

# Newsletter

2 / 2 0 1 0

mit Beiträgen zu:

Arbeitsrecht

Bau-, Architekten- und Ingenieurrecht

Handels- und Gesellschaftsrecht

Insolvenzrecht

IT- und Telekommunikationsrecht

Medizinrecht

Mietrecht

Vergaberecht

Versicherungsrecht

## BRP aktuell

Für unseren Standort Stuttgart konnten wir eine neue Kollegin gewinnen: Frau Verena Gahn ist seit dem 01.02.2010 spezialisiert im Bereich Immobilienrecht, gewerbliches Mietrecht und Maklerrecht tätig.

Für unseren Standort Frankfurt konnten wir ebenfalls eine weitere Kollegin gewinnen: Frau Dr. Nurten Balci, LL.M. Eur., ist seit dem 01.03.2010 spezialisiert im Bereich Bank- und Kapitalmarktrecht tätig.

## Arbeitsrecht

### 1. Diskriminierung bei Stellenbesetzung aufgrund vermuteter Behinderung

Normiertes Ziel des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) ist, Benachteiligungen u.a. aus Gründen einer Behinderung zu verhindern oder zu beseitigen. Beschäftigte dürfen dementsprechend nicht wegen einer Behinderung benachteiligt werden. Dieses Benachteiligungsverbot gilt anerkanntermaßen auch im Bewerbungs- und Einstellungsverfahren. Deshalb darf ein Arbeitgeber in einem Bewerbungsverfahren nur die Fragen stellen, an denen er ein berechtigtes, billigeswertes und schützenswertes Interesse hat. Hieran fehlt es bei Fragen, die zu einer Diskriminierung aus Gründen u.a. der Behinderung führen können. Das Fragerecht des Arbeitgebers hat das Bundesarbeitsgericht in einem Urteil vom 17.12.2009 weiter konkretisiert und eingeschränkt: Danach können in einem

Bewerbungsgespräch gestellte Fragen nach näher bezeichneten gesundheitlichen Beeinträchtigungen darauf schließen lassen, dass der Arbeitgeber nur vordergründig nach dem Vorliegen einer Krankheit, tatsächlich aber dem Vorliegen einer Behinderung fragt; Letzteres wäre nach den Regelungen des AGG untersagt. Im entschiedenen Fall hatte der Arbeitgeber den Bewerber konkret gefragt, ob er psychiatrisch oder psychotherapeutisch behandelt werde und geäußert, bestimmte Anzeichen beim Bewerber würden auf eine chronische Erkrankung schließen lassen. Der Argumentation des Landesarbeitsgerichts, der Arbeitgeber habe mit seinen Fragen und Äußerungen nur auf das Vorliegen einer Krankheit, nicht aber auf das Vorliegen einer Behinderung gezielt, ist das Bundesarbeitsgericht nicht gefolgt. Die Begründung des Bundesarbeitsgerichts im Einzelnen steht noch aus, aber bereits jetzt ist folgendes Fazit zu ziehen: Vorsicht im Bewerbungsverfahren bei Fragen, die auf eine Diskriminierung schließen lassen können.



BRP Renaud & Partner  
Rechtsanwälte Notare  
Patentanwälte

## 2. Betriebsübergang bei Änderung des Betriebskonzepts

In einem Urteil vom 17.12.2009 hat das Bundesarbeitsgericht eine Klarstellung dazu getätigt, wann ein Betriebsübergang im Sinne von § 613 a BGB vorliegt: Danach ist trotz weitgehend übernommener sächlicher Betriebsmittel kein Betriebsübergang anzunehmen, wenn der Betriebserwerber aufgrund eines veränderten Betriebskonzepts diese nur noch teilweise benötigt und nutzt. Dies soll jedenfalls dann gelten, wenn der Betriebserwerber erhebliche Änderungen in der Organisation und der Personalstruktur des Betriebes eingeführt hat und dadurch in der Gesamtschau keine Fortführung des früheren Betriebes anzunehmen ist. In dem entschiedenen Fall hatte ein Unternehmen seine Kantinen zunächst durch einen Betreiber bewirtschaften lassen, der die anzubietenden Mittagessen im Unternehmen vor Ort frisch zubereitete und hierfür in jeder Kantine u.a. einen Koch einsetzte. Dieses Betriebskonzept stellte das Unternehmen um, indem ein neuer Betreiber der Kantinen im Unternehmen vor Ort nur noch die zentral vorgefertigten Speisen aufwärmte und ausgeben ließ; Köche waren in den Kantinen nicht mehr tätig. Das Bundesarbeitsgericht hat in diesem Fall klargestellt, dass der zunächst ausdrücklich vereinbarte Betriebszweck des ursprünglichen Kantinenbetreibers, die Verköstigung der Unternehmensmitarbeiter mit vor Ort frisch zubereiteten Speisen, gravierend verändert worden sei. Betriebsmittel wie Küche und Funktionsräume nutzte der neue Kantinenbetreiber aufgrund der unterschiedlichen Betriebs- und Arbeitsorganisation nicht mehr. Mit den Köchen waren die früheren Arbeitsplätze mit prägender Funktion weggefallen. Fazit: Werden ein Betriebskonzept und in diesem Zusammenhang Organisation und

Personalstruktur des Betriebes erheblich geändert, kann bei einer Gesamtschau eine Fortführung des früheren Betriebes zu verneinen sein, so dass kein Betriebsübergang im Sinne von § 613 a BGB vorliegt.

