

Newsletter

3 / 2 0 1 0

mit Beiträgen zu:

Arbeitsrecht

Bau-, Architekten- und Ingenieurrecht

Handels- und Gesellschaftsrecht

Insolvenzrecht

Medizinrecht

Mietrecht

Recht der Informationstechnologie
und der neuen Medien

Sozialversicherungsrecht

Vergaberecht

Versicherungsrecht

Wettbewerbsrecht

BRP aktuell

Wir freuen uns mitzuteilen, dass unser Frankfurter Büro die gesellschaftsrechtsrechtliche Praxis mit zwei ausgewiesenen Gesellschaftsrechtlern auf Partnerebene verstärken konnte:

Herr Dr. Rainer Bommert (52) und Herr Dr. Peter C. Fischer, M.C.J. (43) beraten in den Bereichen Kapital- und Personen-gesellschaftsrecht, M&A und Private Equity, bei allen sonstigen Formen vorbörslicher Beteiligungen und Börsengängen sowie bei Unternehmensgründungen und Umstrukturierungen. Dazu kommt die Vertretung in gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten und Auseinandersetzungen.

Arbeitsrecht

1. Verlängerung bereits verfristeter Verträge

§ 14 Abs. 2 S. 1 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) erlaubt die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes für die Dauer von zwei Jahren. Bis zu dieser Gesamtdauer ist eine höchstens dreimalige Verlängerung des befristeten Vertrages zulässig. Durch Tarifvertrag kann die Anzahl der Verlängerungen oder die Höchstdauer der Befristung abweichend festgelegt werden. Hier von haben in Baden-Württemberg der Verband der Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg e.V. - Südwestmetall - und die Industriegewerkschaft Metall, Bezirk Baden-Württemberg - Bezirksleitung Baden-Württemberg - durch den am 15.04.2009 abgeschlossenen Tarifvertrag zur Kurzarbeit, Qualifizierung und Beschäftigung 2009/2010 (nachfolgend abgekürzt TV KQB) Gebrauch gemacht. Nach § 3 TV KQB ist die weitere Befristung von in den Jahren 2009 und 2010 auslaufenden sachgrundlos befristeten Arbeitsverträgen zulässig, wenn

- die Verlängerung insgesamt um maximal 24 Monate erfolgt,
- die Höchstdauer der sachgrundlosen Befristung insgesamt maximal 48 Monate beträgt und
- insgesamt eine höchstens sechsmalige Verlängerung des Arbeitsvertrags erfolgt.

Durch diese Regelung im TV KQB sind sowohl die zulässige Höchstdauer der Befristung als auch die zulässige Anzahl der Verlängerungen abweichend von der gesetzlichen Regelung festgelegt worden. Konsequenz: Trotz weiter unsicherer Beschäftigungslage

können Mitarbeiter im Bereich der Metallindustrie dem Betrieb erhalten bleiben. Die erzielte Flexibilisierung kann nicht nur von tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern in Anspruch genommen werden. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags können auch nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren, sogar ohne den TV KQB in seiner Gesamtheit in Bezug zu nehmen.

2. Fall Emmely – Bagatellkündigung

In einem Urteil vom 10.06.2010 hat das Bundesarbeitsgericht sich zu Bagatellkündigungen geäußert. Es hatte den Fall einer fristlosen Kündigung einer seit 30 Jahren im Betrieb der Beklagten beschäftigten Kassiererin zu entscheiden, die ihr nicht gehörende Pfandbons im Wert von insgesamt 1,30 € zum eigenen Vorteil eingelöst hatte. Das Bundesarbeitsgericht entschied, die Kündigung sei unwirksam. Eine Abmahnung als milderer Mittel gegenüber einer Kündigung wäre angemessen und ausreichend gewesen. Zwar sei der Vertragsverstoß schwerwiegend und berühre den Kernbereich der Arbeitsaufgaben einer Kassiererin. Auch habe der Vertragsverstoß trotz des geringen Werts des Pfandbons das Vertrauensverhältnis der Parteien objektiv erheblich belastet. Dieses Vertrauen habe durch das Einlösen des Bons aber nicht vollständig zerstört werden können, denn es hätte sich durch den langen Bestand des Arbeitsverhältnisses ein erhebliches „Vertrauenkapital“ gebildet.

Der Diebstahl von geringwertigen Sachen rechtfertigt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts grundsätzlich eine fristlose Kündigung. Ob ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB



BRP Renaud & Partner
Rechtsanwälte Notare
Patentanwälte

vorliegt, ist allerdings unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragspartner zu beurteilen. Bei der Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls spricht das Bundesarbeitsgericht erstmals von dem Begriff „Vertrauenkapital“, welches in die anzustellende Interessenabwägung einfließen muss. Insgesamt müsse sich die sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses als angemessene Reaktion auf die eingetretene Vertragsstörung erweisen. Nach diesem Urteil besteht bei Bagatellkündigungen erhebliche Rechtsunsicherheit. Wann wurde soviel Vertrauenkapital gebildet, dass bei einem Diebstahl geringwertiger Sachen eine Abmahnung ausreichend und damit eine Kündigung nicht gerechtfertigt ist?

