

Newsletter

1 / 2 0 1 0

mit Beiträgen zu:

Arbeitsrecht

Bau-, Architekten- und Ingenieurrecht

Datenschutzrecht

Handels- und Gesellschaftsrecht

Insolvenzrecht

Medizinrecht

Vergaberecht

BRP aktuell

Wir bedanken uns bei unseren Mandanten und Geschäftspartnern für die gute und erfolgreiche Zusammenarbeit sowie das uns ausgesprochene Vertrauen und verbinden damit beste Wünsche für ein glückliches neues Jahr.

Frau Rechtsanwältin Dr. Barbara Ackermann-Sprenger wurde von der Rechtsanwaltskammer Stuttgart der Titel „Fachanwältin für Erbrecht“ sowie Herrn Rechtsanwalt Dr. Volker Nill der Titel „Fachanwalt für Arbeitsrecht“ verliehen.

Seit dem 16.10.2009 ist Herr Rechtsanwalt Dr. Hinner Schütze Professor an der Hochschule für Polizei in Villingen-Schwenningen und lehrt dort Straf-, Strafverfahrens- und Verfassungsrecht.



BRP Renaud & Partner
Rechtsanwälte Notare
Patentanwälte

Namensänderung bei BRP

Seit dem 01.01.2010 firmieren wir unter

BRP Renaud & Partner Rechtsanwälte Notare Patentanwälte

Gleichzeitig haben wir unsere Web- und E-Mailadressen geändert: Sie erreichen uns nun unter www.brp.de sowie per E-Mail unter *Vorname.Nachname@brp.de*.

Arbeitsrecht

1. Arbeitsrecht in der neuen Legislaturperiode

Laut des Koalitionsvertrags von CDU, CSU und FDP soll das (absolute) Vorbeschäftigungsverbot für sachgrundlos befristete Einstellungen gemäß § 14 Abs. 2 TzBfG gelockert werden. Beabsichtigt ist, die Befristung von Arbeitsverträgen so zu gestalten, dass die sachgrundlose Befristung nach einer Wartezeit von einem Jahr wieder möglich wird, auch wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Weiterhin soll die Rechtsprechung zum Verbot sittenwidriger Löhne gesetzlich festgeschrieben werden, um Lohndumping zu verhindern. Ein gesetzlicher Mindestlohn wird nicht eingeführt werden. Zudem will sich die Koalition für eine Verbesserung des Arbeitnehmerdatenschutzes einsetzen. Dabei soll insbesondere Arbeitgebern eine verlässliche Regelung für den Kampf gegen Korruption an die Hand gegeben werden. Schließlich sieht der Koalitionsvertrag vor, dass die staatlich geförderte Altersteilzeit nicht über den 31.12.2009 hinaus verlängert wird. Fazit: Aus arbeitsrechtlicher Sicht hat der Koalitionsvertrag nur marginale Bedeutung.

2. Streikbegleitende „Flashmob“-Aktionen

Das Bundesarbeitsgericht hat in einer Entscheidung vom 22.09.2009 erstmals zur Zulässigkeit so genannter „Flashmob“-Aktionen Stellung genommen. Die Gewerkschaft ver.di hat diese Aktionsform zu einem Mittel des Arbeitskampfs gemacht. Im zugrunde liegenden Fall hatte ver.di die Teilnehmer einer „Flashmob“-Aktion kurzfristig zu einer Filiale eines Unternehmens gerufen. Dort sollten die ca. 40 Teilnehmer mit Waren vollgepackte Einkaufswagen an den Kassen zurücklassen sowie durch den koordinierten Einkauf von „Pfennig-Artikeln“ Warteschlangen an den Kassen verursachen. Diese Art gewerkschaftlicher Maßnahmen ist völlig neu. Beim traditionellen Streik wurde bislang Arbeitskraft zurückgehalten und der Betrieb passiv gestört. „Flashmob“-Aktionen hingegen werden zur aktiven Störung der betrieblichen Abläufe genutzt. Beteiligt werden zudem nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch unbeteiligte Dritte. Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass eine solche gewerkschaftliche „Flashmob“-Aktion zulässig sein kann. Maßgeblich sei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Rechtswidrig seien solche Aktionen nur dann, wenn sie zur Durchsetzung der

erhobenen Forderungen offensichtlich ungeeignet, nicht erforderlich oder wenn sie unangemessen sind. Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts schwächt die Position der Arbeitgeber in Arbeitskämpfen deutlich, da mit den „Flashmob“-Aktionen erhebliche wirtschaftliche Nachteile verbunden sind. Beachtlich ist auch, dass unbeeilte Dritte für den Arbeitskampf eingesetzt werden können. Das Bundesarbeitsgericht hat den betroffenen Arbeitgeber auf die Ausübung seines Hausrechts oder eine kurzfristige Betriebsschließung verwiesen. Ein schwacher Trost: Beide Maßnahmen sind wenig praktikabel und ebenfalls mit erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen verbunden.

