im Einzelnen aufgeführter Rechnungen ausführlich geregelt wurden. Darüber hinaus sollten anderweitig anhängige Gerichtsverfahren mit dem Vergleichsabschluss erledigt sein. Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts war Wille der Vertragsparteien bei Abschluss des Vergleichs, alle bekannten und unbekanntenen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und damit auch das nachvertragliche Wettbewerbsverbot abschließend zu regeln und zum Erlöschen zu bringen. Aus der detaillierten Regelung von anderen Ansprüchen könne nicht abgeleitet werden, dass das Wettbewerbsverbot aufrechterhalten werden sollte, nur weil dies nicht explizit geregelt worden war.

### 5. Kurzarbeit – Entlastung der Arbeitgeber von Sozialversicherungsbeiträgen

Der Bundestag hat das 3. SGB IV-Änderungsgesetz verabschiedet und damit Erleichterungen für Arbeitgeber beim Bezug von Kurzarbeitergeld beschlossen. So erstattet die Bundesagentur für Arbeit künftig ab dem 7. Monat der Kurzarbeit auf Antrag die Sozialversicherungsbeiträge zu 100 %. Bei einer Unterbrechung der Kurzarbeit für die Dauer von drei Monaten oder mehr ist auf Antrag des Arbeitgebers keine erneute Anzeige des Arbeitsausfalls bei der Agentur für Arbeit mehr erforderlich. In diesen Fällen läuft die Bezugsfrist ohne Unterbrechung innerhalb des Bezugsraums weiter. Die neuen Regelungen sind zum 01.07.2009 in Kraft getreten und gelten befristet bis Ende 2010. Dabei kann der Beginn der 6-Monats-Frist bis zum 01.01.2009 zurückbezogen werden, d. h. dass Unternehmen, die zum 01.01.2009 Kurzarbeit eingeführt haben, bereits ab dem 01.07.2009 von der Neuregelung profitieren können.

*Dr. Jörg Fecker,  
Dr. Thomas Glöckle, LL.M.,  
Dr. Volker Nill, Dr. Betina Fecker,  
Corinna Meier, Stuttgart  
Susanne Boller, Franziska Fleck,  
Frankfurt am Main*

## Bank- und Kapitalmarktrecht

Der dritte Senat des Bundesgerichtshofs hat mit einem Urteil vom 05.03.2009 die Aufklärungspflicht eines Anlageberaters über negative Medienberichterstattung in Fortführung eines Urteils vom 07.10.2008 eingeschränkt. In seinem Urteil vom 07.10.2008 (vgl. Newsletter 4/2008) hatte der Bundesgerichtshof klar-

gestellt, dass ein Anlageberater, der sich in Bezug auf eine bestimmte Anlageentscheidung als kompetent geriere, sich aktuelle Informationen über das Anlageobjekt zu verschaffen habe, das er empfehlen wolle. Dazu gehöre auch die Auswertung vorhandener Veröffentlichungen in der Wirtschaftspresse. Zur Erfüllung der Informationspflichten des Anlageberaters über die von ihm empfohlene Anlage gehöre es jedoch nicht, sämtliche Publikationsorgane vorzuhalten, in denen Artikel über die angebotene Anlage erscheinen können. Vielmehr könne der Anlageberater selbst entscheiden, welche Auswahl er treffe, solange er nur über ausreichende Informationsquellen verfüge.

In seinem Urteil vom 05.03.2009 schränkt der Bundesgerichtshof die Aufklärungspflicht über warnende Medienberichterstattung weiter ein. So stellt der Bundesgerichtshof klar, dass dann, wenn sich ein Anleger aufgrund des Prospektes bzw. mündlicher Erläuterung dessen Inhalts ein sachgerechtes Bild von der Anlage machen könne, einer Presseberichterstattung, die sich (noch) nicht allgemein in der Wirtschaftspresse durchgesetzt habe, kein relevanter Informationswert zukomme. Dies gelte jedenfalls dann, wenn die Berichterstattung keine zusätzliche Sachinformation enthalte, sondern dort lediglich eine negative Bewertung abgegeben werde. Solche Berichte seien nicht mitteilungs-pflichtig, weil ihr Inhalt nicht über das hinausgehe, was ohnehin in den Unterlagen enthalten sei, die dem Anleger vom Berater bei der Erfüllung seiner Beratungspflichten übergeben wurden und dem Anleger eine hinreichende Information über Chancen und Risiken vermitteln würden.