3. Kündigungsschutz für GmbH-Geschäftsführer

Der Bundesgerichtshof hat in einem Grundsatzurteil vom 11.05.2010 entschieden, dass auch GmbH-Geschäftsführer unter das Kündigungsschutzgesetz fallen können. Grundsätzlich sind GmbH-Geschäftsführer nach dem Kündigungsschutzgesetz keine Arbeitnehmer und genießen daher keinerlei Kündigungsschutz. Wenn jedoch im Geschäftsführerdienstvertrag der Kündigungsschutz entsprechend dem Kündigungsschutzgesetz formuliert ist, kann sich der Arbeitgeber nicht darauf berufen, dass das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung finde. Daher werden künftig insbesondere aus einem Arbeitsverhältnis aufsteigende Geschäftsführer mit hohem Sicherheitsbedürfnis eine entsprechende Zusage im Rahmen des Geschäftsführerdienstvertrags verlangen.

*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. Bürgschaft für Werklohnforderungen erstreckt sich nicht auf Zusatzleistungen

In einem vom Bundesgerichtshof mit Urteil vom 15.12.2009 entschiedenen Fall hatte die beklagte Bank Bürgschaften zur Sicherung von Werklohnforderungen der Auftragnehmerin übernommen. Im Vertrag zwischen Auftraggeberin und -nehmerin war die Geltung der VOB/B vereinbart. Die Auftraggeberin erteilte der Auftragnehmerin mehrere Nachtragsaufträge, für die zusätzliche Werklohnforderungen anfielen. Nachdem über das Vermögen der Auftraggeberin ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, nahm die Auftragnehmerin die Bürgin in Anspruch, und zwar in Höhe der Forderungen aus den Nachtragsaufträgen. Der Bundesgerichtshof entschied zu Gunsten der Bürgin: Die Verpflichtung eines Bürgen wird durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner – hier also die Auftraggeberin – nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, nicht erweitert. Um ein solches zusätzliches Rechtsgeschäft handelt es sich auch bei der einseitigen Anordnung von Leistungsänderungen durch den Auftraggeber. Denn der Anspruch des Auftragnehmers auf Werklohn ergibt sich erst aus der Anordnung, nicht bereits aus dem Werkvertrag. Eine Bürgschaft ist also grundsätzlich nicht darauf gerichtet, für künftige Forderungen einzustehen, deren Grund und Höhe bei Übernahme der Bürgschaft nicht klar erkennbar sind und auf deren Entstehung der Bürge keinen Einfluss nehmen kann. Soll die Bürgschaft für Werklohnforderungen auch für Forderungen auf Grund einseitiger Änderungsanordnungen des Auftraggebers gelten, so muss dies in der Bürgschaftsurkunde und in der Sicherungsabrede festgehalten werden.

2. Rüge wegen fehlender Prüffähigkeit einer Schlussrechnung

In einem Urteil vom 22.04.2010 hat sich der Bundesgerichtshof erneut mit der Frage auseinandergesetzt, unter welchen Voraussetzungen die Ansprüche aus einer nicht prüfbareren HOAI-Schlussrechnung fällig werden. Bereits Ende 2003 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass sich der Auftraggeber nur dann auf die fehlende Prüffähigkeit der Honorarschlussrechnung berufen kann, wenn er innerhalb einer Frist von zwei Monaten substantiierte Einwendungen gegen die Prüffähigkeit vorbringt. Diese Entscheidung hat der Bundesgerichtshof nun bestätigt und konkretisiert: Innerhalb eines Zeitraums von zwei Monaten muss der Auftraggeber eine Rüge gegen die fehlende Prüffähigkeit erheben, indem er die Teile der Rechnung und die Gründe bezeichnet, die nach seiner Auffassung der Prüffähigkeit entgegenstehen. Denn der Auftragnehmer soll in die Lage versetzt werden, die fehlenden Anforderungen an die Prüffähigkeit nachzuholen. Deshalb reicht der bloße Hinweis, die Rechnung sei nicht prüffähig, nicht aus. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs gilt in gleicher Weise für VOB/B-Verträge. Auch dort müssen konkrete Bedenken gegen die Prüffähigkeit der Schlussrechnung innerhalb von zwei Monaten vorgebracht werden. Andernfalls wird die mit der Rechnung geltend gemachte Forderung fällig, auch wenn die Rechnung objektiv nicht prüffähig ist.

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

Handels- und Gesellschaftsrecht

1. Keine Vorratsgründung bei Aufnahme einer nach außen gerichteten Geschäftstätigkeit

Die Figur der sog. wirtschaftlichen Neugründung wurde vom Bundesgerichtshof mit einer Entscheidung vom 09.12.2002 zur Verwendung einer Vorratsgesellschaft und einem Beschluss vom 07.07.2003 zur Verwendung eines gebrauchten GmbH-Mantels geprägt. Als wirtschaftliche Neugründung ist danach die Neuaufnahme der unternehmerischen Betätigung im Rechtsmantel einer GmbH anzusehen, die zuvor keine wirtschaftliche Tätigkeit (mehr) ausübte. Dies gilt für die Verwendung einer Vorratsgesellschaft wie auch bei der Verwendung eines existierenden gebrauchten GmbH-Mantels, dessen wirtschaftliche Betätigung zum Erliegen gekommen ist. In beiden Fällen ist die Verwendung ausdrücklich als wirtschaftliche Neugründung gegenüber dem Handelsregister anzuzeigen und die der Sicherung der Kapitalausstattung dienenden Gründungsvorschriften des GmbH-Gesetzes sind entsprechend anzuwenden. Wird eine wirtschaftliche Neugründung gegenüber dem Registergericht nicht offen gelegt, können die Regeln der Unterbilanz- oder Vorbelastungshaftung zur Haftung der Gesellschafter führen. Weiter kann die Handelndenhaftung die Geschäftsführer treffen. In den Fällen der Reaktivierung einer GmbH, die bereits unternehmerisch tätig war, stellt sich häufig die Frage der Abgrenzung der bloßen Reorganisation einer eingeschränkt aktiven GmbH zur Reaktivierung einer zuletzt untätigen Mantelgesellschaft. Zu dieser Frage hat sich der Bundesgerichtshof in einem Beschluss vom 18.01.2010 geäußert. Danach kommt eine Mantelverwendung, auf die die Regeln der wirtschaftlichen Neugründung anwendbar sind, nur in Betracht, wenn die Gesellschaft eine „leere Hülse“ ist und kein ak-

