

Newsletter

4 / 2 0 1 0

mit Beiträgen zu:

Arbeitsrecht

Bau-, Architekten- und Ingenieurrecht

Fernabsatzvertragsrecht

Handels- und Gesellschaftsrecht

Insolvenzrecht

Medizinrecht

Mietrecht

Vergaberecht

Vertriebskartellrecht

BRP aktuell

Herr Dr. Renaud ist von der Bundesnotarkammer zum Prüfer in der notariellen Fachprüfung bestellt worden.

Für unseren Standort Stuttgart konnten wir einen neuen Kollegen gewinnen: Herr Dr. Martin Beutelmann, LL.M., ist seit dem 01.08.2010 spezialisiert im Bereich des Kartellrechts sowie des Handelsvertreter- und Vertriebsrechts tätig.

Für unseren Standort Frankfurt konnten wir ebenfalls drei weitere Kollegen gewinnen: Die Wirtschaftsjuristen Herr Patrick Finke und Herr Riad Ritter sind seit Juli 2010 sowie Herr Khanh Dang Ngo seit September 2010 im Bereich des Bank- und Kapitalmarktrechts tätig.



BRP Renaud & Partner
Rechtsanwälte Notare
Patentanwälte

Arbeitsrecht

1. Rechtsprechungsänderung zur Klagefrist für die Geltendmachung unzureichender Kündigungsfristen?

Die europarechtswidrige und daher (teil-) unwirksame Regelung des § 622 Abs. 2 BGB sieht vor, dass die Beschäftigungszeit bis zur Vollenendung des 25. Lebensjahres für die Bestimmung der Kündigungsfrist unberücksichtigt bleibt. Die Unwirksamkeit hat zur Konsequenz, dass viele Kündigungen mit einer zu kurzen Kündigungsfrist ausgesprochen werden. Nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sollte eine ordentliche Kündigung, die unter Einhaltung einer zu kurzen Frist ausgesprochen wurde, regelmäßig dahin auszulegen sein, dass sie das Arbeitsverhältnis zu dem zutreffenden Termin beenden soll. Die Geltendmachung der Nichteinhaltung der Kündigungsfrist konnte nach ständiger Rechtsprechung auch außerhalb der dreiwöchigen Ausschlussfrist des § 4 KSchG für die Erhebung der Kündigungsschutzklage geltend gemacht werden, mit der Konsequenz, dass entsprechende Vergütungsansprüche auch nach Ablauf dieser Frist geltend gemacht werden konnten. Das Bundesarbeitsgericht hat in einem Urteil vom 01.09.2010 eine Auslegung zum „richtigen Kündigungszeitpunkt“ versagt und die Auffassung vertreten, dass die unzutreffend angenommene Kündigungsfrist binnen drei Wochen nach Zugang der Kündigung hätte gerichtlich geltend gemacht werden müssen. Da die vollständige Urteilsbegründung bisher nicht vorliegt, bleibt abzuwarten, ob die Entscheidung tatsächlich

den besonderen Umständen des Einzelfalles geschuldet war oder ob das Bundesarbeitsgericht seine Rechtsprechung insoweit tatsächlich geändert hat und damit verhindert, dass gekündigte Arbeitnehmer, die nicht innerhalb der dreiwöchigen Frist des § 4 KSchG gegen die Kündigung klagen, bis zu den Grenzen der Verjährung Vergütungsansprüche für die verlängerte Kündigungsfrist geltend machen können.

2. Wettbewerbsverbot während des Arbeitsverhältnisses und eines Kündigungsschutzrechtsstreits

In einem Urteil vom 28.01.2010 hat das Bundesarbeitsgericht klargestellt, dass während des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses - also bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - dem Arbeitnehmer grundsätzlich jegliche Konkurrenzaktivität zum Nachteil des Arbeitgebers untersagt ist. Dem Arbeitnehmer ist nicht nur eine Konkurrenzaktivität im eigenen Namen und Interesse untersagt, sondern auch die Unterstützung eines Wettbewerbers des Arbeitgebers. Diese Aussage hat allerdings der 10. Senat des Bundesarbeitsgerichts in einem Urteil vom 24.03.2010 für einfache Tätigkeiten relativiert, die allenfalls zu einer untergeordneten wirtschaftlichen Unterstützung des Konkurrenzunternehmens führen können und schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers nicht berührt werden. Der 10. Senat vertritt insoweit die Auffassung, dass die Reichweite des Wettbewerbsverbots in solchen Fällen auf unmittelbare Konkurrenzaktivitäten beschränkt sei und bloße Hilfstätigkeiten ohne Wettbewerbsbezug nicht erfasst werden. Erlaubt sind