*Frank Arretz, Ingo Wegerich,  
Nimet Yildiz, Thomas Heinken,  
Ralph Hellstern, Christoph Meyer,  
Manuel Behrendt, Benedikt Bayer,  
Frankfurt am Main*

## Bau-, Architekten- und Ingenieurrecht

### 1. Zur eingeschränkten Gültigkeit der allgemein anerkannten Regeln der Technik

Mit einem Urteil vom 23.07.2009 hat der Bundesgerichtshof zu der Frage Stellung genommen, unter welchen Voraussetzungen Herstellervorschriften den allgemein anerkannten Regeln der Technik vorgehen. Im vorliegenden Fall beauftragte die Betreiberin eines Hallenbades (Auftraggeberin) eine Fachfirma (Auftragnehmerin) mit der Überholung eines Gasmotors. Dabei tauschte die Auftragnehmerin die Befestigungsschrauben der Kontergewichte auf der Kurbelwelle nicht aus, sondern verwendete diese nach einer Sichtprüfung erneut. Innerhalb der Gewährleistungszeit riss ein Gegengewicht von der Kurbelwelle ab und verursachte erhebliche Schäden am Motor. Die Auftraggeberin beauftragte die Auftragnehmerin mit der Reparatur, nachdem diese eine Haftung ablehnte. Aufgrund des Schadens zahlte die Maschinenversicherung einen Betrag von 124.000,00 € an die Auftraggeberin. Danach nahm die Maschinenversicherung die Auftragnehmerin auf Rückzahlung in Anspruch, da die Wartungsvorschriften des Herstellers einen Austausch der Schrauben auch bei Gasmotoren vorsahen. Die Auftragnehmerin wandte ein, unter Beachtung der Kosten-Nutzen-Analyse sei ein Austausch der Schrauben nicht geboten gewesen.

Der Bundesgerichtshof folgte der Ansicht der Auftragnehmerin nicht und verurteilte sie zur Rückzahlung an die Maschinenversicherung. Anforderungen des Herstellers, die über die anerkannten Regelungen der Technik hinausgehen, sind nach

Ansicht des Bundesgerichtshofs jedenfalls dann zu beachten, wenn sie die Sicherheit des Betriebs einer technischen Anlage betreffen. Der Besteller sei regelmäßig nicht bereit, das Risiko einer anderen Einschätzung zu übernehmen. Er erwarte vielmehr, dass sich ein Fachunternehmen die Wartungsvorschriften beschaffe und diese beachte. Die Auftragnehmerin hätte diese Wartungsvorschriften kennen und beachten müssen. Das Urteil des Bundesgerichtshofs fußt auf der Erkenntnis, dass der Auftraggeber immer ein Interesse daran hat, eine Grundüberholung unter Beachtung der Sicherheitsanforderungen des Herstellers zu erhalten.

### 2. Nichterscheinen des Auftraggebers beim Abnahmetermine kann eine konkludente Abnahme darstellen

In dem einem Urteil des Oberlandesgerichts Brandenburg vom 21.01.2008 zugrunde liegenden Sachverhalt unterbreitete der Auftraggeber dem Auftragnehmer einen Terminvorschlag zur Abnahme und erschien zum Abnahmetermine nicht. Der Auftraggeber wendet im Werklohnprozess des Auftragnehmers ein, die Werkleistung sei mangels Abnahme nicht fällig. Das Oberlandesgericht Brandenburg teilt diese Ansicht des Auftraggebers nicht. Die Abnahme kann zwar nicht aus § 12 Nr. 4 Abs. 2 VOB/B hergeleitet werden, da diese Regelung lediglich die Abwesenheit des Auftragnehmers betrifft. Das Oberlandesgericht Brandenburg geht jedoch von einer konkludenten Abnahme des Auftraggebers aus. So sei in dem Nichterscheinen des Auftraggebers zu dem von ihm selbst vorgeschlagenen Abnahmetermine einerseits ein Annahmeverzug und andererseits eine konkludente Billigungserklärung zu sehen, zumal seitens des Bauherrn die Abnahme erfolgte,

ohne dass dieser sich wegen des Vorliegens wesentlicher Mängel die Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber dem Auftraggeber vorbehalten hatte.