tives Unternehmen betreibt, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebs – sei es auch unter wesentlicher Umgestaltung, Einschränkung oder Erweiterung des Tätigkeitsgebiets – in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtbaren Weise anknüpfen kann. Eine „leere Hülse“ in diesem Sinne liegt dagegen nicht vor, wenn die Gesellschaft nach Gründung und Eintragung konkrete Aktivitäten zur Planung und Vorbereitung der Aufnahme ihrer nach außen gerichteten Geschäftstätigkeit entfaltet hat. Der Beschluss vom 18.01.2010 knüpft an die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 07.07.2003 an und erleichtert die Abgrenzung zwischen einfacher Restrukturierung und offenlegungspflichtiger wirtschaftlicher Neugründung.

2. Keine verdeckte Sacheinlage durch Beratungsleistungen eines Aktionärs

In einer Entscheidung vom 01.02.2010 (Eurobike) nahm der Bundesgerichtshof erneut zu einer verdeckten Sacheinlage durch Dienstleistungen Stellung, nunmehr bei einer Aktiengesellschaft. Die Entscheidung vom 01.02.2010 führt zu einer deutlichen Einschränkung der Anwendung der Grundsätze der verdeckten Sacheinlage auf Verträge zwischen einer Aktiengesellschaft und ihren Aktionären, die im Zusammenhang mit einer Bareinlage abgeschlossen werden. Im entschiedenen Fall hatte ein auf Sanierungsberatung spezialisiertes Unternehmen zunächst mit einer Aktiengesellschaft einen Dienstvertrag über die Erbringung von Beratungsleistungen abgeschlossen. In zeitlichem Zusammenhang mit dem Abschluss dieses Vertrags beteiligte sich der alleinige Gesellschafter des Beratungsunternehmens im Rahmen einer Kapitalerhöhung an der Aktiengesellschaft und erbrachte eine entsprechende Bareinlage. Nach der Insolvenz der Aktiengesellschaft verlangte der Insolvenzverwalter die erneute Erbringung der Bareinlage, nachdem er den geschilderten

Vorgang als verdeckte Sacheinlage einstufte. Der Bundesgerichtshof widersprach dieser Einstufung, da die Vorschriften über eine Sacheinlage mit Dienstleistungen nicht umgangen werden könnten und Dienstleistungen gemäß § 27 Abs. 2 AktG auch bei einer Aktiengesellschaft nicht sacheinlagefähig seien (Fortführung der Qivive-Entscheidung vom 16.02.2009). Festgehalten wurde darüber hinaus, dass entgeltliche Dienstverträge zwischen der Gesellschaft und den Beziehern neuer Aktien grundsätzlich zulässig seien. Betont wurde weiter, dass die Bezahlung von Beratungsleistungen vor der Erbringung einer Einlage auch keine verdeckte Finanzierung durch die Gesellschaft im Sinne eines rechtlich dem Hin- und Herzahlen gleichstehenden Vorgangs sei, wenn eine tatsächlich erbrachte Leistung abgegolten werde, die dafür gezahlte Vergütung einem Drittvergleich standhalte und die objektiv werthaltige Leistung aus Sicht der Gesellschaft nicht unbrauchbar und wertlos sei. Da die maßgeblichen Vorschriften über verdeckte Sacheinlagen sowie das Hin- und Herzahlen im GmbH- und im Aktiengesetz jeweils wortgleich sind, ist das Eurobike-Urteil auch für die GmbH relevant.

3. Unterzeichnung der Gesellschafterliste durch Geschäftsführer und Notar

Das Registergericht darf nach einem Beschluss des Oberlandesgerichts Hamm vom 16.02.2010 eine von dem Geschäftsführer der GmbH und dem beurkundenden Notar unterzeichnete und eingereichte Gesellschafterliste nicht zurückweisen. Nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ist grundsätzlich der Geschäftsführer zur Unterzeichnung und Einreichung der Gesellschafterliste verpflichtet. Wenn ein Notar an Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung mitgewirkt hat, ist dieser nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zur Unterzeichnung und Einreichung der Gesellschafterliste verpflichtet.