nach (einheitlicher) ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts jedenfalls schon vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorbereitende Tätigkeiten zur Gründung eines eigenen Unternehmens oder für den Wechsel zu einem Konkurrenzunternehmen, sofern kein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart ist. Die Grenze stellt die Aufnahme einer werbenden Tätigkeit dar, z.B. durch Vermittlung von Konkurrenzgeschäften oder aktives Abwerben von Kunden. Der 10. Senat hat trotz erheblicher Kritik in der Instanzrechtsprechung und in der Kommentarliteratur weiter klargestellt, dass diese Bindung an das Wettbewerbsverbot grundsätzlich auch während eines Kündigungsschutzrechtsstreits gilt.

3. Internet und E-Mail für einzelne Betriebsratsmitglieder

Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat für die laufende Betriebsratsarbeit in erforderlichem Umfang Informations- und Kommunikationsmittel zur Verfügung zu stellen. Bereits nach der bisherigen Rechtsprechung umfasste dies regelmäßig den Anspruch des Betriebsrats auf Eröffnung eines eigenen Internetzugangs. In einem Beschluss vom 14.07.2010 hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass der Arbeitgeber auch verpflichtet sein kann, für die einzelnen Betriebsratsmitglieder Internetanschlüsse und eigene E-Mail-Adressen zu eröffnen. Begründet wird dies damit, dass sich das einzelne Betriebsratsmitglied auf Betriebsratssitzungen anhand von Informationen aus dem Internet soll vorbereiten und mit nicht zum Betrieb gehörenden Dritten im Rahmen der Betriebsrats Tätigkeit soll kommunizieren können. Zwar dürfen dem diesbezüglichen Verlangen des Betriebsrats keine berechtigten Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen, wozu auch die dem Arbeitgeber entstehenden zusätzlichen Kosten gehören können. Wenn allerdings wie in dem entschiedenen Fall die Betriebsratsmitglieder ohnehin alle an PC-Arbeitsplätzen beschäftigt sind,

bedarf es lediglich der Freischaltung des Internets und der Einrichtung der jeweiligen E-Mail-Adresse, ohne dass für den Arbeitgeber zusätzliche Kosten entstehen. Berechtigte Kosteninteressen des Arbeitgebers, die der Einrichtung von Internetanschlüssen und E-Mail-Adressen entgegenstehen könnten, bestehen in einem solchen Fall nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts in der Regel nicht.

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

Bau-, Architekten- und Ingenieurrecht

1. Ausführung der vereinbarten Leistung führt nicht immer zur Mangelfreiheit

Das Oberlandesgericht Hamm hat in einem Urteil vom 18.09.2008 darüber entschieden, ob einem Auftraggeber auch dann Mängelrechte zustehen, wenn der Auftragnehmer das Werk wie vereinbart ausgeführt hat. Der Auftraggeber hatte beim Auftragnehmer eine Heizkesselanlage bestellt, bei deren Inbetriebnahme es zu einer Explosion des Kamins kam. Schadensursächlich war der für die Heizungsanlage ungeeignete Kaminzug. Gegen Schadenersatzansprüche des Auftraggebers wandte der Auftragnehmer ein, dass er für den Anschluss der Heizungsanlage an den Kamin nicht zuständig gewesen sei und die vertraglich vereinbarten Leistungen mangelfrei erbracht habe.

Das Oberlandesgericht Hamm sprach dem Auftraggeber trotzdem Schadenersatz zu. Das Werk des Auftragnehmers sei mangelhaft, da der mit dem Vertrag verfolgte Zweck nicht erreicht werde und das Werk seine nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erfülle. Der

Auftragnehmer hätte im Rahmen der Planung der Anlage die vorhandenen Kaminzüge auf ihre Geeignetheit überprüfen bzw. den Auftraggeber darauf hinweisen müssen, dass ihm eine solche Prüfung nicht möglich sei. Im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hebt das Oberlandesgericht Hamm mit seiner Entscheidung die Bedeutung des „funktionalen Mangelbegriffs“ hervor. In diesem Zusammenhang kann ein Auftragnehmer der Verantwortlichkeit für einen Mangel seines Werks nur entgehen, wenn er auch die ihm obliegenden Prüfungs- und Hinweispflichten erfüllt.