## 3. Internet für den Betriebsrat

Gemäß § 40 Abs. 2 des Betriebsverfassungsgesetzes hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat u.a. für die laufende Geschäftsführung in erforderlichem Umfang Informations- und Kommunikationstechnik zur Verfügung zu stellen. Je nach betrieblichem Standard und den Erfordernissen des Betriebsrats kann hierzu der Zugang zum Internet gehören. Dies ist zu bejahen, wenn der Betriebsrat bereits über einen PC verfügt, im Betrieb ein Internetanschluss vorhanden ist, die Freischaltung des Internetzugangs zugunsten des Betriebsrats keine zusätzlichen Kosten verursacht und keine anderen entgegenstehenden Interessen bestehen. Allerdings hat das Bundesarbeitsgericht bislang gefordert, dass der Internetzugang für den Betriebsrat aufgrund konkreter betrieblicher Gegebenheiten erforderlich sein sollte; allein die Möglichkeit der schnelleren Informationsbeschaffung reichte dem Bundesarbeitsgericht zur Begründung der Erforderlichkeit nicht aus. Diese Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht in einem Beschluss vom 20.01.2010 offenbar aufgegeben: Künftig wird der Betriebsrat, der einen Zugang zum Internet fordert, nicht mehr vortragen müssen, dass und warum er den Internetzugang aufgrund konkreter betrieblicher Gegebenheiten benötigt. Der Hinweis darauf, dass der Internetzugang zwecks schnellerer Informationsbeschaffung gewünscht ist, wird ausreichen.

## 4. Kündigungsfristen europarechtswidrig

Die gesetzlichen Mindestkündigungsfristen des § 622 BGB für Arbeitsverhältnisse richten sich nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers. Zeiten der Betriebszugehörigkeit, die vor Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmers liegen, werden nach der gesetzlichen Regelung nicht berücksichtigt. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat mit Urteil vom 19.01.2010 entschieden, dass diese Vorschrift gegen das europarechtliche Verbot der Altersdiskriminierung verstößt. Die Nichtberücksichtigung von Zeiten der Betriebszugehörigkeit vor Vollendung des 25. Lebensjahres bei der Berechnung der Kündigungsfrist benachteilige jüngere Arbeitnehmer. Den deutschen Gerichten hat der EuGH aufgegeben, diese Regelung ab sofort nicht mehr anzuwenden. Auch wenn es noch einige Zeit dauern wird, bis der Gesetzgeber § 622 BGB den Vorgaben der europäischen Rechtsprechung entsprechend abändert, ist daher im Kündigungsfall bereits jetzt zu empfehlen, auch Zeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres in die Berechnung der Kündigungsfrist einzubeziehen.

*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. Wie sind Bürgschaften zurückzugeben?

Vertragserfüllungsbürgschaften werden regelmäßig nach der Abnahme im Austausch gegen Bürg-

schaften zur Sicherung von Mängelansprüchen vom Auftraggeber an den Auftragnehmer zurückgegeben. Die Rückgabe der Bürgschaft für Mängelansprüche erfolgt dann nach Ablauf der Gewährleistungsfrist. Üblicherweise übersendet der Auftraggeber die Bürgschaftsurkunde entweder an den Auftragnehmer oder direkt an den Bürgen. Abweichend von dieser Praxis hat das Oberlandesgericht Celle in einem Urteil vom 03.09.2009 festgestellt, dass der Auftragnehmer die Bürgschaftsurkunde beim Auftraggeber abholen müsse, soweit nichts abweichendes vereinbart sei. Es liege eine Hol-, keine Schickschuld vor.

Um als Auftragnehmer nicht gezwungen zu sein, eine Bürgschaftsurkunde beim Auftraggeber abzuholen, sollte angesichts des Urteils des Oberlandesgerichts Celle vertraglich vereinbart werden, dass der Auftraggeber eine zurückzugebende Bürgschaftsurkunde an den Auftragnehmer zu versenden hat. Die bloße Vereinbarung des § 17 Nr. 8 VOB/B reicht hierfür nicht aus.

## 2. Rückzahlung des Vorschusses

Kommt der Auftragnehmer seiner Pflicht zur Nachbesserung nicht nach, so kann der Auftraggeber von ihm einen Vorschuss auf die voraussichtlich anfallenden Kosten der Mängelbeseitigung verlangen. Der Vorschuss ist zweckgebunden, muss vom Auftraggeber also zur Beseitigung der Mängel eingesetzt und gegenüber dem Auftragnehmer abgerechnet werden. Beseitigt der Auftraggeber die Mängel nicht, hat er dem Auftragnehmer den Vorschuss zu erstatten.