Nicht abschließend geklärt ist bislang, ob eine zuständigkeitsbegründende Mitwirkung des Notars auch dann vorliegt, wenn sich die Veränderung im Gesellschafterbestand kraft Gesetzes mittelbar vollzieht. In dem Beschluss vom 16.02.2010 äußert sich das Oberlandesgericht Hamm zur Frage der Kompetenzverteilung bei nur mittelbarer Mitwirkung des Notars zwar nicht ausdrücklich, sondern verweist insoweit auf seine Entscheidung vom 01.12.2009. In der Entscheidung vom 01.12.2009 hatte das Oberlandesgericht Hamm die ausschließliche Zuständigkeit des Geschäftsführers in derartigen Fällen verneint. In dem dem Beschluss vom 16.02.2010 zugrunde liegenden Sachverhalt wurde eine sowohl von dem Geschäftsführer als auch von dem die Umwandlungsvorgänge beurkundenden Notar unterzeichnete Gesellschafterliste eingereicht. Diese gemeinsam unterzeichnete und eingereichte Gesellschafterliste wurde vom Registergericht zurückgewiesen. Dem ist das Oberlandesgericht Hamm entgegengetreten. Das Registergericht habe eine Gesellschafterliste im Handelsregister aufzunehmen, wenn diese auch von der im konkreten Fall zuständigen Person unterschrieben sei. Trotz der abschließenden Kompetenzverteilung in § 40 Abs. 1 und Abs. 2 GmbHG schade die Mitwirkung einer unzuständigen Person nicht, solange jedenfalls die zuständige Person die persönliche Gewähr für die Richtigkeit der eingereichten Gesellschafterliste mit den Haftungsfolgen nach § 40 Abs. 3 GmbHG bzw. § 19 BNotO übernommen habe.

4. Eintragungsfähigkeit des Haftungsausschlusses im Handelsregister beim Erwerb vom Insolvenzverwalter

Nach übereinstimmender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur führt ein Erwerb vom Insolvenzverwalter auch bei Firmenfortführung nicht zur firmenrechtlichen Nachfolgehafteung gemäß § 25 Abs. 1 HGB. Vor diesem Hintergrund hatte das Re-

gistergericht die Eintragung des Haftungsausschlusses (§ 25 Abs. 2 HGB) abgelehnt. Das Oberlandesgericht Stuttgart entschied mit Beschluss vom 23.03.2010, dass das Registergericht zwar prüfen dürfe, ob eine eintragungsfähige Tatsache vorliegt. Im Fall des § 25 Abs. 2 HGB bedeute das aber nur, dass zu prüfen sei, ob eine Haftung nach dieser Vorschrift überhaupt in Betracht kommt. Die Haftungsvoraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB seien bei der Anmeldung des Haftungsausschlusses nicht immer offenkundig, sondern häufig nur unter Heranziehung der ergangenen Rechtsprechung und als Ergebnis der rechtlichen Bewertung eines komplexen Sachverhalts festzustellen. Im Zweifelsfall sei der Haftungsausschluss daher eintragungsfähig und dürfe die Eintragung vom Registergericht nicht abgelehnt werden.

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

*Dr. Rainer Bommert,
Dr. Peter C. Fischer, Frankfurt*

Insolvenzrecht

Abgesonderte Befriedigung bei Einziehung einer sicherungshalber abgetretenen Forderung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter

Der Bundesgerichtshof hat in einem Urteil vom 21.01.2010 die Frage verneint, ob dem Sicherungszessionar ein Ersatzabsonderungsrecht entsprechend § 48 InsO zusteht, wenn bereits der vorläufige Insolvenzverwalter sicherungshalber abgetretene Forderungen einzieht. Voraussetzung des Ersatzabsonderungsrechts sei, dass eine Forderung unberechtigt eingezogen wird. Die der Entscheidung zu Grunde liegende Vereinbarung sah vor, dass die abgetretenen Ansprüche weiter vom Schuldner eingezogen werden sollten, der Erlös allerdings

unverzüglich an den Gläubiger weitergeleitet werden sollte. Diese Einziehungsermächtigung hatte – so der Bundesgerichtshof – trotz des Insolvenzantrags und der Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters Bestand. Die Einziehung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter ohne anschließende unmittelbare Weiterleitung an den Gläubiger habe zwar einen Verstoß gegen die Vereinbarung über die Einziehungsermächtigung dargestellt. Allein dies habe die Einziehung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter jedoch nicht unberechtigt gemacht. Unberechtigt sei die Einziehung nur, wenn sie zu einer „quasidinglichen“ Einschränkung der Rechtsstellung des Zessionars führe. Die Vereinbarung, eingezogene Beträge sofort weiterzuleiten, stelle aber keine dingliche Rechtsstellung des Gläubigers dar, sondern führe nur zu einer schuldrechtlichen Verpflichtung des Schuldners. Damit waren die Voraussetzungen eines Ersatzabsonderungsrechts nicht gegeben.

Dr. Christian Wittmann, Stuttgart

Medizinrecht

1. Prüfung der Notwendigkeit einer stationären Krankenhausbehandlung und DRG-Kürzung durch Krankenkassen

Eine aktuelle Entscheidung des Bundessozialgerichts hat eine umstrittene Frage zur Prüfungskompetenz von Krankenkassen und der Verteilung der Darlegungslast bei einer DRG-Abrechnung stationärer Krankenhausleistungen geklärt. Ein Patient wurde zur Durchführung einer Koronarangiographie in einem Krankenhaus stationär über drei Tage behandelt. Am ersten Tag fand ein Aufklärungsgespräch statt. Wegen des weiten Anfahrtswegs von seinem Wohnort blieb der Patient im Krankenhaus, bis am nächsten Tag die Untersuchung durchgeführt werden konnte. Die Entlassung fand erst am

dritten Tag statt. Die Krankenkasse verweigerte die vollständige Bezahlung der DRG-Abrechnung des Krankenhauses, da eine stationäre Aufnahme am ersten und dritten Tag nicht notwendig gewesen und es deshalb zu einer Unterschreitung der unteren Grenzverweildauer gekommen sei, was zu einer Kürzung der Fallpauschale führe.