2. Schadenersatz bei unberechtigter Mängelrüge

Zur Nachbesserung aufgeforderte Auftragnehmer stellen bei der Überprüfung vor Ort immer wieder fest, dass sie für den gerügten Mangel nicht verantwortlich sind. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob der Auftragnehmer vom Auftraggeber eine Entschädigung für den durch die Prüfung des Mangels entstanden ist. Während Vergütungsansprüche grundsätzlich nicht bestehen, hat der Bundesgerichtshof in einem bereits am 23.01.2008 ergangenen Urteil entschieden, dass dem Auftraggeber Schadenersatzansprüche zustehen können. Solche Schadenersatzansprüche setzen allerdings voraus, dass der Auftraggeber eine Nachbesserung verlangt, obwohl er erkennt oder fahrlässig nicht erkennt, dass kein Mangel vorliegt, sondern die Ursache für die von ihm beanstandete Erscheinung in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt. Diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird dem zu Unrecht zur Nachbesserung aufgeforderten Auftragnehmer nur ausnahmsweise helfen, nämlich dann, wenn seine Inanspruchnahme unbegründet ist, da der vermeintliche Mangel offensichtlich von einem anderen Unternehmer zu verantworten ist oder aber auf eine Beschädigung zurückgeht.

3. Nachträge sind im Kostenanschlag nicht zu berücksichtigen

Nach der bis zum 18.08.2009 gültigen HOAI bemisst sich das Honorar eines Architekten oder Ingenieurs für die von ihm in den Leistungsphasen 5 bis 7 erbrachten Leistungen in der Regel nach dem Kostenanschlag. Der Kostenanschlag enthält die Ergebnisse der Ausschreibungen. Umstritten war bislang, ob von den ausführenden Unternehmen gestellte Nachträge nachträglich in den Kostenanschlag aufzunehmen sind und sich damit auch das Honorar des Architekten oder Ingenieurs für die Leistungsphasen 5 bis 7 erhöht. Dies hat die weit überwiegende Meinung in der Literatur bejaht, weil mit den Nachträgen häufig auch Architekten- oder Ingenieurleistungen verbunden sind. Dieser Auffassung hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 05.08.2010 eine Absage erteilt. Nachträge, die nach der Vergabe einer Bauleistung an einen Unternehmer entstehen, dürfen bei dem der Honorarermittlung zugrunde zu legenden Kostenanschlag nicht berücksichtigt werden. Die HOAI gehe unter Bezug auf die DIN 276 davon aus, dass dem Kostenanschlag der Planungsstand im Zeitpunkt der Vergabe zugrunde liege. Es könne deshalb nicht darauf ankommen, ob sich nach der Vergabe an den Unternehmer höhere Kosten durch Nachträge ergeben. Diese Rechtsprechung kann sich auf den Auftragnehmer von Planungsleistungen äußerst ungünstig auswirken, insbesondere dann, wenn sich – wie etwa bei Umbauten – die erforderlichen Maßnahmen überwiegend erst während der Bauausführung zeigen. Der Weg, den damit beim Architekten und Ingenieur entstehenden Mehraufwand durch Fortschreibung des Kostenanschlages zu berücksichtigen, ist durch das Urteil des Bundesgerichtshofs verbaut. Der entstehende Planungsmehraufwand ist deshalb als wiederholte Grundleistung unter Zugrundelegung der hierauf entfallenden anrechenbaren Kosten abzurechnen. Dies wird sich häufig als ä-

berst mühsam erweisen. Eine Lösung kann darin liegen, die Erstellung des Kostenanschlages soweit wie möglich nach hinten zu verschieben und in verschiedene Gewerke aufzuteilen, so dass erst mit der Ausschreibung und Vergabe der letzten (Nachtrags-) Leistung der endgültige Kostenanschlag im Sinne der DIN 276 erstellt wird. Wichtig: Die Problematik betrifft nicht die neue, seit 18.08.2009 gültige HOAI: Das Honorar des Architekten oder Ingenieurs richtet sich hiernach grundsätzlich für alle Leistungsphasen nach den anrechenbaren Kosten der Kostenberechnung.