3. Entschädigung bei Entlassung in Elternzeit

Der Europäische Gerichtshof hat am 22.10.2009 ein Urteil verkündet, das Arbeitnehmer in Elternzeit künftig hinsichtlich der Abfindungshöhe besser schützt. Die belgische Klägerin war während ihrer Elternzeit auf Teilzeitbasis beschäftigt. Ihr wurde gekündigt und dabei eine Entlassungsschädigung in Höhe von 10 Monatsgehältern gewährt, die allerdings auf Grundlage des wegen Teilzeittätigkeit niedrigen Gehalts berechnet war. Hiergegen erhob sie Klage und begehrte die Berechnung der Entschädigung auf der Grundlage eines Vollzeitgehaltes. Der Europäische Gerichtshof weist in seiner Entscheidung darauf hin, dass die Entschädigung für einen in Vollzeit angestellten Arbeitnehmer, der während seiner Elternzeit auf Teilzeitbasis tätig ist und entlassen wird, auf Grundlage seines Vollzeitgehaltes zu berechnen sei. Die Kürzung der sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Rechte im Falle der Elternzeit könnte ansonsten die Arbeitnehmer davon abhalten, Elternzeit zu nehmen und den Arbeitgeber dazu anhalten, bevorzugt diejenigen Mitarbeiter zu entlassen, die sich in Elternzeit befinden. Es bleibt abzuwarten, wie die deutsche Arbeitsgerichtsbarkeit hier-

auf reagiert. Insbesondere ist offen, ob sich der dargestellte Grundsatz nur auf Entlassungsschädigungen bezieht, die für Entlassungen während der Elternzeit gewährt werden, oder ob er auch zu einer Änderung der bisherigen deutschen Praxis und Rechtsprechung bei der Bestimmung von Sozialplanabfindungen führt.

*Dr. Jörg Fecker,
Dr. Thomas Glöckle, LL.M.,
Dr. Volker Nill, Dr. Betina Fecker,
Corinna Meier, Stuttgart*

Susanne Boller, Frankfurt am Main

Bau-, Architekten- und Ingenieurrecht

1. Nachtragsanspruch des Auftragnehmers und Mehrkosten aufgrund verzögerter Vergabe

Mit seinem Grundsatzurteil vom 11.05.2009 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass Auftragnehmern grundsätzlich ein Anspruch auf Mehrkosten für Materialpreiserhöhungen und dergleichen zustehen kann, wenn auf ein Angebot im öffentlichen Vergabeverfahren der Zuschlag wegen eines vorausgegangen Vergabenachprüfungsverfahrens erst mit erheblicher Verspätung erteilt wird (s. Newsletter 2/2009). Mit drei Urteilen vom 10.09.2009 hat der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung zu Nachtragsansprüchen bei verzögerter Vergabe mit dem Ergebnis konkretisiert, dass den betroffenen Auftragnehmern vielfach doch kein Anspruch zustehen wird.

In zwei Fällen hatte der Bieter und spätere Auftragnehmer einer erbetenen Verlängerung der Angebotsfrist zugestimmt, die u.a. deshalb notwendig wurde, weil ein Mitbewerber ein Vergabenachprüfungsverfahren einleitete. Als der Zuschlag dann mit einiger Verspätung erteilt wurde, konnten die Auftragnehmer nicht mehr zu den ausgehandelten Konditionen auf die vorgesehenen

Lieferanten und/oder Nachunternehmer zugreifen, da deren Bindefrist im Verhältnis zum Auftragnehmer abgelaufen war. In einem Verfahren betraf dies den Energielieferanten, im anderen den Nachunternehmer für Verkehrssicherungsmaßnahmen. Der Bundesgerichtshof hat die von den Auftragnehmern geltend gemachten Mehrvergütungsansprüche nicht bzw. nicht im geltend gemachten Umfang anerkannt. Denn der Vertrag zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber komme mit dem Inhalt des Angebots des Auftragnehmers zustande, also auch mit den dort aufgeführten Preisen. Eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage komme nicht in Betracht, da die Erwartung des Auftragnehmers, im Falle des Vertragsschlusses Energie- bzw. Verkehrssicherungsmaßnahmen zu den jeweils kalkulierten Preisen – also auf Basis der Nachunternehmerangebote – beziehen zu können, nicht Geschäftsgrundlage des Vertrags mit dem Auftraggeber geworden sei.

Ein Mehrvergütungsanspruch in Anlehnung an § 2 Nr. 5 VOB/B komme unter keinen Umständen in Betracht, falls es trotz des Vergabenachprüfungsverfahrens zu keiner Verschiebung der Bauzeit komme. Dies war in einem der beiden Fälle so, Mehrvergütungsansprüche bestanden für den Auftragnehmer dort also nicht. Im anderen Fall kam es zwar zu einer Verschiebung der Bauzeit, so dass grundsätzlich ein Anspruch auf Anpassung der Vergütung in Anlehnung an § 2 Nr. 5 VOB/B bestehe. Allerdings könne sich der Auftragnehmer für die Berechnung seines Mehrvergütungsanspruchs nicht auf die bis zum Ablauf der ursprünglichen Bindefrist beim Nachunternehmer gesicherten Preise berufen. Denn es bestehe kein geschütztes Vertrauen in die Realisierbarkeit der Angebotskalkulation. Für die Preisanpassung in Anlehnung an § 2 Nr. 5 VOB/B müsse die Differenz zwischen den tatsächlich angefallenen Kosten und denjenigen Kosten

ermittelt werden, die bei Einhaltung der geplanten Bauzeit angefallen wären. Der Bundesgerichtshof differenziert also zwischen Preissteigerungen am Markt, die für den Mehrvergütungsanspruch berücksichtigt werden können, und der Kalkulation des Auftragnehmers, die für den Mehrvergütungsanspruch weitgehend unberücksichtigt bleibt. Bieter werden sich deshalb gut überlegen müssen, ob sie einer Bindefristverlängerung zustimmen, soweit sie die von ihnen vorgesehenen Nachunternehmer nicht ebenfalls binden können. Denn verliert der Auftragnehmer ein günstiges Angebot seines Nachunternehmers, wird er anfallende Mehrkosten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht an seinen Auftraggeber durchstellen können. Dies gilt auch für den Fall, dass der Auftragnehmer mit seiner Zustimmung zur Bindefristverlängerung auf die günstigen Nachunternehmerangebote hinweist und sich Ansprüche für den Fall vorbehält, dass er die Nachunternehmerleistungen wegen der verspäteten Zuschlagserteilung zu höheren Preisen einkaufen muss.