Verschiedentlich war angenommen worden, dass seit Einführung der Fallpauschalen den Krankenkassen grundsätzlich keine Prüfungsbefugnis über die Dauer der Krankenhausbehandlung mehr zustehe. Dieser Auffassung ist das Bundessozialgericht entgegengetreten. Der Gesetzgeber habe bei Einführung der Fallpauschalen vorausgesetzt, dass sämtliche, der Abrechnung zu Grunde liegenden Behandlungstage auch medizinisch notwendig waren. Das insofern zu beachtende Wirtschaftlichkeitsgebot sei nicht abgewandelt worden. Eine vor- bzw. nachstationäre Behandlung ist vorrangig gegenüber einer stationären Aufnahme. Dabei stellt das Bundessozialgericht fest, dass keine Bindung an die Einschätzung des Krankenhauses bzw. der dort tätigen Ärzte bestehe, sondern eine volle gerichtliche Kontrolle vorgenommen werden kann. Es ist deshalb kein darüber hinausgehender Vortrag der Krankenkasse notwendig, dass die stationäre Aufnahme medizinisch nicht notwendig war. Allenfalls in den Fällen, in denen eine Krankenkasse vorbehaltlos eine Zahlung in Kenntnis der grundsätzlich bestehenden Prüfungsmöglichkeiten an das Krankenhaus leiste, sei die Kasse mit ihrem Rückforderungsanspruch ausgeschlossen.

Im vorliegenden Fall sei das Erfordernis der Risikoaufklärung 24 Stunden vor der Operation kein medizinischer Grund, den Patienten bereits am Tag des Aufklärungsgesprächs stationär aufzunehmen. Ebenfalls soll es kein medizinischer Grund für die stationäre Behandlung sein, dass ein Patient einen weiten Anfahrtsweg

hat und nüchtern zur Operation kommen muss. Sofern auch noch die Entlassung am Tage der Untersuchung möglich war, wäre eine Kürzung der Rechnung möglich, da dann die untere Grenzverweildauer unterschritten sei. Gerade in Fällen, bei denen ein Eingriff auch ambulant durchgeführt werden kann, ist künftig mit einer verstärkten Prüfung der Abrechnung durch die Krankenkassen zu rechnen.

2. Fachärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie als Praxisnachfolger eines Facharztes für Chirurgie

Im Bedarfsplanungsrecht werden für die Arztgruppen der Chirurgen sowie der Orthopäden getrennte Verhältniszahlen festgelegt. Gleichwohl ist im Weiterbildungsrecht das Gebiet der Chirurgie so ausgestaltet, dass es auch die Fachärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie mit umfasst. Das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen hat entschieden, dass auch ein Facharzt für Orthopädie und Unfallchirurgie als Nachfolger eines Facharztes für Chirurgie mit einer unfallchirurgischen Tätigkeit ausgewählt werden kann. Im konkreten Fall war ein Facharzt für Chirurgie zugleich Durchgangsarzt, hatte allerdings keinen Schwerpunkt im Sinne des Weiterbildungsrechts „Unfallchirurgie“. Als Nachfolger bewarb sich ein Facharzt für Orthopädie und Unfallchirurgie, über dessen berufliche Eignung Streit bestand. Das Landessozialgericht bestätigte die die Eignung bejahende Entscheidung des Zulassungsausschusses und stützte sich dabei auf § 4 Abs. 7 BPlanRL, wonach zwei Voraussetzungen erfüllt sein müssen:

- (1) Der verzichtende Arzt und der Nachfolger müssen demselben Gebiet angehören und
- (2) das Tätigkeitsspektrum der abzugebenden Praxis ist ganz oder teilweise mit dem Behandlungsspektrum des Nachfolgers deckungsgleich.

Das erste Kriterium ist nach Auffassung des Landessozialgerichts erfüllt, weil Fachärzte für Chirurgie auch im Bereich Unfallchirurgie tätig sein dürfen, weil das Gebiet der Chirurgie auch die Unfallchirurgie umfasst. Dabei ist auf den Begriff des Gebietes abzustellen und nicht auf andere Begrifflichkeiten wie Facharzt- oder Schwerpunktkompetenzen. Es muss deshalb keine Identität hinsichtlich der Facharztgruppe zwischen abgebendem Arzt und dem Bewerber bestehen. Insofern hält sich das Landessozialgericht bei der Auslegung von § 4 Abs. 7 BPlanRL strikt an den Wortlaut, wo auf die Gebietsidentität abgestellt wird. Auch die zweite Voraussetzung war im vorliegenden Fall erfüllt: Beide Ärzte sind unfallchirurgisch tätig. Bei der abgebenden Praxis ergab sich dies zum einen aus der Zulassung als Durchgangsarzt und konnte zum anderen anhand einer Frequenztafel nachvollzogen werden. Für den Bewerber ergab sich die unfallchirurgische Tätigkeit naturgemäß aus seiner Facharztgruppe.

Fazit: Es ist somit möglich, eine chirurgische Praxis eines unfallchirurgisch tätigen Praxisinhabers auch für Fachärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie auszuschreiben.