Die konkludente Abnahme setzt ein vom Willen des Auftraggebers getragenes Verhalten voraus. Sobald der Auftraggeber durch sein Verhalten zum Ausdruck bringt, dass er das Bauwerk als im Wesentlichen vertragsgerecht ansieht, ist eine stillschweigende Erklärung und damit eine schlüssige Abnahme gegeben.

### 3. HOAI 2009 in Kraft getreten

Die neue HOAI ist am 18.08.2009 in Kraft getreten. Sie gilt für alle Verträge, die ab diesem Zeitpunkt zwischen Auftraggeber und Architekten bzw. Ingenieuren geschlossen werden. Die HOAI in der bisherigen Fassung gilt weiter für diejenigen Verträge, die vor dem 18.08.2009 geschlossen wurden.

Die neue HOAI stellt u. a. die Berechnung der Honorare für Architekten und Ingenieure auf eine neue Basis: Die Leistungsvergütung erfolgt nunmehr in der Regel auf Basis der Kostenberechnung und wird nicht mehr für die jeweiligen Leistungsphasen getrennt ermittelt. Verbindliche Honorare in Form von Mindest- und Höchstsätzen sind in der neuen HOAI allein für die so genannten Planungsleistungen enthalten, d. h. für die Flächen-, die Objekt- und die Fachplanung, nicht jedoch für die so genannten Beratungsleistungen: Das Honorar für die Leistungen der thermischen Bauphysik, Schallschutz, Raumakustik, Bodenmechanik und vermessungstechnische Leistungen kann künftig frei vereinbart werden.

Diese und weitere Neuerungen, die sich aus der HOAI 2009 für Auftraggeber und Auftragnehmer von Architekten- und Ingenieurleistungen ergeben, haben wir in einem gesonderten Rundschreiben dargestellt. Es ist auf unserer Internetseite unter [www.brp.de](http://www.brp.de) für Sie abrufbar. Gerne stellen wir Ihnen auch ein oder mehrere gedruckte Exemplare des Rundschreibens zur Verfügung.

*Dr. Rainer Laux, Ulrich Gentner,  
Dr. Lars Knickenberg,  
Dr. Andreas Digel,  
Angelika Frohwein, LL.M. Eur.,  
Stuttgart*

## Gewerblicher Rechtsschutz

### Weiterverkauf von Prestigeware durch Lizenznehmer an Discounter

Mit Urteil vom 23.04.2009 hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass sich der Inhaber einer Marke gegen einen Weiterverkauf seiner Prestigeware an einen Discounter erfolgreich gegenüber seinem Lizenznehmer zur Wehr setzen kann, wenn im Lizenzvertrag eine Bestimmung enthalten ist, nach der aus Gründen des Ansehens der Marke der Verkauf von Waren an Discounter untersagt ist und nachgewiesen ist, dass ein Verstoß hiergegen den Prestigecharakter der Marke schädigt. Es empfiehlt sich daher für den Markeninhaber, eine entsprechende Regelung in Lizenzverträge aufzunehmen.

*Thomas Janssen, Dr. Mark Wiume,  
Dr. Heiko Vogler,  
Dipl.-Phys. Hanns-Jörg Rotermund,  
Dipl.-Ing. Uwe Bernhard, LL.M.,  
Dr.-Ing. Dipl.-Wirt.Ing. Martin Joob,  
Stuttgart*

## Handels- und Gesellschaftsrecht

### 1. Darlegungspflicht für Schadensersatzanspruch gegen Geschäftsführer

Besteht bei einer GmbH Streit darüber, ob eine Zahlung des Geschäftsführers an sich selbst pflichtgemäß war, muss die Gesellschaft nur darlegen, dass der Geschäftsführer auf einen möglicherweise nicht bestehenden Anspruch geleistet hat. Danach ist es Sache des Geschäftsführers darzulegen und zu beweisen, dass er einen Zahlungsanspruch hatte, wie der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 22.06.2009 entschieden hat. Im konkreten Fall ging es um eine Darlehensrückzahlung eines Gesellschafter-Geschäftsführers an sich selbst, wobei die Gesellschaft das Bestehen des Rückzahlungsanspruchs bestritten hat. Der Bundesgerichtshof stützt sich in seiner Entscheidung auf seine Rechtsprechung zu § 43 Abs. 2 GmbHG. Für einen Anspruch nach § 43 Abs. 2 GmbHG muss die klagende Gesellschaft nur darlegen und beweisen, dass ihr durch ein möglicherweise pflichtwidriges Verhalten des Geschäftsführers ein Schaden entstanden ist, während der Geschäftsführer darlegen und beweisen muss, dass er die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt hat.