In einem Urteil vom 14.01.2010 hat der Bundesgerichtshof die Erstattungspflicht des Auftraggebers konkretisiert: Zum einen hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass

die Länge der Frist, innerhalb derer der Auftraggeber den Vorschuss zur Mängelbeseitigung einsetzen muss, vom Einzelfall abhängt. Der Auftraggeber müsse die Mängelbeseitigung nach Erhalt des Vorschusses unverzüglich in Angriff nehmen, wobei seine persönlichen Verhältnisse ebenso zu beachten seien wie eventuelle Schwierigkeiten der Nachbesserung. Aufgrund solcher konkreten Schwierigkeiten sowie eines zögerlich arbeitenden, vom Auftraggeber mit der Abwicklung der Mängelbeseitigung beauftragten Architekten hielt der Bundesgerichtshof den Auftraggeber in dem von ihm entschiedenen Fall auch mehr als 1,5 Jahre nach Erhalt des Vorschusses nicht für verpflichtet, den Vorschuss zu erstatten, da die Nachbesserung jedenfalls in die Wege geleitet war. Zum anderen hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass dem Auftraggeber die Möglichkeit zustehen kann, statt des Vorschusses Schadenersatz zu fordern und er dann mit dem Schadenersatzanspruch gegen den Rückzahlungsanspruch des Auftragnehmers aufrechnen kann. Ein Schadenersatzanspruch besteht allerdings nur, wenn der Auftraggeber den Mangel schuldhaft, also fahrlässig oder vorsätzlich verursacht hat.

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

## Handels- und Gesellschaftsrecht

### 1. Notarielle Beurkundung einer Geschäftsanteilsabtretung in der Schweiz

Das Landgericht Frankfurt am Main hat mit Urteil vom 07.12.2009 die Frage bejaht, ob die notarielle Be-

urkundung des Verkaufs und der Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils durch einen Notar aus Basel (Schweiz) dem Formerfordernis des § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG genügt. Es betonte jedoch, dass sich seine Entscheidung auf die Rechtslage vor Inkrafttreten der Reform des GmbH-Rechts zum 01.11.2008 bezieht. Mit Wirkung zum 01.11.2008 sei § 40 Abs. 2 GmbHG eingeführt worden, wonach der Notar, der eine Geschäftsanteilsübertragung beurkundet hat, die entsprechenden Änderungen in der Gesellschafterliste vorzunehmen und sie zum Handelsregister einzureichen habe. Das Landgericht Frankfurt am Main hält es für wahrscheinlich, dass eine wirksame Anteilsübertragung unter Mitwirkung eines Baseler Notars nach Inkrafttreten der Reform des GmbH-Rechts nicht mehr möglich sei, weil der Baseler Notar keine Amtsbefugnisse in Deutschland habe. Eine höchst- und obergerichtliche Rechtsprechung zu dieser Frage liegt bislang nicht vor. Bis zu einer Klärung der Rechtslage bestehen somit bei der Beurkundung von Geschäftsanteilsabtretungen durch ausländische Notare erhebliche Risiken.

### 2. Treuwidrigkeit einer frühzeitigen Entscheidung über die Entlastung eines GmbH-Geschäftsführers

Mit Beschluss vom 04.05.2009 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass die Entscheidung über die Entlastung eines GmbH-Geschäftsführers treuwidrig sei, wenn der hierüber zu fassende Gesellschafterbeschluss zu einem Zeitpunkt erzwungen werde, zu dem die Gesellschafter zwar von der Pflichtverletzung erfahren haben, aber noch nicht beurteilen können, ob der Gesellschaft ein Schaden zugefügt wurde und die Entlastung nur dazu diene, dem Geschäftsführer die Verantwortung für sein Verhalten zu erlassen und eine weitere Untersuchung zu verhindern.

### 3. Haftung bei Fortführung des wesentlichen Unternehmenskerns

Gemäß § 25 Abs. 1 HGB haftet der Erwerber eines Unternehmens für alle im Betrieb des Unternehmens begründeten Verbindlichkeiten, wenn er das Unternehmen unter der bisherigen Firma fortführt. Mit Beschluss vom 07.12.2009 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass eine solche Haftung nicht nur dann in Betracht komme, wenn das gesamte Unternehmen fortgeführt werde. § 25 Abs. 1 HGB sei auch einschlägig, wenn nur ein Teil des Unternehmens fortgeführt werde, sofern dieser Teil aus Sicht des maßgeblichen Rechtsverkehrs den den Schwerpunkt des Unternehmens bildenden wesentlichen Kernbereich darstellt. Für die Frage, ob der wesentliche Kernbereich eines Unternehmens fortgeführt werde, komme dem Wert der Unternehmensteile maßgebliche Bedeutung zu.