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

Mietrecht

1. Überschreitung der Annahmefrist ist kein Schriftformmangel

In einem Urteil vom 24.02.2010 hat der Bundesgerichtshof eine Gefahrenquelle im Zusammenhang mit dem Schriftformerfordernis für langfristig geschlossene Mietverträge entschärft. Zuvor hatte Streit in Literatur und Rechtsprechung darüber bestanden, ob ein Schriftformmangel mit der Folge der Kündbarkeit des Vertrages trotz vereinbarter Festlaufzeit

bei folgender Konstellation vorliegt: Eine Vertragsurkunde wird von beiden Mietvertragsparteien unterzeichnet, jedoch nimmt die eine Partei das Angebot der anderen Partei zum Abschluss des Mietvertrages verspätet (z.B. nicht innerhalb einer gesetzten Annahmefrist) an. Der – aufgrund der verspäteten Annahme des Mietvertragsangebots zunächst nicht wirksam geschlossene – Vertrag wird sodann durch tatsächlichen Vollzug konkludent abgeschlossen.

Ein Teil der Oberlandesgerichte und der Literatur ging in solchen Fällen von einem Schriftformmangel aus. Dem trat der Bundesgerichtshof jetzt entgegen. Er ging vom Schutzzweck des § 550 BGB aus, der darin liege, dem Erwerber eines Grundstückes, der kraft Gesetzes in bestehende Mietverträge eintrete, Kenntnis von deren Bedingungen zu verschaffen. Beim Schriftformgebot des § 550 BGB ginge es hingegen nicht darum, dem Erwerber Gewissheit über das Zustandekommen des langfristigen Mietvertrages oder dessen Fortbestand zu verschaffen. Komme daher der Mietvertrag trotz verspäteter Annahme mit dem in der Mietvertragsurkunde schriftlich niedergelegten Inhalt durch seinen tatsächlichen Vollzug konkludent zustande, sei die mit der Schriftform des § 550 BGB beabsichtigte Beweisfunktion erfüllt. Die „äußere Form“ sei gewahrt und reiche aus. In diesem Fall seien die Vertragsbedingungen in der von beiden Parteien unterzeichneten Urkunde verkörpert und könnten durch sie in ausreichender Weise bewiesen werden.

2. „Sterbendes“ Einkaufszentrum kein Grund für Vertragsanpassung

In zwei aktuellen Entscheidungen bestätigte der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung zur Risikoverteilung im gewerblichen Mietverhältnis. So stellte der Bundesgerichtshof in einem Urteil vom 03.03.2010 wieder einmal ausdrücklich fest, dass es in

den Verantwortungsbereich des gewerblichen Mieters falle, als Unternehmer die Erfolgsaussichten seines Geschäfts in der von ihm gewählten Lage abzuschätzen. Hintergrund war die Anmietung eines Ladenlokals durch den Mieter in einem bereits bei Vertragsabschluss nicht voll vermieteten Einkaufszentrum. Bei Eröffnung des Einkaufszentrums hatte ein Anteil von 20 % der Ladenfläche leer gestanden. Der Leerstand stieg infolge eines Bevölkerungsschwundes in der Region bis zu einem Anteil von 40 %. Der Mieter verlangte deshalb eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Dem trat der Bundesgerichtshof – wieder einmal – entgegen: Bei der Anmietung eines Ladenlokals in einem erst noch zu errichtenden Einkaufszentrum sei die Chance vorhanden, in einem später florierenden Zentrum erhöhte Gewinne zu erzielen. Kehrseite sei allerdings auch das Risiko des Scheiterns des Gesamtobjekts mit entsprechenden negativen Folgen für das gemietete Einzelgeschäft. Dieses Risiko trage nach der gesetzlichen Lastenverteilung der Mieter. Es handele sich bei diesem Umstand nicht um eine gemeinsame Geschäftsgrundlage der Mietvertragsparteien. Allerdings, und auch dies hielt der Bundesgerichtshof ausdrücklich fest, liege es in der Hand der Mietvertragsparteien, diese gesetzliche Risikoverteilung vertraglich abzuändern und zu vereinbaren, dass der Vermieter dieses Geschäftsrisiko des Mieters ganz oder zum Teil übernimmt.

Auch in einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17.03.2010 ging es um die Möglichkeit der Vertragsanpassung. Hier berief sich der Mieter darauf, dass sich die Mieterstruktur im Gesamtobjekt geändert habe (Wohnraum statt Gewerbenutzung). Diese Mieterstrukturänderung nahm der Mieter zum Anlass, eine Anpassung seines Vertrages zu verlangen. Dem trat der Bundesgerichtshof entgegen und stellte auch hier auf das Verwendungsrisiko bezüglich der

Mietsache ab, welches nach dem Gesetz dem Mieter zur Last falle. Zu diesem Verwendungsrisiko gehöre auch das Risiko einer Veränderung der Mieterstruktur im Umfeld des Mietobjekts. So habe die Vermieterin ihr eigenes Risiko für die Vermietbarkeit und die beabsichtigte Vermarktung des Gesamtobjekts bzw. der anderen Mieteinheiten zu tragen. Allerdings trage sie darüber hinaus nicht noch ein eigenes unternehmerisches Risiko für Gewinnerwartungen des Mieters. Auch hier hob der Bundesgerichtshof hervor, dass es die Parteien in der Hand hätten, diese Risikoverteilung vertraglich zu verändern.

Diese Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zeigen wieder einmal deutlich, dass aus Sicht des Mieters kaum eine Chance besteht, eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu verlangen, wenn im Vertrag keine besonderen Regelungen zum Verwendungsrisiko und dessen Übertragung auf den Vermieter enthalten sind. Aus Sicht des Mieters einer Ladeneinheit in einem größeren Objekt oder Einkaufszentrum sollte daher versucht werden, in den Vertragsverhandlungen eine zumindest teilweise Überwälzung des Risikos auf den Vermieter durchzusetzen.