### 2. Erstattungspflicht für nach Insolvenzzreife abgeführte Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung

Gemäß § 64 GmbHG ist ein GmbH-Geschäftsführer verpflichtet, der Gesellschaft Zahlungen, die nach Eintritt der Insolvenzzreife der Gesellschaft geleistet wurden, zu ersetzen, wenn die Zahlungen nicht auch nach diesem Zeitpunkt

mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind. Mit Urteil vom 08.06.2009 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass die Zahlung der Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung nach Insolvenzreife im Gegensatz zur Zahlung der Arbeitnehmerbeiträge mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns nicht vereinbar ist. Insbesondere stelle § 266 a Abs. 1 des Strafgesetzbuches nur das Vorhalten der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung, nicht auch der Arbeitgeberbeiträge unter Strafe. Zahlungen der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung seien mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar, weil einem Geschäftsführer mit Blick auf die Einheit der Rechtsordnung nicht angesonnen werden könne, fällige Leistungen an die Sozialkasse nicht zu erbringen, wenn er dadurch Gefahr liefe, strafrechtlich verfolgt zu werden. Für die Arbeitgeberbeiträge gelte dies nicht.

*Dr. Werner Renaud, Achim Kinzelmann,  
Dr. Detlef Koch, Dr. Ulrich-Peter Kinzl,  
Lisa Ames, Daniela Kramer-Rentz,  
Stuttgart*

## Insolvenzrecht

### 1. Insolvenzanfechtung von Druckzahlungen

Im Vorfeld seiner Insolvenz ist der Schuldner häufig nur noch durch erheblichen Druck zu Zahlungen zu veranlassen. In der Regel hat derjenige Gläubiger einen – vorläufigen – Erfolg, der den Schuldner am stärksten bedrängt. Allerdings können solche so genannten „Druckzahlungen“ vom Insolvenzverwalter angefochten werden. Der Gläubiger muss das Erlangte an den Insolvenzverwalter zurückzahlen, wenn die Zahlung innerhalb der

letzten drei Monate vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen wurde. Die zusätzlichen Anfechtungsvoraussetzungen (Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit bzw. Kenntnis der Gläubigerbenachteiligung) kann der Insolvenzverwalter in derartigen Drucksituationen häufig zur Überzeugung des Gerichts darlegen. Der Bundesgerichtshof hat nun in einem Beschluss vom 18.06.2009 in Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden, dass der Vollstreckungsdruck die Insolvenzanfechtung nach den Grundsätzen der Vorsatzanfechtung auch dann rechtfertigen kann, wenn die Zahlungen weit außerhalb des 3-Monats-Zeitraums vorgenommen wurden. Die Vorsatzanfechtung reicht zehn Jahre zurück, so dass Zahlungen innerhalb dieses Zeitraums anfechtbar sein können, wenn sie unter dem Druck, andernfalls Insolvenzantrag zu stellen, erfolgt sind. Die Drohung mit Insolvenzanträgen oder ähnlichen Maßnahmen stellt deshalb kein geeignetes Mittel dar, insolvenzfesten Zahlungen zu erlangen.

### 2. Anfechtbarkeit der Zahlung von Umsatzsteuerschulden der Organträgerin durch die insolvente Organgesellschaft

In einem Beschluss vom 09.03.2009 hat das Oberlandesgericht Nürnberg über die Frage entschieden, ob bei einer umsatzsteuerrechtlichen Organschaft Zahlungen der Organgesellschaft auf Umsatzsteuerschulden der Organträgerin durch den Insolvenzverwalter der Organgesellschaft als inkongruente Deckung angefochten werden können. Das Oberlandesgericht Nürnberg bejaht die Anfechtbarkeit anders als das Finanzgericht Köln, das die Anfechtbarkeit einer Zahlung der Organgesellschaft auf Umsatzsteuerschulden der Organträgerin