### 4. Schadenersatzanspruch einer GmbH wegen Verfügung ihres Alleingeschäfters

Mit Urteil vom 26.10.2009 hat der Bundesgerichtshof über den Schadenersatzanspruch einer GmbH gegen ihren früheren Alleingesellschafter-Geschäftsführer entschieden. Hintergrund war die Teilrückzahlung eines Darlehens durch die Gesellschaft an den Gesellschafter-Geschäftsführer. Das mit einer Frist von drei Monaten kündbare Darlehen wurde ohne Einhaltung der Kündigungsfrist an den Gesellschafter-Geschäftsführer zurückgezahlt. Der Bundesgerichtshof hat einen Schadenersatzanspruch der Gesellschaft verneint, da der Geschäftsführer zum Zeitpunkt der Überweisung Alleingesellschafter der GmbH war. Eine Pflichtverletzung des Geschäftsführers liege nicht vor, wenn dem schädlichen Verhalten eine Weisung der Gesellschafter zugrunde liege und der Geschäftsführer

durch deren Befolgung nicht gegen gesetzliche Pflichten verstoße. Diese Grundsätze würden erst recht gelten, wenn die Gesellschaft nur einen Gesellschafter habe. Verstöße gegen Kapitalschutzvorschriften oder Massesicherungspflichten lagen im entschiedenen Fall nicht vor.

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

## Insolvenzrecht

### 1. Haftung des GmbH-Geschäftsführers für Insolvenzzeldzahlungen der Bundesagentur für Arbeit

In einem Urteil vom 17.09.2009 hat der Bundesgerichtshof die Haftung des GmbH-Geschäftsführers für Insolvenzzeldzahlungen der Bundesagentur für Arbeit dem Grunde nach bejaht. Voraussetzung für die Haftung ist, dass der Geschäftsführer den Insolvenzantrag verspätet stellt (Insolvenzverschleppung). Allerdings hat der Bundesgerichtshof sehr hohe Anforderungen an den Nachweis gestellt, dass die verspätete Antragstellung für den Schaden der Bundesagentur für Arbeit (die Zahlung von Insolvenzzeld) ursächlich ist. Der Geschäftsführer kann gegen den Anspruch der Bundesagentur für Arbeit also einwenden, auch bei rechtzeitiger Stellung des Insolvenzantrages hätte Insolvenzzeld gezahlt werden müssen. Denn soweit die sozialrechtlichen Voraussetzungen des § 183 SGB III erfüllt sind, ist Insolvenzzeld auch dann zu zahlen, wenn der Insolvenzantrag rechtzeitig gestellt wird. Ein Schaden entsteht der Bundesagentur für Arbeit durch die verspätete Stellung des Insolvenzantrags folglich nur dann, wenn eine rechtzeitige Antragstellung dazu geführt hätte, dass Insolvenzzeld nicht oder in

geringerem Umfang hätte gezahlt werden müssen. Dies ist nur dann der Fall, wenn entweder bei rechtzeitiger Antragstellung die Geschäftstätigkeit des Unternehmens alsbald beendet worden wäre oder wenn die Forderungen der Arbeitnehmer noch aus Mitteln der Gesellschaft hätten befriedigt werden können. Im Regelfall führt der Insolvenzantrag aber nicht zur sofortigen Einstellung der Geschäftstätigkeit und zur Auflösung der Arbeitsverhältnisse, sondern zum Versuch, das Unternehmen bis zur Entscheidung über den Insolvenzantrag fortzuführen. Der Insolvenzverwalter wird in diesem Zeitraum in der Regel von § 183 SGB III Gebrauch machen, um vorhandene Mittel für andere Zwecke als für Lohnzahlungen zur Verfügung zu haben. Die Bundesagentur für Arbeit muss nachweisen, dass der Insolvenzverwalter anders gehandelt hätte. Dieser Nachweis wird in der Regel nicht gelingen. Eine Haftung des GmbH-Geschäftsführers für Insolvenzzeldzahlungen der Bundesagentur für Arbeit ist damit nur in seltenen Fällen möglich.

### 2. Kein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners bei Erbringung einer kongruenten Gegenleistung

Ein Schuldner handelt in der Regel nicht mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz im Sinne des Insolvenzanfechtungsrechts, wenn er eine kongruente (d.h. geschuldete) Gegenleistung für die von ihm empfangene Leistung erbringt, welche zur Fortführung seines eigenen Unternehmens nötig ist und damit den Gläubigern im Allgemeinen nützt. Dieser Grundsatz gilt nach einem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 16.07.2009 auch dann, wenn Schuldner und Anfechtungsgegner Vorkasse für die von diesem erbrachten Leistungen vereinbart haben.