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

Fernabsatzvertragsrecht

Die Kosten der Zusendung von Waren sind im Falle eines Widerrufs eines Fernabsatzvertrages (z.B. eines Kaufvertrages mit einem Internet-Shop) vom Unternehmer zu tragen.

Nachdem die Frage lange ungeklärt war, wer im Falle eines wirksamen Widerrufs eines Fernabsatzvertrages die Kosten der Zusendung der Waren an den Verbraucher zu tragen hat, wurde dies nunmehr höchstgerichtlich geklärt. Der Bundesgerichtshof hatte die Frage bereits im Jahr 2008 dem Europäischen Gerichtshof vorgelegt, der die Frage am 15.04.2010 dahingehend beantwortet hat, dass der Verkäufer die Kosten zu tragen hat, wie der Bundesgerichtshof inzwischen mit Urteil vom 07.07.2010 bestätigt hat. Damit ist es auch nicht möglich, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Hinsendekosten auf den Verbraucher abzuwälzen.

*Dr. Thomas Weimann, Daniel Nagel,
Stuttgart*

Handels- und Gesellschaftsrecht

1. Eigenkapitalersatz: Passivierung von Gesellschafterdarlehen im Rahmen „gesplitteter Einlagen“ ohne Rangrücktritt in der Überschuldungsbilanz

In einem Beschluss vom 01.03.2010 befasst sich der Bundesgerichtshof mit der Behandlung so genannter gesplitteter Einlagen in der Überschuldungsbilanz. Gesplittete Einlagen sind Gesellschafterdarlehen, die ein Gesellschafter einer GmbH aufgrund einer Zusage im Gesellschaftsvertrag neben der Stammeinlage gewährt. Der Bundesgerichtshof stellt klar, dass für gesplittete Einlagen in der Überschuldungsbilanz keine Besonderheiten gelten, so dass diese zu passivieren sind, soweit nicht ausdrücklich ein – und zwar bis zum Inkrafttreten des MoMiG qualifizierter – Rangrücktritt erklärt ist.

2. Abfindungsbeschränkung in schuldrechtlicher Nebenabrede zur Satzung

In einem Beschluss vom 15.03.2010 über die Nichtzulassungsbeschwerde einer Revision befasst sich der Bundesgerichtshof mit einer schuldrechtlichen Nebenabrede zur Satzung einer GmbH. In dem entschiedenen Fall hatten sämtliche Gesellschafter einstimmig beschlossen, dass die Abfindung eines ausscheidenden Gesellschafter-Geschäftsführers auf der Grundlage einer Festlegung zwischen den Gesellschaftern anders zu berechnen sei als nach dem Gesellschaftsvertrag, nämlich auf der Grundlage des Nominalwerts der Beteiligung des betreffenden Gesellschafters. Insoweit sollte im Interesse des weiteren Betriebs der GmbH als einer Gesellschaft von leitenden Mitarbeitern ein Gesellschafterwechsel in Zukunft zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen ermöglicht werden

(Mitarbeitermodell). Der Gesellschafterbeschluss wurde weder notariell protokolliert noch im Handelsregister eingetragen. In der Folge kam es bei dem Ausscheiden von demjenigen Gesellschafter, auf dessen Betreiben der Beschluss über die Änderung der gesellschaftsvertraglichen Abfindungsregelung zustande kam, zum Streit über die Höhe der Abfindung. Die Instanzgerichte verneinten die Beachtlichkeit des Gesellschafterbeschlusses für die Berechnung der Abfindung mit der Begründung, dass der Beschluss nach den Grundsätzen über satzungsdurchbrechende Beschlüsse der notariellen Form und des Vollzugs im Handelsregister bedurft hätte. Der Bundesgerichtshof gab der Nichtzulassungsbewerbung statt und hob das Berufungsurteil auf. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs sei zu prüfen, ob jedenfalls die den fraglichen Beschluss fassenden Gesellschafter sich schuldrechtlich zugunsten der Gesellschaft dahin gebunden hätten, dass sie bei ihrem Ausscheiden lediglich eine geringere Abfindung beanspruchen können. Anerkannt sei, dass die Gesellschafter Rechtsverhältnisse in oder zu der Gesellschaft auch außerhalb des Gesellschaftsvertrags durch schuldrechtliche Nebenabreden regeln könnten, und zwar formfrei und auch in Abweichung zum Gesellschaftsvertrag. Eine schuldrechtliche Vereinbarung über die Abfindungsberechnung bindet zwar grundsätzlich nur die Vertragsparteien. Dies schließt jedoch nicht aus, dass die Gesellschaft im Wege eines Vertrags zugunsten Dritter aus der Vereinbarung der Gesellschafter eigene Rechte herleiten könne. Eine Umdeutung des fraglichen Beschlusses in eine schuldrechtliche Nebenabrede kam ferner deshalb in Betracht, weil es in dem Beschluss nicht um eine organisationsrechtliche Regelung, sondern um eine Sozialverpflichtung der Gesellschaft gegenüber einem Gesellschafter ging. Liegt eine solche schuldrechtliche Bindung vor, ist es dem betreffenden Gesellschafter verwehrt, sich im Hinblick auf sein eigenes Ausscheiden auf die Abfindungs-