in einem Urteil vom 23.01.2007 mit der Begründung abgelehnt hatte, das Finanzamt sei nicht Insolvenzgläubiger der Organgesellschaft, sondern Gläubiger der Organträgerin. Das Oberlandesgericht Nürnberg argumentiert dagegen, das Finanzamt sei auch Insolvenzgläubiger der Organgesellschaft, da es für diese Rechtsstellung irrelevant sei, ob es sich bei dem Zahlungspflichtigen um einen Steuerschuldner (hier: die Organträgerin) oder um einen bloßen Haftungsschuldner (hier: die Organgesellschaft) handele. Deshalb sei bei einer umsatzsteuerrechtlichen Organschaft zwischen der Insolvenzschuldnerin als Organgesellschaft und einem Organträger im Falle einer Zahlung der Umsatzsteuerschulden durch die Organgesellschaft die Finanzbehörde Insolvenzgläubigerin im Sinne der Anfechtungsvorschriften. Auf den Erlass eines Haftungsbescheides kommt es hierfür nicht an. Eine Aufrechnung des Finanzamts mit dem aus § 73 AO folgende Haftungsanspruch gegenüber der Organgesellschaft scheidet aus insolvenzrechtlichen Gründen aus.

### 3. Kein Aussonderungsrecht des Lohnveredlers an den hergestellten Sachen

Bei der so genannten Lohnveredelung verarbeitet der Unternehmer die vom Besteller gelieferten Stoffe zu einer neuen Sache und liefert diese an den Besteller zurück. Das Gesetz bewertet die Übertragung der neuen Sachen vom Unternehmer auf den Besteller nach kaufrechtlichen Grundsätzen. Deshalb enthalten solche Verträge über eine Lohnveredelung häufig einen Eigentumsvorbehalt des Unternehmers. So lag es auch in einem vom Oberlandesgericht Celle mit Beschluss vom 08.06.2009 entschiedenen Sachverhalt. Der Besteller war nach Lieferung durch den Lohnveredler

insolvent geworden, der Lohnveredler berief sich auf seinen vermeintlichen Eigentumsvorbehalt und forderte Aussonderung der noch vorhandenen, von ihm gelieferten Waren. Das Oberlandesgericht Celle hat diesen Anspruch verneint, da bei der Lohnveredelung nicht der Unternehmer Hersteller sei und damit Eigentümer der neuen Sache werde, sondern der Besteller. Da der Lohnveredler niemals Eigentümer der von ihm gelieferten Sachen war, ging sein Eigentumsvorbehalt ins Leere und er konnte die gelieferten Sachen nicht im Wege des Aussonderungsanspruchs herausverlangen.

*Dr. Christian Wittmann, Stuttgart*

## Medizinrecht

### 1. Werbung eines Zahnarztes mit dem Tätigkeitsschwerpunkt „Mund- und Kieferchirurgie“

In der jüngeren Rechtsprechung ist eine Tendenz zur Liberalisierung des (zahn-) ärztlichen Werberechts zu konstatieren. Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen hat dem mit einem Beschluss vom 02.01.2009 eine weitere Facette hinzugefügt. Ein Zahnarzt mit der Bezeichnung „Fachzahnarzt für Oralchirurgie“ wollte unter anderem als Zusatz „Tätigkeitsschwerpunkt Mund- und Kieferchirurgie“ in seiner Außendarstellung nutzen. Dies wurde ihm von der Ärztekammer untersagt. Die Kammer stellte darauf ab, dass der Zahnarzt den anerkannten Tätigkeitsschwerpunkt „Oralchirurgie“ verwenden könne und keine Notwendigkeit für eine neue Bezeichnung bestehe. Die Patienten könnten irreführt werden, da die Bezeichnung der dem ärztlichen Fachbereich vorbehaltene „Facharzt für Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie“ ähnele.

Dieser Argumentation trat das Oberverwaltungsgericht entgegen: Es betont, dass es dem Zahnarzt freigestellt sei, eine Bezeichnung auszuwählen und er nicht auf einen von der Kammer vorgegebenen Kanon an Bezeichnungen verwiesen werden könne. Es sei anerkannt, dass neben einer Fach(zahn-)arztbezeichnung auch noch ein Tätigkeitsschwerpunkt zur Information der Patienten angefügt werden dürfe. Das Gericht hält die Angabe der Zusatzbezeichnung als „Tätigkeitsschwerpunkt“ für ausreichend zur Abgrenzung von einer Facharzt- bzw. Fachzahnarztbezeichnung. Dies gelte insbesondere, wenn der Zahnarzt noch zusätzlich den Terminus „Zahnarzt“ bzw. „Dr. med. dent.“ verwende, um eine Verwechslung mit der Facharztbezeichnung „Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie“ zu vermeiden.