*Dr. Christian Wittmann, Stuttgart*

## IT- und Telekommunikationsrecht

### Achtung Abmahnung – Eltern haften für ihre Kinder und Nachbarn

In letzter Zeit werden wieder vermehrt Musik- und Filmdownloads abgemahnt. Die häufig für Downloads verwendeten Peer-to-Peer (P2P) oder File-Sharing-Netzwerke haben die Besonderheit, dass auf dem Rechner ein so genannter Download-Ordner angelegt wird, in dem ab der ersten Sekunde Dateiteile abgelegt werden. Diese sind umgehend für andere Nutzer abrufbar, was zu einer widerrechtlichen „Veröffentlichung“ im Sinne des Urheberrechts führt. Haftbar gemacht werden kann hierfür der Inhaber des Telefon- bzw. Internetanschlusses selbst dann, wenn der Download durch einen Dritten, z.B. Kinder oder im Rahmen eines ungesicherten Drahtlosnetzwerkes mitsurfende Nachbarn erfolgt. In entsprechenden Abmahnungen werden in der Regel eine fiktive Lizenzgebühr in Höhe von bis zu 450,00 €/Lied sowie Anwaltskosten geltend gemacht.

Für weitere Informationen zur Vorbeugung und zur Aufklärung von Kindern senden wir Ihnen gerne unser Informationsblatt „Achtung File-Sharing-Netzwerke“ zu.

*Dr. Thomas Weimann, Daniel Nagel,  
Stuttgart*

## Medizinrecht

### 1. Privatkliniken an Plankrankenhäusern

Zwei gegenläufige Entscheidungen der Landgerichte Hamburg und Köln zeigen, dass der Ver-

band der privaten Krankenversicherungen (PKV) massiv versucht, gegen Ausgründungen von Privatkliniken aus Plankrankenhäusern vorzugehen. Häufig gründen Plankrankenhäuser Privatkliniken, die dann als GmbH geführt werden, deren Anteile der Träger des Plankrankenhauses hält.

Die Privatklinik mietet abgegrenzte Räumlichkeiten im Plankrankenhaus an, beispielsweise ein bestimmtes Geschoss. Die betreffende Geschossfläche wird entweder mit eigenen Mitteln des Plankrankenhauses gebaut oder eine öffentliche Förderung zurückbezahlt. Ärztliches Personal stellt die Privatklinik regelmäßig nicht an, es wird entweder vom Plankrankenhaus gestellt oder durch Belegarztverträge an die Privatklinik gebunden. Patienten werden ausdrücklich darüber informiert, dass sie sich im Plankrankenhaus behandeln lassen können und dort auch die Möglichkeit haben, bestimmte Wahlleistungen in Anspruch zu nehmen, daneben aber auch mit der eigenständigen Privatklinik einen Vertrag abschließen können. Die Abrechnung und Behandlungsdokumentation wird dann eigenständig von der Privatklinik durchgeführt. Bei der Abrechnung legt die Privatklinik höhere Sätze zugrunde als sie im Plankrankenhaus gelten.

Der Verband der PKV fordert in diesen Fällen regelmäßig die Privatklinik dazu auf, gemäß § 17 Krankenhausentgeltgesetz (KHEntG) die Vergütungsforderung herabzusetzen. § 17 KHEntG ist jedoch nur anwendbar, wenn die Privatklinik Teil des Plankrankenhauses ist. Der Argumentation des PKV-Verbandes hat sich das Landgericht Hamburg in einer bislang nicht rechtskräftigen Entscheidung angeschlossen, wonach die Privatklinik gar nicht selbst ein Krankenhaus betreibe, sondern in Wirklichkeit das Plan-

rankenhaus weiterhin den Betrieb gestalte. Es handele sich insofern um einen Gestaltungsmissbrauch, wenn die bisher vom Plankrankenhaus erbrachten Leistungen von der Privatklinik erbracht und teurer abgerechnet werden. Zu einer entgegengesetzten Auffassung ist das Landgericht Köln gelangt, das dem Träger eines Plankrankenhauses die freie unternehmerische Entscheidung zubilligt, eine Privatklinik zusätzlich zum Plankrankenhaus zu betreiben.

In Baden-Württemberg hat der Gesetzgeber in § 32 Landeskrankenhausgesetz ausdrücklich gestattet, eine Privatklinik in unmittelbarer räumlicher Nähe zu einem Plankrankenhaus zu betreiben, wenn die Privatklinik räumlich, personell und organisatorisch eindeutig vom Plankrankenhaus abgegrenzt ist. Ob diesen und weiteren gesetzlichen Voraussetzungen ausreichend Rechnung getragen wird, ist bereits vor Gründung einer Privatklinik anwaltlich zu prüfen.

### 2. Keine Anfechtungsbefugnis gegen Zweigpraxisgenehmigung

Das Bundessozialgericht hat in einer aktuellen Entscheidung dazu Stellung bezogen, ob die an einem Ort tätigen Vertragsärzte gegen die Zulassung einer Zweigpraxis eines Konkurrenten vorgehen können. Im konkreten Fall wurde einer orthopädischen Gemeinschaftspraxis die Gründung einer Filiale in einem Ort gestattet, der in einem benachbarten Planungsbereich lag. Ein an diesem Ort bereits niedergelassener Orthopäde klagte gegen diese Genehmigung. Das Bundessozialgericht hat die Klage abgewiesen. Zwar erachtete das Bundessozialgericht die Genehmigung für rechtswidrig, billigte dem klagenden Orthopäden jedoch keine Anfechtungsberechtigung zu. Diese sei nur dann gegeben,

wenn (1.) beide Vertragsärzte im selben räumlichen Bereich die gleichen Leistungen erbringen, (2.) für den Konkurrenten die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung eröffnet bzw. erweitert und nicht bloß ein weiterer Leistungsbereich genehmigt wird und (3.) der ein-tretende Konkurrent gegenüber dem bereits ansässigen Vertragsarzt einen nachrangigen Status hat.