Verena Gahn, Stuttgart

Recht der Informationstechnologie und der neuen Medien

EU-Kommission veröffentlicht neue Standardvertragsklauseln für die Übermittlung von personenbezogenen Daten ins Ausland

Am 05.02.2010 wurde von der Europäischen Kommission eine Entscheidung veröffentlicht, die die bestehenden Regelungen zu den „Standardvertragsklauseln für die Übermittlung von personenbezo-

genen Daten ins Ausland“ erweitert. Nach dem deutschen Datenschutzrecht ist eine Übermittlung von personenbezogenen Daten ins Ausland nur unter strengen Auflagen möglich. Die geringsten Zusatzanforderungen werden bei einer Übermittlung innerhalb der EU gestellt, da aufgrund der einheitlichen Umsetzung von datenschutzrechtlichen Vorgaben der EU davon ausgegangen wird, dass in anderen Mitgliedsstaaten der EU ein ausreichendes Schutzniveau vorhanden ist. Gleiches gilt für die EWR-Vertragsstaaten Norwegen, Island und Liechtenstein sowie für die Schweiz, Kanada, Argentinien, Guernsey und die Insel Man.

Ansonsten besteht ohne Einwilligung des Betroffenen nur in eingeschränktem Maße die Möglichkeit, personenbezogene Daten ins Ausland zu übermitteln: Nach dem sog. „Safe-Harbor“-Abkommen mit den USA ist dann ein angemessener Datenschutz gewährleistet und macht so eine Übermittlung zulässig, wenn der Empfänger in den USA sich durch Erklärung gegenüber der zuständigen US-Behörde zur Einhaltung bestimmter Datenschutzprinzipien verpflichtet hat. Eine weitere Möglichkeit ist die Einführung konzernweit verbindlicher Unternehmensregelungen. Hier kommt es im Hinblick auf die inhaltliche Ausgestaltung auf die Angemessenheit des dadurch erzeugten Schutzniveaus an.

Schließlich kann die übermittelnde Stelle mit der Empfangsstelle die von der EU-Kommission ausgearbeiteten Standardvertragsklauseln verwenden, um so ein angemessenes Schutzniveau zu erreichen. Die Standardvertragsklauseln sehen vor, dass Daten nur für legitime und genau spezifizierte Zwecke erhoben, die Betroffenen über die Erhebung, deren Gründe und die datenerhebende Stelle informiert werden, Zugang zu den Daten und das Recht zur Änderung/Löschung haben und angemessene Rechtsmittel im Falle einer Verletzung bestehen. Die Ergänzung vom

05.02.2010 bezieht sich auf die Übermittlung personenbezogener Daten an datenverarbeitende Stellen. Hiermit sollen die zunehmende Globalisierung der Datenverarbeitung und neue Businessmodelle im internationalen Datenverkehr erfasst werden. Die neuen Regelungen beinhalten Bestimmungen für das weitere „Outsourcen“ des Datenverarbeitungsvorgangs durch die ausführende Stelle auf sog. „Unterdatenverarbeiter“ (Unterauftragsdatenverarbeitung): Eine Übermittlung an einen Unterauftragnehmer ist zulässig, sofern die übermittelnde Stelle im Vorfeld zugestimmt hat und dem Unterauftragnehmer in einer schriftlichen Vereinbarung die gleichen Pflichten auferlegt werden, die auch der ursprüngliche Empfänger beachten muss. Letzterer bleibt der übermittelnden Stelle uneingeschränkt verantwortlich, wenn er diesen Verpflichtungen nicht nachkommt. Auf Altverträge hat die Neugestaltung keine Auswirkung, solange diese nicht ergänzt, verlängert oder erneuert werden.

Dr. Thomas Weimann, Daniel Nagel, Stuttgart

Sozialversicherungsrecht

Neue Regeln für die Entsendung von Arbeitnehmern innerhalb der EU

Zum 01.05.2010 wurden die Regeln über die Koordinierung der Sozialsysteme innerhalb der EU durch die Verordnungen (EG) Nr. 883/2004 und Nr. 987/2009 abgelöst. Änderungen haben sich dadurch unter anderem für Arbeitnehmer ergeben, die vom Arbeitgeber vorübergehend in einen anderen Mitgliedstaat der EU entsandt werden. Für diese gilt nun automatisch für die Dauer von 24 Monaten das Sozialversicherungsrecht des Entsendestaates weiter, sofern sie keinen anderen Arbeitnehmer ablösen. Bislang endete die Fortgeltung des heimischen Sozialversicherungs-

rechts nach 12 Monaten und konnte nur mit Genehmigung des Tätigkeitsstaates auf 24 Monate verlängert werden. Länger als 24 Monate können entsandte Arbeitnehmer weiterhin nur auf Grundlage einer Ausnahmevereinbarung zwischen den zuständigen Behörden des Entsende- und des Tätigkeitsstaates in ihrem Heimatland sozialversichert bleiben. Der Nachweis über das anzuwendende Sozialversicherungsrecht wird seit der Rechtsänderung mit der Bescheinigung A 1 erbracht (bisher: E101), die vor der Entsendung bei der zuständigen Krankenkasse – oder von privat Krankenversicherten beim zuständigen Rentenversicherungsträger – zu beantragen ist.