Der dritte vom Bundesgerichtshof am 10.09.2009 entschiedene Fall betraf eine Vergabe im Verhandlungsverfahren, in dem der Auftragnehmer zwischen Oktober und Dezember 2003 drei Angebote abgab. Der für Dezember 2003 vorgesehene Zuschlag verzögerte sich wegen eines Vergabenaachprüfungsverfahrens bis März 2004. Kurz vor Erteilung des Zuschlags verhandelten Auftraggeber und Auftragnehmer nochmals über die Bauzeit und insbesondere über den Fertigstellungstermin, der unverändert bleiben sollte. Für Beschleunigungsmaßnahmen wurde eine pauschale Zusatzvergütung in Höhe von 250.000,00 € vereinbart. Wegen inzwischen eingetretener Stahlpreiserhöhungen kündigte der Auftragnehmer noch vor Vertragsabschluss Mehrkosten an, die der Auftraggeber zurückwies. Mit seiner Klage über rund 3,8 Mio. € wegen erhöhter Stahlpreise scheiterte der Auftragnehmer in allen Instanzen.

Der Bundesgerichtshof wies die Klage letztlich mit der Begründung ab, dass der Vertrag mit dem Inhalt des zuletzt verhandelten Angebots zustande gekommen sei, in dem auch für den Stahl bestimmte Preise angegeben waren. Der Hinweis auf die Stahlpreiserhöhung und damit verbundene Mehrkosten habe die Angebotspreise nicht unmittelbar verändert und auch nicht zu einer Anpassungsregelung geführt. Im Ergebnis stellt der Bundesgerichtshof fest, es wäre eben Sache des Auftragnehmers gewesen, vor Vertragsabschluss neue Preise zum Stahl oder eine Preisgleitklausel zu vereinbaren. Da er dies nicht getan habe, sei er an seine Angebotspreise gebunden und könne auch keine Preisanpassung in Anlehnung an § 2 Nr. 5 VOB/B fordern. Hierzu fehle es an einer Regelungslücke im Vertrag, da sich die Parteien unmittelbar vor Vertragsabschluss über Preise und Bauzeit verständigt hatten.

Konnten Auftragnehmer nach der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 11.05.2009 noch hoffen, im Falle verzögerter Zuschlagserteilungen Mehrkosten ohne Weiteres an den Auftraggeber durchstellen zu können, so wurde diese Hoffnung durch die Urteile vom 10.09.2009 wesentlich getrübt. Denn Mehrvergütungsansprüche werden zum einen dann nicht oder jedenfalls nicht in der erhofften Höhe bestehen, falls der Auftragnehmer nicht mehr auf den günstigen Nachunternehmer zurückgreifen kann, auf dessen Preise er sein eigenes Angebot gestützt hatte. Zum anderen bestehen keine Mehrvergütungsansprüche, soweit sich die vereinbarte Bauzeit nicht verändert oder aber bei einer einvernehmlich angepassten Bauzeit keine Änderung der Preise durchgesetzt wird.

2. Erkennbare Unvollständigkeit eines Baugrundgutachtens – keine Abrechnung des Mehraufwands

In einem vom Oberlandesgericht Rostock mit Urteil vom 07.12.2006

entschiedenen Fall hatte eine Gemeinde die Herstellung einer Dichtwand mit einer Schlitzbreite von 40 cm zur unterirdischen Grundwasserabwehr am Rand einer Deponie ausgeschrieben. Der Ausschreibung war ein erkennbar unvollständiges Baugrundgutachten beigelegt. Die Auftragnehmerin verlangte von der Auftraggeberin aufgrund eines Suspensionsmengenmehrverbrauchs zusätzlich entstandene Kosten ersetzt. Eine Position für verbrauchte Suspensionsmasse war im Leistungsverzeichnis nicht enthalten.

Das Oberlandesgericht Rostock verneint jegliche Ansprüche des Auftragnehmers. Ein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens scheidet aus, da sich der Auftragnehmer bei erkennbarer Unvollständigkeit der Angaben zu den Bodenverhältnissen nicht auf eine den Anforderungen des § 9 VOB/A entsprechende Ausschreibung verlassen durfte. Vielmehr hätte er auf die Unvollständigkeiten hinweisen und offene Fragen klären müssen. § 9 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A regelt u.a., dass die für die Ausführung der Leistung wesentlichen Verhältnisse der Baustelle, z.B. Boden- und Wasserverhältnisse, so zu beschreiben sind, dass der Bieter (Auftragnehmer) ihre Auswirkungen auf die bauliche Anlage und die Bauausführung hinreichend beurteilen kann. Bei erkennbarer Unvollständigkeit müsse der Auftragnehmer hierauf hinweisen und offene Fragen klären, wenn er nicht das Risiko höherer Kosten tragen wolle. Ein vertraglicher Anspruch auf Bezahlung der Mengen aus § 2 Nr. 3 VOB/B scheidet schon deshalb aus, weil die Suspensionsmasse im Leistungsverzeichnis nicht angesetzt war. Auch vertragliche Ansprüche aus § 2 Nr. 5 oder § 2 Nr. 6 VOB/B kamen aufgrund einer fehlenden Leistungsänderung nicht in Betracht.

Das Urteil des Oberlandesgerichts Rostock ist ein gutes Beispiel für die Relativierung der Regel, das so genannte Baugrundrisiko liege allein

beim Auftraggeber. Tatsächlich wird es vertraglich häufig auf den Auftragnehmer abgewälzt, soweit die Risiken des Baugrundes aus einem geologischen Gutachten erkennbar sind. Auch bei einer öffentlichen Ausschreibung sind deshalb alle Ausschreibungsunterlagen sorgfältig auf erkennbare Fehler, Lücken und Widersprüche zu prüfen. Wer einen solchen erkennbaren Fehler nicht anspricht, kann in der Regel später keinen Mehraufwand vergütet verlangen.