Die Leistungen der Zweigpraxis waren vergleichbar mit den Leistungen des bereits niedergelassenen Orthopäden und die Zweigpraxis befand sich auch räumlich in der Nähe des Klägers. Es fehlte aber an der zweiten Voraussetzung: Die Zweigpraxisgründer waren bereits zuvor als Vertragsärzte zugelassen. Sie durften auch ohne die Zweigniederlassung Patienten aus dem benachbarten Planungsbereich behandeln. Es besteht insofern kein Erstzugriffsrecht für die an einem bestimmten Ort niedergelassenen Vertragsärzte. Der allein faktisch bessere Marktzugang reicht nicht aus, um eine Anfechtungsberechtigung zu begründen, da es keinen Schutz vor Konkurrenz gibt. In der Zweigpraxis sieht das Bundessozialgericht nicht einmal eine Teileröffnung der Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung, weil die Genehmigung der Zweigpraxis an die bisherige Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung anknüpft.

Weiter besteht kein gesetzlich angeordnetes Nachrangverhältnis der Zweigpraxisgründer gegenüber dem bereits am Ort niedergelassenen Kollegen. In der aktuellen Fassung verlangt § 24 Abs. 3 Ärzte-ZV keine Versorgungslücke mehr, sondern fordert u.a. eine „Verbesserung“ der Versorgung. Es findet deshalb keine Bedarfsprüfung mehr statt. Die Auslegung des Begriffs „Verbesserung“ ist umstritten. Das Bundessozialgericht deutet an, dass eine Verbesserung der Versorgung beispielsweise

dann gegeben ist, wenn die Wartezeiten für Patienten am Ort verkürzt werden, die Zweigpraxis andere Abrechnungsziffern erbringen darf oder – für den Ort neu – Abend- bzw. Wochenendsprechstunden in der Zweigpraxis angeboten werden. Bei der Konkretisierung des Begriffs der „Verbesserung“ wird den Zulassungsgremien ein Beurteilungsspielraum eingeräumt.

### 3. Beurteilungsspielraum der Zulassungsgremien bei Sonderbedarfszulassungen

Zwei aktuelle Entscheidungen des Bundessozialgerichts beschäftigen sich mit der Problematik von Sonderbedarfszulassungen, die an folgendem Fall illustriert werden soll: Ein Facharzt für Kinder- und Jugendmedizin mit der Zusatzweiterbildung Kinderpneumologie beantragt eine Sonderbedarfszulassung in einer Großstadt, in der bislang noch kein Kinderpneumologe niedergelassen ist.

Das Bundessozialgericht hob die Bescheide und Urteile auf, welche eine Sonderbedarfszulassung gemäß § 24 Satz 1 lit. b) Bedarfsplanungsrichtlinie für Ärzte gewährt hatten. Allein der Umstand, dass in dem Bereich noch kein Kinderpneumologe niedergelassen war, reichte zur Begründung der Sonderzahlung nicht aus. Das Bundessozialgericht verlangt für eine Sonderbedarfszulassung (1.) eine besondere Qualifikation des Arztes, (2.) einen dauerhaften Versorgungsbedarf in der gesamten Breite des Schwerpunktes der fakultativen Weiterbildung bzw. der besonderen Fachkunde und (3.) eine wirtschaftlich tragfähige Praxis.

Beim zweiten Kriterium fehlte nach Ansicht des Bundessozialgerichts eine ausreichende Ermittlung der Tatsachengrundlage durch die

Zulassungsgremien. Deren Beurteilungsspielraum erstreckte sich nicht darauf, in welchem Umfang Ermittlungen angestellt werden müssen. Es sei hier zu berücksichtigen, dass zwar bestimmte EBM-Ziffern den Kinderpneumologen vorbehalten sind, aber gleichwohl Internisten mit dem Schwerpunkt Pneumologie auch berechtigt sind, Kinder und Jugendliche bis zum 18. Lebensjahr zu versorgen. Es müsse deshalb aufgeklärt werden, in welchem Umfang in dem betreffenden Bereich Internisten tatsächliche Kenntnisse besitzen und eine entsprechende apparative Ausstattung zur Versorgung von Kindern und Jugendlichen im pneumologischen Bereich vorhalten. Unbeachtlich sei es dagegen, wenn die Kassenärztliche Vereinigung in rechtswidriger Weise bestimmten Kinder- und Jugendärzten eine Abrechnungsgenehmigung für kinderpneumologische Leistungen erteilt hätte. Deren Versorgungsleistungen seien bei der Ermittlung des Versorgungsbedarfs nicht zu berücksichtigen. Das Bundessozialgericht betont damit erneut den Beurteilungsspielraum der Zulassungsgremien, verlangt aber eine umfassende Tatsachenermittlung als Entscheidungsgrundlage.