### 2. Fortsetzungsklauseln bei der Auseinandersetzung einer Gemeinschaftspraxis

Zwei Ärzte waren durch einen Gesellschaftsvertrag verbunden und betrieben eine ärztliche Gemeinschaftspraxis, einer der Partner war zugleich Vermieter der Praxisräumlichkeiten. Dieser Partner kündigte dann sowohl den Mietvertrag mit der Gesellschaft als auch den Gesellschaftsvertrag zum Jahresende. Neben dem Gesellschaftsvertrag hatten die Parteien vereinbart, wegen gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten ein Schiedsgericht anzurufen, dessen Entscheidung bis zum Kündigungszeitpunkt noch nicht vorlag. Im Gesellschaftsvertrag war vereinbart, dass der kündigende Partner aus der Praxis ausscheidet und der andere Partner die Praxis fortführt.

Der kündigende Arzt hegte nunmehr die Vorstellung, dass er das Fortsetzungsrecht dadurch unterlaufen könne, dass er als Vermieter

die Räumlichkeiten zurückerhält. Er wollte deshalb ein Anschreiben an die Patienten verfassen, wonach der andere Arzt zum Jahresbeginn in neue Räumlichkeiten umziehen werde. Daraufhin beantragte der verbleibende Partner eine einstweilige Verfügung bei einem ordentlichen Gericht, welches trotz der Schiedsgerichtsvereinbarung für den Erlass von einstweiligen Verfügungen zuständig bleibt. Wegen der Fortsetzungsklausel wurde dem Kündigenden untersagt, ein entsprechendes Anschreiben zu versenden, weil dies einen Eingriff in die Beziehung des fortsetzungswilligen Arztes zu den Patienten der Praxis darstellt. Zudem wurde vom Gericht verfügt, dass der verbleibende Partner Praxisinventar und Praxistelefonnummer weiterhin benutzen könne unter Ausschluss des kündigenden Partners.

Gesellschafter einer Berufsausübungsgemeinschaft sollten sich deshalb vor Erklärung einer Kündigung überlegen, welche Konsequenzen damit verbunden sind, da die einmal ausgesprochene Kündigung nur in seltenen Fällen mit Erfolg angefochten werden kann.

### 3. Umfassendere gerichtliche Prüfung der Leistungsfähigkeit und Qualität von Leistungen in Krankenhäusern

Das Bundessozialgericht hat seine bisherige Rechtsprechung zur Kompetenz bei der Bewertung von Behandlungsmethoden durch den Gemeinsamen Bundesausschuss (GBA) geändert. Eine GmbH hatte ein Krankenhaus betrieben und auch Patienten der gesetzlichen Krankenversicherung behandelt. Zu Beginn der Behandlung lag zunächst noch keine gewerberechtliche Erlaubnis für den Krankenhausbetrieb vor, ein Versorgungsvertrag mit den Kassen war noch nicht geschlossen.

## Patentrecht, Arbeitnehmererfinderrecht, Markenrecht

### Gesetz zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts vom 31.07.2009

Das Gesetz zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts wird am 01.10.2009 in Kraft treten und folgende wichtige Neuerungen in Bezug auf das Patentrecht, das Arbeitnehmererfinderrecht, das Markenrecht und die Anmeldekosten für Patente mit sich bringen:

Hinweispflicht im Nichtigkeitsverfahren vor dem Bundespatentgericht: Im erstinstanzlichen Verfahren vor dem Bundespatentgericht wird ein zwingender Hinweis eingeführt, mit dem das Gericht den Parteien die entscheidungserheblichen, in den bisher eingereichten Schriftsätzen jedoch noch nicht ausreichend erörterten Fragen darzulegen hat. So wissen die Parteien eher, worauf es dem Gericht ankommt und können ihren weiteren Vortrag darauf konzentrieren. Durch eine optionale Fristsetzung werden die Parteien und das Gericht vor überraschendem neuen Vortrag geschützt, der bisher in vielen Fällen erst in der mündlichen Verhandlung erfolgte. Hierdurch soll das Nichtigkeitsverfahren gestrafft werden.