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

Datenschutzrecht

Neuerungen im Datenschutzrecht – Die Datenschutznovelle 2009

Am 01.09.2009 ist das „Gesetz zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften“ in Kraft getreten. Hierdurch entstehen neue Anforderungen in Bezug auf den Umgang mit personenbezogenen Daten für die Zwecke des Adresshandels, der Werbung sowie der Markt- und Meinungsforschung. Das Gesetz enthält Konkretisierungen bezüglich der Anforderungen an eine Auftragsdatenverarbeitung und Verschärfungen im Hinblick auf Informationspflichten und Bußgeldbestände. Die Änderungen gelten nicht nur für Adresshändler, Markt- und Meinungsforscher etc., sondern für jeden Arbeitgeber, der Informationen über seine Mitarbeiter sammelt.

Für nähere Informationen fordern Sie bitte unsere Mandanten-Information „Informationen zur Datenschutznovelle 2009“ an.

*Dr. Thomas Weimann, Corinna Meier,
Daniel Nagel, Stuttgart*

Handels- und Gesellschaftsrecht

1. Auswirkungen einer Einbringung „dem Werte nach“

Nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 15.06.2009 begründet die Einbringung einer Sache dem Werte nach nur die schuldrechtliche Verpflichtung des Gesellschafters, die betreffende Sache der Gesellschaft so zur Verfügung zu stellen, als ob sie Gesellschaftsvermögen wäre. Die dingliche Rechtsstellung des Gesellschafters und seine Verfügungsbefugnis im Außenverhältnis bleibt jedoch unberührt. Die Einbringung einer Sache dem Werte nach entfaltet keine Rechtswirkungen gegenüber einem Dritten, der das Eigentum vom Gesellschafter an der betreffenden Sache erworben hat, ohne zugleich auch dessen Gesellschafterstellung zu übernehmen. Der Dritte erwirbt das Eigentum an der Sache daher unbelastet von der nur den Gesellschafter treffenden Verpflichtung, die Sache der Gesellschaft wertmäßig zu überlassen.

2. Frist bei Anfechtungsklagen gegen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung einer GmbH

Der Bundesgerichtshof hat mit Beschluss vom 13.07.2009 klargestellt, dass bei Anfechtungsklagen gegen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung einer GmbH die Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG einzuhalten ist. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Gesellschaftsvertrag eine abweichende Regelung enthält. Innerhalb der grundsätzlich geltenden Monatsfrist müssen auch die Anfechtungsgründe in ihrem wesentlichen tatsächlichen Kern in den Rechtsstreit eingeführt werden. Wird die Monatsfrist überschritten, kommt es darauf an, ob zwingende Umstände den klagewilligen Gesellschafter an einer früheren gerichtlichen Geltendmachung des Anfechtungsgrundes gehindert haben.

3. Freistellungsanspruch der GmbH gegen Gesellschafter bei eigenkapitalersetzender Bürgschaft

Ein GmbH-Gesellschafter, der für ein Bankdarlehen der Gesellschaft eine eigenkapitalersetzende Bürgschaft gestellt hat, ist nach einem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20.07.2009 dazu verpflichtet, die Gesellschaft von der Rückzahlungsverbindlichkeit bei deren Fälligkeit freizustellen. Wird statt dessen eine von der Gesellschaft gestellte Sicherheit verwertet und der Gesellschafter durch die Anrechnung des Verwertungserlöses von seiner Bürgschaftsschuld frei, steht dies einer Auszahlung an den Gesellschafter gleich. Dies gilt auch dann, wenn der Gesellschafter selbst oder eine von ihm beherrschte Gesellschaft die von der Gesellschaft gestellte Sicherheit erwirbt. Die Höhe des Erstattungsanspruchs der Gesellschaft gegen ihren Gesellschafter richtet sich allein nach der durch die Verwertung der von der Gesellschaft gestellten Sicherheit erlangten Befreiung von der Bürgschaftsschuld und nicht nach dem Wert des Sicherungsguts.

4. Verdeckte Sacheinlage und Hin- und Herzahlen beim Cash-Pool (Cash-Pool II)

Im Jahr 1998 wurde von drei Gesellschaftern eine GmbH gegründet. Mit der Gründung verpflichtete sich die Gesellschaft, ihren gesamten Zahlungsverkehr über ein von zwei der Gesellschafter wechselseitig geführtes Cash-Management-System abzuwickeln, in dem die auf den eingebundenen Konten befindlichen Salden täglich im Rahmen eines so genannten Zero-Balancing ausgeglichen wurden. Die Gesellschafter zahlten ihre Einlagen von insgesamt rund 2 Mio. € in Teilbeträgen auf das so gebundene Konto der Gesellschaft ein. Am Tag der letzten Teilzahlung im November 1998 nahm die Gesellschaft im Rahmen des Cash-Poolings einen Kredit in Höhe von rund

47.000,00 € in Anspruch. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft im Jahr 2005 verlangte der Insolvenzverwalter von den beklagten Gesellschaftern die nochmalige Erbringung der Einlagen.