Hinsichtlich der dritten Voraussetzung tritt das Bundessozialgericht der Ansicht des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen entgegen und verlangt auch weiterhin die Prüfung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Praxis. Die geänderten Voraussetzungen für die Zulassung auch einer Teilzeit-tätigkeit als Vertragsarzt könne nur dann berücksichtigt werden, wenn ein entsprechender Antrag gestellt wird. Dies hat zur Konsequenz, dass der an der Sonderbedarfszulassung interessierte Arzt prüfen sollte, ob er zumindest hilfsweise auch eine hälftige Sonderbedarfszulassung beantragt. Freilich ist dies mit Konsequenzen bei der Errechnung des

Regelleistungsvolumens verbunden. Bei Stellung eines Antrages auf Sonderzulassung muss deshalb auch die wirtschaftliche Tragfähigkeit dargestellt werden.

*Dr. Ralf Kremer,*

*Dr. Christian Wittmann,*

*Prof. Dr. Hinner Schütze, Stuttgart*

## Mietrecht

### 1. Kein Überraschungseffekt bei hohen Verwaltungskosten

Dass im gewerblichen Mietverhältnis Verwaltungskosten als Teil der Nebenkosten vertraglich auf den Mieter umgelegt werden, ist gängige Praxis. Umso mehr verursachte das Oberlandesgericht Köln daher Irritationen, als es die Umlage der „Kosten der kaufmännischen und technischen Hausverwaltung“ in Allgemeinen Geschäftsbedingungen dann für unwirksam erachtete, wenn die Verwaltungskosten „exorbitant“ hoch seien und dies vom Mieter nicht ansatzweise erkennbar war. Dieser Auffassung erteilte der Bundesgerichtshof in einem Urteil vom 09.12.2009 eine klare Absage. Die Umlegung von Verwaltungskosten auf den gewerblichen Mieter sei üblich, so dass dieser sich nicht darauf berufen könne, von der Umlage überrascht worden zu sein. Auch die Höhe der Umlage im Einzelfall führe nicht zu einer Unwirksamkeit der Umlagevereinbarung. Der Mieter sei vor überhöhten Forderungen geschützt. Das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot verpflichte den Vermieter ohnehin, den Mieter nicht mit überflüssigen Kosten zu belasten. Auch aus einer Diskrepanz der Höhe der umgelegten Verwaltungskosten zu den monatlichen Betriebskostenvorauszahlungen des Mieters leitete der Bundesgerichtshof keine Unwirksamkeit der Umlagevereinbarung ab.

Der Mieter dürfe nicht ohne Weiteres darauf vertrauen, dass sich die tatsächlich entstehenden Kosten im Rahmen der von ihm geleisteten Vorauszahlungen hielten.

Mit seiner Entscheidung schafft der Bundesgerichtshof Rechtssicherheit für den Vermieter. Hält er sich im Rahmen des allgemeinen Wirtschaftlichkeitsgebotes und sorgt er dafür, dass sich die von ihm in Ansatz gebrachten Kosten im Rahmen des Ortsüblichen und Notwendigen halten, kann er bei entsprechender vertraglicher Vereinbarung die tatsächlich entstehenden Kosten auf den Mieter umlegen. Der Mieter kann sich nicht darauf berufen, eine Klausel sei unwirksam, weil er die Höhe der auf ihn entfallenden Verwaltungskosten nicht aus dem Vertrag ersehen konnte oder diese höher sind als von ihm erwartet.

### 2. Gefahrenquelle Schriftformmangel

In einem Urteil vom 04.11.2009 hat der Bundesgerichtshof zur Wahrung der Schriftform bei einem Mietvertragsabschluss durch eine Aktiengesellschaft Stellung genommen. Mieterin war eine Aktiengesellschaft, die laut Mietvertragstext durch zwei Vorstandsmitglieder vertreten werden sollte. Unterzeichnet wurde der Vertrag aber nur durch einen der Vorstände ohne jeden Vertretungszusatz. Dies genüge dem gesetzlichen Schriftformerfordernis des § 550 BGB nicht, so dass der Vertrag trotz vereinbarter Festlaufzeit mit gesetzlicher Frist kündbar war. Der Bundesgerichtshof entschied, dass bei Unterzeichnung durch nur einen der beiden Vorstände nicht ersichtlich sei, ob die Urkunde vollständig ist oder ob es zur Wirksamkeit des Vertrages noch einer weiteren Unterschrift bedürft hätte. Aufgrund

der gesetzlichen Regelungen des Aktiengesetzes seien bei einer Aktiengesellschaft nur sämtliche Vorstandsmitglieder gemeinschaftlich zur Vertretung befugt, wenn der Vorstand aus mehreren Personen bestehe. Im entschiedenen Fall hätte daher das unterzeichnende Vorstandsmitglied durch einen Vertretungszusatz kenntlich machen müssen, dass es auch für die übrigen Vorstandsmitglieder handelt.