Nichtigkeitsberufung als reine Rechtsmittelinstanz: Auch das Berufungsverfahren vor dem Bundesgerichtshof soll künftig schneller ablaufen. Bisher muss im Berufungsverfahren regelmäßig ein Sachverständiger bestellt werden, wodurch das Verfahren erheblich verzögert werden kann. Nach dem neuen Verfahrensrecht eröffnet die Berufung in Patentnichtigkeitsverfahren keine vollständige neue Instanz mehr, d. h. der gesamte Stoff der ersten Instanz

Das Krankenhaus versuchte dann auf verschiedenen Wegen vergeblich, die erbrachten Leistungen gegenüber den Kassen abzurechnen und gab zuletzt sogar an, Notfallbehandlungen über mehrere Tage durchgeführt zu haben. Die auf Abschluss eines Versorgungsvertrages gerichtete Klage wurde abgewiesen. Zur Begründung führte das Bundessozialgericht aus, dass nur ein leistungsfähiger und zuverlässiger Krankenträger Anspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages habe. Bereits das Verhalten vor bzw. während des Genehmigungsverfahrens sei für die Auslegung der Merkmale „Leistungsfähigkeit“ und „Zuverlässigkeit“ zu berücksichtigen. Ein Krankenhausbetreiber, der vor Erteilung der gewerberechtlichen Erlaubnis und dem Abschluss eines Versorgungsvertrages Behandlungen vornehme, verstoße gröblich gegen Pflichten im System der gesetzlichen Krankenversicherung.

Obwohl bereits mit diesen Argumenten die Entscheidung ausreichend begründet war, nahm das Bundessozialgericht den Fall zum Anlass, seine bisherige Rechtsprechung zur Prüfungscompetenz von Behandlungsmethoden zu revidieren: In der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung dürfen neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden nur dann zu Lasten der Krankenkassen erbracht werden, wenn zuvor der GBA diese Methoden positiv bewertet hat (§ 135 Abs. 1 Satz 1 SGB V). Demgegenüber sieht § 137 c SGB V vor, dass bei Krankenhäusern die Methoden präventiv nur vom Krankenhaus selbst geprüft werden und der GBA nur retrospektiv prüft. Hierzu hatte das Bundessozialgericht bislang vertreten, dass allein dem GBA und nicht den Kassen bzw. Sozialgerichten die Entscheidung hierüber obliege. Nunmehr wurde diese Rechtsprechung aufgegeben: Vielmehr sei vom Ge-

richt zu überprüfen, ob die Qualität und Wirksamkeit der Leistungen dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse und dem medizinischen Fortschritt entsprechen. Bei dieser Rechtsprüfung können dann Entscheidungen, welche der GBA für den vertragsärztlichen Bereich erlassen hat, ergänzend zur Begründung herangezogen werden. Das ist dann möglich, wenn diese Entscheidung auch Bedeutung für die stationäre Versorgung von Patienten haben.

Dies hat für Krankenhäuser zur Konsequenz, dass ein höheres Risiko besteht, Kosten nicht erstattet zu bekommen, wenn Methoden angewendet werden, die vom GBA für den vertragsärztlichen Bereich als nicht zulässige Leistung eingestuft wurden. Das Bundessozialgericht betont freilich in diesem Zusammenhang, dass alternative Behandlungsmethoden nach wie vor eine Bedeutung haben können, wenn es sich etwa um einen Fall der Alternativlosigkeit handelt; diese Methoden sollen aber von Krankenhäusern im GKV-Bereich nicht der allgemeinen Konzeption zugrunde gelegt werden. Es steht zu erwarten, dass Krankenkassen vermehrt bei den vom GBA nicht positiv bewerteten Behandlungsmethoden eine gerichtliche Prüfung betreiben werden.

*Dr. Ralf Kremer, Dr. Christian Wittmann, Dr. Hinner Schütze, Stuttgart*

muss nicht erneut verhandelt werden, sondern die Berufungsinstanz wird sich darauf konzentrieren, die Entscheidung der ersten Instanz auf Fehler zu überprüfen. Patentinhaber, Konkurrenten und Öffentlichkeit erhalten damit schneller Klarheit, ob die patentierte Erfindung geschützt ist oder nicht.

Neue Gebührenstruktur im Patentkostengesetz: Hinsichtlich der neuen „Elektronischen Einreichung und Anspruchsgebühren“ bringt die Reduktion der Patentanmeldegebühren bei elektronischer Einreichung aufgrund der geplanten Änderungen des Patentkostengesetzes eine Kostenerleichterung mit sich. Jedoch werden zusätzliche Gebühren für jeden über den zehnten Anspruch hinausgehenden Anspruch fällig, was als Anreiz für eine Begrenzung der Patentansprüche dienen soll. Generell soll hiermit ein Beitrag zum Abbau der Arbeitsbelastung und zum Stauabbau beim Deutschen Patent- und Markenamt geleistet werden.