In dem Urteil vom 20.07.2009 grenzt der Bundesgerichtshof zunächst die verdeckte Sacheinlage (§ 19 Abs. 4 GmbHG) vom Hin- und Herzahlen (§ 19 Abs. 5 GmbHG) im Zusammenhang mit dem Cash-Pooling ab. Soweit im Zeitpunkt der Weiterleitung des Einlagebetrags der Saldo auf dem Zentralkonto zu Lasten der Gesellschaft negativ sei, liege eine verdeckte Sacheinlage vor. Wirtschaftlich fließe der Gesellschaft wegen der Weiterleitung der Bareinlage auf das Zentralkonto nicht der vereinbarte Barbetrag, sondern die Befreiung von der Verbindlichkeit aus der Cash-Pool-Vereinbarung, mithin ein Sachwert zu. Soweit die Einlage dagegen auf ein Zentralkonto des Inferenten weitergeleitet werde, dessen Saldo ausgeglichen oder zugunsten der Gesellschaft positiv sei, liege ein reines Hin- und Herzahlen vor. Mit der Weiterleitung auf das Zentralkonto gewähre die Gesellschaft dem Inferenten ein Darlehen. Der Inferent werde auch hier grundsätzlich nicht von seiner Einlageverpflichtung frei, es sei denn, die besonderen Voraussetzungen des § 19 Abs. 5 GmbHG sind erfüllt, d.h., eine die Einlagepflicht ersetzende Vereinbarung sei getroffen worden, die auf ihrer Grundlage erbrachte Leistung sei durch einen vollwertigen, jederzeit fälligen oder durch fristlose Kündigung fällig werdenden Rückzahlungsanspruch gegen den Inferenten gedeckt und der Geschäftsführer habe diese Umstände bei der Handelsregisteranmeldung angegeben. Denkbar sei schließlich auch der Fall, dass nur teilweise eine verdeckte Sacheinlage vorliege, weil die Einlagezahlung den negativen Saldo zu Lasten der Gesellschaft im Zentralkonto übersteige. Der Vorgang sei dann teilweise als verdeckte Sacheinlage, teilweise als Hin- und

Herzahlen zu qualifizieren. Dies kam auch im vorliegenden Fall in Bezug auf die 47.000,00 €, die die Gesellschaft als Kredit vom Zentralkonto erhalten hatte, in Betracht.

Soweit im entschiedenen Fall ein Hin- und Herzahlen vorlag, wurde vom Bundesgerichtshof die schuldtilgende Wirkung der Einlageleistung verneint. Einerseits hatte der Geschäftsführer die Leistung an den Gesellschafter nicht in der Handelsregisteranmeldung angegeben, andererseits war der Rückforderungsanspruch der Gesellschaft weder jederzeit fällig noch jederzeit fristlos kündbar. Der Bundesgerichtshof stellte weiter klar, dass das Recht zur fristlosen Kündigung nur dann den Anforderungen des § 19 Abs. 5 Satz 1 GmbHG genüge, wenn die Kündigung jederzeit ohne Einschränkung möglich ist.

Dem Bundesgerichtshof zufolge wurde die Einlageschuld auch nicht durch spätere Leistungen aus dem Cash-Pool getilgt, weil sich die einzelnen Leistungen im Rahmen des Zero-Balancing nicht wie im Falle einer vermeintlichen Darlehensrückzahlung zweifelsfrei der noch offenen Einlage zuordnen ließen. Im Rahmen des Cash-Poolings seien weitere Leistungen an die Gesellschaft geflossen und zur Rechnungsregulierung verwendet worden, die es ausschließen würden, Zahlungen an Gläubiger der Gesellschaft gerade der Einlageforderung bzw. der Rückzahlung des dem Cash-Pool gewährten Darlehens zuzuweisen. Soweit jedoch eine verdeckte Sacheinlage und kein Hin- und Herzahlen vorliege, sei auf die Einlageverpflichtung der Wert des Verzichts auf die Darlehensrückzahlung und damit der Wert der Rückzahlungsforderung im Zeitpunkt der Gutschrift auf dem Zentralkonto nach § 19 Abs. 4 GmbHG anzurechnen.

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

Insolvenzrecht

1. Neue Rechtsprechung zur Anfechtbarkeit von Zahlungen aus einer geduldeten Kontoüberziehung

Mit einem Urteil vom 06.10.2009 hat der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung zur Anfechtbarkeit von Zahlungen aus einer lediglich geduldeten Kontoüberziehung aufgegeben. Grundvoraussetzung jeder Insolvenzanfechtung ist eine objektive Gläubigerbenachteiligung. Die Gläubigerbenachteiligung wurde bisher vom Bundesgerichtshof verneint, wenn die Zahlung aus einem Überziehungskredit (geduldete Kontoüberziehung) erfolgt war. Hier sollte ein reiner Passivtausch vorliegen. Hieran hält der Bundesgerichtshof nicht mehr fest. Die Aufgabe der Rechtsprechung war motiviert durch die Beobachtung, dass sich Anfechtungsgegner leicht der Anfechtung entziehen konnten, da Ihnen die Kenntnis der Gläubigerbenachteiligung in der Regel nicht nachgewiesen werden konnte. Der Bundesgerichtshof geht nun davon aus, dass ein Gläubiger, der durch eine Direktzahlung der Bank aus einem Überziehungskredit befriedigt wird, genauso behandelt werden muss wie derjenige Gläubiger, der durch Barzahlung vom Schuldner befriedigt wird, nachdem der Schuldner Bargeld durch Inanspruchnahme eines Überziehungskredits von seinem Konto abgehoben hat. Denn durch die Inanspruchnahme der geduldeten Überziehung vermehrt sich die Passivmasse des Schuldners. Dem kann nicht mehr entgegengehalten werden, dass sich die Passivmasse durch Befriedigung der Gläubigerforderung in gleichem Umfang vermindert. Die Vorgänge „Inanspruchnahme von Überziehungskredit“ und „Erfüllung der Gläubigerforderung“ müssen nach Ansicht des Bundesgerichtshofs getrennt betrachtet werden. Schließlich habe der Schuldner durch die Inanspruchnahme des Überziehungskredits auch seine Bonität verbraucht

und damit zumindest einen „potentiellen Vermögenswert“ geopfert. Wer aus einer geduldeten Überziehung des Schuldners Zahlungen empfängt kann daher zur Rückzahlung an den Insolvenzverwalter verpflichtet sein.