Der Bundesgerichtshof führt mit dieser Entscheidung seine Rechtsprechung konsequent fort. Handelt es sich bei einer Mietvertragspartei um eine Gesellschaft oder eine Personenmehrheit, ist sorgfältig darauf zu achten, dass aus der Mietvertragsurkunde selbst hervorgeht, wer unterzeichnen soll und ob derjenige zugleich auch als Vertreter eines anderen handelt. Dies gilt für die Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft ebenso wie für die Mitglieder einer Erbengemeinschaft und für die Vertreter von Kapitalgesellschaften, soweit ihnen nur eine gemeinschaftliche Vertretungsbefugnis für die Gesellschaft zusteht. Werden diese Grundsätze nicht beachtet, liegt ein Schriftformmangel vor. Dieser lässt zwar gemäß § 550 BGB die Wirksamkeit des Mietvertrags als solche unberührt. Er führt jedoch zum Verlust der Festlaufzeit mit der Folge, dass sich z.B. der Erwerber einer (vermeintlich) langfristig vermieteten Immobilie einem jederzeit kündbaren Mietverhältnis und damit einer unsicheren Ertragslage gegenüber sieht.

*Verena Gahn, Stuttgart*

## Vergaberecht

### 1. Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte

Verstößt die ausschreibende Stelle im Vergabeverfahren zu Aufträgen oberhalb der so genannten Schwellenwerte gegen Vergabevorschriften, können sich die Bieter hiergegen vor den Vergabekammern und -senaten zur Wehr setzen, um den gewünschten Auftrag selbst zu erhalten oder jedenfalls die Chancen hierauf zu erhöhen. Vergleichbare Möglichkeiten sollen Bieter nach einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 13.01.2010 auch in Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte haben: Nach der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf ist der Auftraggeber verpflichtet, die für die Vergabe vorgegebenen Regeln (also insbesondere VOB/A, VOL/A und VOF) einzuhalten. Verstößt er gegen diese Regeln und führt dies zu einer Beeinträchtigung der Chancen des Bieters, den Zuschlag zu erhalten, könne der betroffene Bieter die Einhaltung der Regeln verlangen. Damit der Auftraggeber den Zuschlag nicht auf das Angebot eines Konkurrenten erteilt, habe der betroffene Bieter die Möglichkeit, seine Ansprüche mit einer einstweiligen Verfügung zu sichern, für deren Erlass das Zivilgericht (Amts- oder Landgericht) zuständig ist.

Das Urteil vom 13.01.2010 geht über frühere Entscheidungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf und anderer Gerichte hinaus, da das Oberlandesgericht Düsseldorf neben den prozessualen Möglichkeiten festgelegt hat, dass sich der Auftraggeber an die Verfahrensordnungen zu halten hat und eine einstweilige Verfügung nicht nur dann erwirkt werden kann, falls der Auftraggeber willkürlich von den Verfahrensregeln abweicht. Ein sol-

ches willkürliches Abweichen, das in den seltensten Fällen vorliegen dürfte, wurde in der Vergangenheit von einigen Gerichten zur Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung gemacht.

### 2. Vergaberecht 2009/2010

Die Vergaberechtsreform 2009/2010 hat zu umfangreichen Änderungen des Vergaberechts geführt. Vorläufig abgeschlossen wurden die Reformen in der Sitzung des Bundesrats Ende März, bei der unter anderem Änderungen der Vergabeverordnung und damit Verweisungen auf die VOB, VOL und VOF 2009 beschlossen wurden. Für nähere Informationen fordern Sie bitte unsere Mandanten-Information „Vergaberecht 2009/2010“ an.

*Dr. Lars Knickenberg, Stuttgart*

## Versicherungsrecht

### Abtretung von Lebensversicherungen mit Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung wirksam

Lebensversicherungen werden – häufig zum Zweck der Kreditsicherung – vom Versicherungsnehmer an Banken oder andere Dritte abgetreten. Es war bislang in der Rechtsprechung höchst umstritten, ob die Abtretung der Ansprüche aus Lebensversicherungsverträgen auch dann wirksam ist, dass der Versicherungsvertrag eine Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung beinhaltet. Hintergrund dieses Meinungsstreits ist die gesetzlich vorgesehene Unpfändbarkeit der Ansprüche aus Berufsunfähigkeitsversicherungen, die auch eine Abtretung der Ansprüche ausschließt. Einige Gerichte hatten argumentiert, das Abtretungsverbot bezüg-

lich der Ansprüche aus der Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung erfasse auch die Ansprüche aus der Lebensversicherung. Der Bundesgerichtshof hat nun mit Urteil vom 18.11.2009 entschieden, dass Lebensversicherungen mit Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung wirksam abgetreten werden können. Die Abtretung erfasse jedoch nur die Ansprüche aus der Lebensversicherung.

*Dr. Volker Nill, 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: 17. März 2010