Dr. Volker Nill, Stuttgart

Vergaberecht

1. Vergaberecht 2009/2010

Die bereits im Newsletter 2/2010 angekündigten Änderungen vergaberechtlicher Vorschriften sind abschließend zum 11.06.2010 in Kraft getreten. Seitdem haben öffentliche Auftraggeber neuen Ausschreibungen die VOB, VOL und VOF 2009 zugrunde zu legen. Für nähere Informationen fordern Sie bitte unsere Mandanten-Information „Vergaberecht 2009/2010“ an.

2. Fortführung oder Aufhebung der Ausschreibung?

In einem vom Oberlandesgericht Düsseldorf mit Beschluss vom 16.12.2009 entschiedenen Fall hatte ein öffentlicher Auftraggeber den Abschluss einer Rahmenvereinbarung zum Erwerb von 25.000 Digitalfunkendgeräten und 10.000 Fahrzeugbediengeräten europaweit im nicht offenen Verfahren ausgeschrieben. Die Geräte dienen der Einführung eines bundesweit einheitlichen Funknetzes für Rettungs- und Sicher-

heitskräfte. Obwohl keiner der eingegangenen Teilnahmeanträge den formellen Anforderungen entsprach, entschied sich die Vergabestelle, das Vergabeverfahren fortzuführen und die Teilnehmer zur Abgabe eines Angebots aufzufordern. Als die Vergabestelle das Angebot eines Konkurrenten beauftragen wollte, wandte der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren ein, dessen Angebot habe aufgrund der formellen Fehler im Teilnahmeantrag nicht gewertet werden dürfen, vielmehr müsse er selbst den Zuschlag erhalten. Hilfsweise machte der Antragsteller geltend, die Vergabestelle müsse das gesamte Vergabeverfahren aufheben und – bei fortgesetztem Beschaffungsinteresse – ein neues Verfahren durchführen.

Der Antragsteller hatte vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf keinen Erfolg. Das Gericht stellt in seinem Beschluss klar, dass die Vergabestelle zwar das Recht zur Aufhebung des Vergabeverfahrens gehabt hätte. Hierzu sei sie jedoch nicht verpflichtet gewesen. Insbesondere stelle sich die diskriminierungsfreie Fortführung des Vergabeverfahrens für die Beteiligten als gegenüber einer Aufhebung milderes Mittel dar. Das Oberlandesgericht Düsseldorf zeigt damit eine Möglichkeit zur „Rettung“ von Vergabeverfahren auf, falls keiner der Teilnahmeanträge bzw. keines der Angebote den formellen Anforderungen entspricht. Für nach dem 10.06.2010 eingeleitete Vergabeverfahren ist außerdem die Möglichkeit zu beachten, Unterlagen gemäß § 16 Abs. 1 VOB/A; § 16 Abs. 2 VOL/A; § 19 Abs. 2 EG VOL/A und § 5 Abs. 3 VOF nachzufordern.

Dr. Lars Knickenberg, Stuttgart

Versicherungsrecht

Versicherer darf Angaben im Versicherungsantrag auch nachträglich prüfen

Versicherungsbedingungen enthalten regelmäßig die Klausel, dass der Versicherungsnehmer dem Versicherer umfassende Auskünfte erteilen muss, wenn der Versicherungsfall eingetreten ist und Versicherungsleistungen verlangt werden. Soweit medizinische Sachverhalte zu beurteilen sind, ist der Versicherte zudem verpflichtet, entsprechende Entbindungen von der ärztlichen Schweigepflicht zu erteilen. Nicht selten fordern Versicherer auch Informationen bzw. Schweigepflichtentbindungen an, die allein dazu dienen, die Richtigkeit der Angaben im Versicherungsantrag zu überprüfen, obwohl dieser unter Umständen bereits Jahre zurückliegt. Dadurch ermittelt der Versicherer, ob er vom Versicherungsvertrag zurücktreten bzw. diesen anfechten kann. Es ist umstritten, ob diese Praxis von der Pflicht des Versicherten zur Auskunftserteilung und Schweigepflichtentbindung gedeckt ist. Dies hat das Oberlandesgericht Hamburg nun in einem Urteil vom 02.03.2010 bejaht. Die Entscheidung ist zur Berufsunfähigkeitsversicherung ergangen, lässt sich aber auch auf andere Versicherungssparten übertragen. Sie bestätigt erneut, wie wichtig es ist, im Versicherungsantrag wahrheitsgemäße und vollständige Angaben zu machen, um den Versicherungsschutz nicht zu gefährden. Dies gilt insbesondere für sog. „Gesundheitsfragen“, wie sie z.B. beim Abschluss von Lebens-, Berufsunfähigkeits- und Krankenversicherungen gestellt werden.

Dr. Volker Nill, Stuttgart

Wettbewerbsrecht

Telefonbucheintrag eines Zahnarztes – Zahnärztlicher Notdienst

Die Bewerbung eines „Zahnärztlichen Notdienstes“ durch eine Zahnarztpraxis in Telefonbüchern unter der Rubrik „Notrufe“ ist nach einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm vom 16.06.2009 irreführend. Es entsteht der falsche Eindruck, die so werbende Praxis sei 24 Stunden am Tag erreichbar. Ferner glauben die Patienten, es handle sich um einen Zusammenschluss von mehreren, wenn nicht vielen Zahnarztpraxen, wie das beim öffentlich-rechtlichen Notdienst der Fall ist. Schließlich führe die Bezeichnung zu der Fehlvorstellung der Patienten, der angebotene Notdienst sei der von der zuständigen Zahnärztekammer organisierte Notfalldienst.

*Thomas Janssen, Dr. Mark Wieme,
Dr. Heiko Vogler, 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: 16. Juni 2010