2. Änderung der Zahlungsbedingungen in der Krise des Vertragspartners

Der Bundesgerichtshof hat in einem Beschluss vom 16.07.2009 ein Urteil des Saarländischen Oberlandesgerichts bestätigt, wonach ein Schuldner in der Regel nicht mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz handelt, wenn er eine kongruente Gegenleistung für die von ihm empfangene, zur Fortführung seines eigenen Unternehmens nötige und damit den Gläubigern im Allgemeinen nützliche Leistung erbringt. Dies gilt auch dann, wenn der Schuldner seinen Gläubigern die eigenen Zahlungsschwierigkeiten offenbart und immer wieder um Zahlungsaufschub gebeten hat. Im konkreten Fall war aufgrund der Mitteilung der Zahlungsschwierigkeiten zwischen Schuldner und Lieferant vereinbart worden, statt wie bisher auf Rechnung, künftig nur noch gegen Vorkasse zu leisten. Der Schuldner war auf die Weiterbelieferung angewiesen. Aufgrund der Weiterbelieferungsvereinbarung erfolgten Lieferungen und Zahlungen in Höhe von knapp 200.000,00 €. Über das Vermögen des Schuldners wurde schlussendlich doch ein Insolvenzverfahren eröffnet, der Insolvenzverwalter verklagte den Lieferanten auf Rückzahlung der 200.000,00 €. Die Vorkasselieferungen seien mangels kongruenter Deckung keine privilegierten Bargeschäfte, so dass der Lieferant im Wege der Insolvenzanfechtung zur Rückzahlung verpflichtet sei. Diese Klage hat das Saarländische Oberlandesgericht durch Urteil vom 23.01.2007 abgewiesen, der Bundesgerichtshof hat die Revision nicht zugelassen. Damit ist klaggestellt, dass es Lieferanten gestattet ist, die Zahlungsbedingungen gegenüber einem in die Krise geratenen Abnehmer von

„Rechnung“ auf „Vorkasse“ umzustellen. Dies begründet nicht die Anfechtbarkeit der Zahlungen.

3. Haftung des Directors einer private limited company für Zahlungen nach Insolvenzreife

Das Kammergericht Berlin hat mit Urteil vom 24.09.2009 zu der Frage Stellung genommen, ob § 64 Abs. 2 GmbHG alte Fassung (heute § 64 GmbHG) auf den Director einer Limited mit Sitz in London anwendbar ist. Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass Gesellschaften innerhalb der EU nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich ihrer Innenbeziehungen nach dem Recht beurteilt werden, das ihrer Gründung zugrunde liegt. Eine in London nach englischem Recht gegründete Limited wird also auch dann nach englischem Recht beurteilt, wenn sie ihren Sitz aus England heraus verlegt hat. Für das Insolvenzrecht bestimmt Artikel 4 EuInsVO dagegen, dass sich das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen nach dem Recht des Mitgliedsstaates bestimmen, in dem das Verfahren eröffnet wird. Wird über eine englische Limited mit Zweigniederlassung in Deutschland ein deutsches Insolvenzverfahren eröffnet und soll der Director wegen Zahlungen nach Insolvenzreife in Anspruch genommen werden, so ist die entscheidende Frage, ob die Haftungsvorschrift des § 64 GmbHG eine gesellschaftsrechtliche oder eine insolvenzrechtliche Vorschrift darstellt. Wäre § 64 GmbHG eine gesellschaftsrechtliche Vorschrift, könnte er nicht angewandt werden, da sich gesellschaftsrechtliche Fragen nach englischem Recht beurteilen. Nach Ansicht des Kammergerichts ist § 64 GmbHG jedoch eine insolvenzrechtliche Vorschrift, so dass auch der Director einer nach englischem Recht gegründeten Limited – wie ein GmbH-Geschäftsführer – zur Rückzahlung von Zahlungen verpflichtet ist, die nach Insolvenzreife der Gesellschaft erfolgt sind.

Dr. Christian Wittmann, Stuttgart

Medizinrecht

1. Berufsrechtliche Zulässigkeit der Bezeichnung „Hausarztzentrum S.“

Zwei Allgemeinmediziner hatten für ihre Gemeinschaftspraxis in der Außendarstellung den Begriff „Hausarztzentrum“ in Kombination mit dem Namen der Stadt, in der sich die Praxisräume befinden, verwendet. Gegen beide wurde ein berufsrechtliches Verfahren wegen irreführender Werbung eingeleitet. Die Ärztekammer meinte, dass unter dem Begriff „Zentrum“ eine Einrichtung zu verstehen sei, die absolut gesehen eine beträchtliche Größe aufweisen und im Vergleich mit den Konkurrenten eine deutlich überragende Bedeutung haben müsse. Hierzu berief sie sich auf eine Entscheidung des Landgerichts Hamburg aus dem Jahr 2001, das die Bezeichnung „Laser-Venen-Zentrum“ für einen räumlich abgegrenzten Teil einer Hausarztpraxis für berufs- und wettbewerbswidrig erklärt hatte.