Arbeitnehmererfinderrecht: Auch das Verfahren bei Arbeitnehmererfindungen wird vereinfacht. Bisher mussten Arbeitgeber und Arbeitnehmererfinder für den Übergang der Rechte an der Erfindung mehrere Erklärungen mit unterschiedlichen Fristen austauschen. In Zukunft tritt an diese Stelle eine so genannte Inanspruchnahmefiktion, wonach Arbeitnehmererfindungen vier Monate nach ihrer Meldung automatisch auf den Arbeitgeber übergehen, wenn dieser die Erfindung nicht vorher freigibt. Bei der neuen, durchgehenden Ersetzung der Schriftform durch die Textform wird insbesondere der Einsatz der in den Unternehmen heutzutage üblichen Kommunikationsmittel E-Mail und Telefax ermöglicht.

Markenrecht: Im Bereich des Markenrechts wird zur Verfahrensbeschleunigung ein Wahlrecht zwischen den Rechtsmitteln Erinnerung und Beschwerde geschaffen. Zudem sind künftig auch die Inhaber nicht eingetragener älterer Kennzeichenrechte widerspruchsberechtigt, wodurch eine Angleichung an die Gemeinschaftsmarkenverordnung erreicht werden soll. Schließlich kann bei internationalen Markenregistrierungen die Anmeldung nun außer in französischer auch in englischer Sprache erfolgen.

*Thomas Janssen, Dr. Mark Wieme,  
Dr. Heiko Vogler,  
Dipl.-Phys. Hanns-Jörg Rotermund,  
Dipl.-Ing. Uwe Bernhard, LL.M.,  
Dr.-Ing. Dipl.-Wirt.Ing. Martin Joob,  
Stuttgart*

## Vergaberecht

### Unklare/unbrauchbare Typenangaben führen zum Angebotsausschluss

In einem Beschluss vom 26.05.2009 hat das Oberlandesgericht Frankfurt die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Ausschluss unvollständiger Angebote präzisiert. Wie der Bundesgerichtshof bereits im Jahr 2003 entschieden hat, haben Bieter im Leistungsverzeichnis geforderte Hersteller- und Typenangaben vollständig anzugeben; fehlen entsprechende Angaben, ist das Angebot wegen Unvollständigkeit von der Wertung auszuschließen. Diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat das Oberlandesgericht Frankfurt auf unklare/unbrauchbare Angaben ausgeweitet: Ein Bieter hatte eine Drückergarnitur für Innentüren als Brandschutzgarnitur unter Hinweis auf die Typenbezeich-

nung eines bestimmten Herstellers angeboten. Auf den Einwand der ausschreibenden Stelle, dieser Hersteller biete die Brandschutzgarnitur laut Produktkatalog nicht mit den geforderten technischen Merkmalen an, erklärte der Bieter, der Hersteller fertige die geforderte Drückergarnitur als Sonderanfertigung. Eine solche Sonderanfertigung werde er verbauen. Mit dieser Argumentation hatte der Bieter vor dem Oberlandesgericht Frankfurt keinen Erfolg. Denn ein Bieter müsse, soweit er eine Sonderanfertigung anbieten wolle, die Vergabestelle darauf hinweisen oder die entsprechende Position des Leistungsverzeichnisses unverzüglich rügen. Dies hatte der Bieter in dem vom Oberlandesgericht Frankfurt entschiedenen Fall nicht getan, so dass sein Angebot von der Wertung auszuschließen war.

*Dr. Lars Knickenberg, Stuttgart*

#### Impressum

Bongen, Renaud & Partner

Königstraße 28  
70173 Stuttgart  
Tel. 0711/16445-0  
Fax 0711/16445-100

Niedenau 13-19  
60325 Frankfurt  
Tel. 069/133734-0  
Fax 069/133734-34

verantwortlicher Redakteur  
Dr. Lars Knickenberg  
Königstraße 28  
70173 Stuttgart

info@brp.de  
www.brp.de

Briem-Druck  
Inhaber: Gerhard Briem  
Hintere Gasse 70  
70794 Filderstadt

Stand: 4. September 2009