Dieser Auffassung ist das Landesberufsgericht für Heilberufe Münster entgegengetreten: Es seien keine Gemeinwohlbelange ersichtlich, die das Verbot einer Praxis mit der Bezeichnung „Zentrum“ rechtfertigen könnten. Da der Begriff „Zentrum“ im Laufe der Zeit einen Bedeutungswandel erfahren habe, bestehe keine Gefahr, dass die Bevölkerung irregeleitet werde. Auch die Kombination des Begriffs „Zentrum“ mit einer Ortsbezeichnung sei nicht zur dahingehenden Irreführung geeignet, dass die Patienten erwarten, unter dieser Adresse alle Hausärzte aus diesem Ort in einer zentralen Einrichtung zusammengeschlossen zu finden. Die Verwechslung sei ausgeschlossen, wenn die Ärzte neben dem Begriff „Hausarztzentrum S.“ zugleich mit ihren Namen aufgeführt sind.

Die Entscheidung ist ein weiterer Beleg dafür, dass die Fachgerichte der Verfassungsrechtsprechung Rech-

nung tragen, welche das ärztliche Berufsrecht im Hinblick auf Werbemaßnahmen liberalisiert hat. Vorsicht ist aber nach wie vor geboten, wenn mit einem bestimmten Namen ein Alleinstellungsmerkmal verknüpft wird. Regelmäßig taucht diese Frage auf, wenn es um die Wahl einer aussagekräftigen Internet-Domain geht. Insofern dürfte beispielsweise die Bezeichnung „Hausärzte-Stuttgart.de“ durch eine mehr oder weniger große Hausarztpraxis aus Stuttgart weiterhin als wettbewerbs- und berufswidrig anzusehen sein.

2. Betrieb einer Ernährungsberatungs-GmbH in Praxisräumen

Ein Arzt hatte die „Dr. X GmbH“ gegründet und hielt 20 % der Geschäftsanteile daran. Die übrigen Geschäftsanteile lagen u.a. bei seiner Ehefrau, welche auch Geschäftsführerin war. Die GmbH erbrachte Ernährungsberatungsleistungen und verkaufte Diätprodukte. Die GmbH hatte eigene Arbeitsverträge für das Personal und es bestand auch ein gesonderter Mietvertrag für die von ihr genutzten Räumlichkeiten der Arztpraxis. Nach außen hin wurde auf zwei unterschiedlichen Schildern auf die Praxis Dr. med. X sowie auf die „Ernährungsberatung Dr. X GmbH“ hingewiesen. Im Gebäude wurden Flur und Anmeldetresen durch Hinweisschilder optisch getrennt, aber ansonsten – wie auch die Toiletten – gemeinsam genutzt. Im Übrigen nutzte die GmbH andere Räume als die Arztpraxis. Die Ernährungsberatung wurde erst eine Stunde nach Schließung der Praxis begonnen bzw. fand an einem Tag ohne Praxisbetrieb statt. Das Berufsgericht erkannte in der ersten Instanz auf einen Verweis und eine Geldbuße wegen der Verquickung der Tätigkeit als niedergelassener Arzt mit einer gewerblichen Betätigung in räumlicher, organisatorischer und personeller Hinsicht.

Dieses Urteil des Berufsgerichts wurde vom Landesberufsgericht für Heilberufe beim Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen aufgehoben. Das Oberverwaltungsgericht verdeutlicht in seiner Entscheidung, dass der Arzt sich durchaus gewerblich betätigen darf. Seine gewerbliche Betätigung unterliegt allerdings den Beschränkungen durch das Berufsrecht. So ist es z.B. nach § 3 der Berufsordnung für Ärzte in Baden-Württemberg u.a. untersagt, in Zusammenhang mit der Ausübung der ärztlichen Tätigkeit Waren abzugeben oder gewerbliche Dienstleistungen zu erbringen, soweit die Abgabe nicht wegen ihrer Besonderheit notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie ist. Das Gericht sah im entschiedenen Fall keinen Zusammenhang zwischen Ernährungsberatung und ärztlicher Tätigkeit, da die Trennung in wirtschaftlicher, organisatorischer, zeitlicher und räumlicher Hinsicht deutlich genug sei. Das Gericht stützt sich bei seiner Argumentation auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs, der davon ausgeht, dass von der Abhaltung einer Ernährungsberatung in Praxisräumen keine erhebliche Wirkung in Richtung auf eine gesundheitspolitisch unerwünschte Kommerzialisierung des Arztberufs ausgehe. In organisatorischer und wirtschaftlicher Hinsicht sei es für die Patienten ausreichend deutlich, dass der Arzt hier neben seiner Arztpraxis noch eine GmbH betreibe. Es werde nicht der Eindruck erweckt, dass der Arzt seine ärztliche Tätigkeit nicht mehr an den gesundheitlichen Interessen der Patienten, sondern an der Gewinnerzielungsabsicht durch die Ernährungsberatungs-GmbH ausrichte.

Die Entscheidung zeigt eine sehr liberale Handhabung der Berufsordnung. In den vergangenen Jahren sind verschiedene Urteile ergangen, die eine wesentlich strengere Auslegung der Berufsordnung zugrunde gelegt haben. Es muss deshalb im jeweiligen Einzelfall geprüft werden,

ob die beabsichtigte Konstruktion berufsrechtlich und damit wettbewerbsrechtlich zulässig ist.

3. Rücknahme eines Antrags auf Ausschreibung eines Vertragsarztsitzes

Vertragsärzte können auf ihre Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung verzichten. Ihr Vertragsarztsitz wird dann gemäß § 103 Abs. 4 SGB V von der zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung ausgeschrieben. Ein Arzt hatte einen Antrag auf Ausschreibung seines Kassenarztsitzes gestellt und, nachdem ein Bewerber vom Zulassungsausschuss ausgewählt wurde, seinen Antrag zurückgenommen. Er wollte damit verhindern, dass der vom Zulassungsausschuss ausgewählte Bewerber den Vertragsarztsitz übernehmen kann, weil er mit einem erneuten Antrag auf Ausschreibung eine andere Auswahlentscheidung erhoffte.

Nach einer Entscheidung des Sozialgerichts Berlin ist die Rücknahme des Antrags auf Ausschreibung eines Vertragsarztsitzes nur bis zur Auswahlentscheidung durch den Zulassungsausschuss möglich. Abgestellt werden soll dabei auf den Tag der Auswahlentscheidung selbst und nicht auf die erst nachfolgende Zustellung des schriftlichen Beschlusses. Das Gericht begründet diese Auffassung damit, dass die am Zulassungsverfahren beteiligten Bewerber eigene Rechte erhalten, welche ihnen nicht durch Rücknahme des Antrags auf Ausschreibung entzogen werden können, wenn bereits eine Entscheidung des Zulassungsausschusses getroffen worden ist. Es soll damit verhindert werden, dass derjenige, der den Antrag auf Ausschreibung des Vertragsarztsitzes gestellt hat, Einfluss auf die Entscheidung des Zulassungsausschusses nehmen kann.

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

Vergaberecht

1. Nachunternehmereinsatz und Inhalt einer Rüge

Das Kammergericht hat sich in einem Beschluss vom 20.08.2009 mit den Anforderungen befasst, die an eine vergaberechtliche Rüge zu stellen sind sowie mit dem Verbot eines Nachunternehmereinsatz bei europaweiten Ausschreibungen. Der Antragsteller im Vergabenaachprüfungsverfahren hatte gegenüber der Vergabestelle erklärt, dass das in der Ausschreibung vorgesehene Verbot der Beauftragung von Nachunternehmern unzulässig sein könne und er unter Einsatz von Nachunternehmern günstiger kalkuliert hätte, als der für den Zuschlag vorgesehene günstigste Bieter. Diese Erklärung reicht nach der zutreffenden Auffassung des Kammergerichts nicht als Rüge aus. Denn die Erklärung lässt weder eindeutig erkennen, dass der Bieter das Verbot eines Nachunternehmereinsatzes für unrechtmäßig hält, noch fordert er eine Korrektur der Ausschreibung. Wegen des unzureichenden Inhalts seiner Rüge war der Bieter im Nachprüfungsverfahren mit seinem Vorwurf präkludiert.

In derselben Entscheidung hat das Kammergericht die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bestätigt, dass das Verbot eines Nachunternehmereinsatzes im Rahmen europaweiter öffentlicher Ausschreibungen grundsätzlich unzulässig ist.

2. Ausschluss des Vergaberechts wegen entgegenstehender Sicherheitsinteressen?

Gemäß § 100 Abs. 2 lit. d) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) finden die Vorschriften des GWB zum Vergabeverfahren u.a. dann keine Anwendung, wenn die Ausführung eines Auftrags aufgrund von Rechts- und Verwaltungsvorschriften besondere

Sicherheitsmaßnahmen erfordert oder wenn sonstige wesentliche staatliche Sicherheitsinteressen berührt werden. Unter Hinweis auf § 100 Abs. 2 lit. d) GWB hat das Oberlandesgericht Dresden in einem Beschluss vom 18.09.2009 die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens für nicht statthaft erklärt. Hintergrund der Entscheidung war ein Vergabeverfahren zum Betrieb von BOS-Leitstellen, also zum Digitalfunk für alle Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben. Da die Infrastruktur des Digitalfunknetzes als geheimhaltungsbedürftig eingestuft worden sei und die Mitarbeiter des Bieters beim Betrieb der BOS-Leitstellen Zugang zu Verschlusssachen erhalten könnten, seien hier wesentliche Interessen der Sicherheit des Staates betroffen, die zur Nichtanwendung der vergaberechtlichen Vorschriften des GWB führen müssten. Dass Sicherheitsinteressen des Staates betroffen sind, hat das Oberlandesgericht Dresden u.a. damit begründet, dass sich die für den Betrieb der BOS-Leitstellen einzusetzenden Mitarbeiter nach den Vorgaben der Ausschreibung einer Überprüfung nach dem Sicherheitsüberprüfungsgesetz unterziehen müssten.

Eine vorgesehene Sicherheitsüberprüfung hat das Oberlandesgericht Düsseldorf in einem Beschluss vom 10.09.2009 hingegen nicht als Begründung gelten lassen, ein Vergabeverfahren dem Anwendungsbereich des GWB zu entziehen. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf betraf ein Vergabeverfahren über Unterstützungsleistungen an Arbeitsplatzcomputern, Notebooks, etc. Die Mitarbeiter des späteren Auftragnehmers hätten Zugang zu als vertraulich eingestuftem Verschlusssachen aus dem Leitungsbereich für den Zivil- und Katastrophenschutz erhalten können und faktisch die Möglichkeit bekommen, sich über geeignete Angriffsmaßnahmen Zugang zu Netzwerkinhalten zu verschaffen und diese zu manipulieren oder zu zerstören. Dies allein recht-

fertige es nach Ansicht des Oberlandesgerichts Düsseldorf jedoch nicht, das Vergabeverfahren dem Anwendungsbereich des GWB zu entziehen. Denn die Sicherheitsüberprüfung der Mitarbeiter werde durch das Vergabeverfahren nicht berührt, die Überprüfung sei also in jedem Fall durchzuführen. Deshalb greife § 100 Abs. 2 lit. d) GWB nur ein, falls eine objektiv gewichtige Gefährdung oder Beeinträchtigung der Sicherheitsbelange vorliege. Die Entscheidungen der Oberlandesgerichte Dresden und Düsseldorf werden insbesondere bei der Einführung des Digitalfunks BOS noch für Diskussionsstoff sorgen.

Dr. Lars Knickenberg, Stuttgart

Impressum

BRP Renaud & Partner

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

Niederneu 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: 25. November 2009