regelung im Gesellschaftsvertrag zu berufen. Eine Unwirksamkeit der vereinbarten Abfindungsregelung ergab sich in dem entschiedenen Fall auch nicht aus einem groben Missverhältnis zu dem wahren Wert der Beteiligung. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind Abfindungsbeschränkungen sachlich gerechtfertigt, die auf den Besonderheiten eines Mitarbeitermodells beruhen.

3. Versicherung des Geschäftsführers in der Handelsregisteranmeldung zu Straftaten

Mit Beschluss vom 17.05.2010 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass die von dem Geschäftsführer in der Handelsregisteranmeldung gemäß § 8 Abs. 3 GmbHG abgegebene Versicherung, er sei „noch nie, weder im Inland noch im Ausland, wegen einer Straftat verurteilt worden“, den gesetzlichen Anforderungen genüge. Es sei weder erforderlich, die in § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbHG genannten Straftatbestände noch die in Bezug genommenen vergleichbaren Bestimmungen des ausländischen Rechts in der Versicherung des Geschäftsführers im Einzelnen aufzuführen.

4. GbR: Unwirksamkeit der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis bei Gesamtgeschäftsführung

Das Oberlandesgericht Braunschweig hat über die in der Literatur umstrittene Frage entschieden, ob bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts einem Gesellschafter seine Geschäftsführungsbefugnis nur dann entzogen werden kann, wenn sie ihm durch den Gesellschaftsvertrag übertragen wurde, oder auch im Falle der gesetzlichen Gesamtgeschäftsführungsbefugnis aller GbR-Gesellschafter. Gemäß § 712 Abs. 1 BGB ist bei Vorliegen eines wichtigen Grundes nur die Entziehung einer „durch den Gesellschaftsvertrag übertragenen“ Geschäftsführungsbefugnis gestattet. In der Literatur war

nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR unter Hinweis auf die insoweit abweichende Regelung im Recht der Offenen Handelsgesellschaften argumentiert worden, § 712 Abs. 1 BGB müsse über seinen Wortlaut hinaus auch auf die Fälle der gesetzlichen Gesamtgeschäftsführungsbefugnis Anwendung finden. Dem ist das Oberlandesgericht Braunschweig nicht gefolgt. Wegen des klaren Wortlauts des § 712 Abs. 1 BGB sei nur der Entzug einer durch Gesellschaftsvertrag übertragenen Geschäftsführungsbefugnis möglich. Das Oberlandesgericht hat die Revision zum Bundesgerichtshof zugelassen, der in absehbarer Zeit für eine endgültige Klärung sorgen wird.

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

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

Insolvenzrecht

Strafbarkeit wegen Bankrott bei Überweisung auf ausländisches Konto

Der Bundesgerichtshof hat mit Strafurteil vom 29.04.2010 über einen Sachverhalt entschieden, bei dem der angeklagte Insolvenzschuldner rund fünf Monate vor seinem Insolvenzantrag ca. 750.000,00 € von seinem bei einer deutschen Bank geführten Konto auf sein bei einer liechtensteinischen Bank geführtes Konto überwiesen hatte. Das Landgericht hatte den Insolvenzschuldner wegen des Beiseiteschaffens von Vermögensbestandteilen für schuldig befunden. Der Bundesgerichtshof hat diesen Schuldspruch aufgehoben. Von einem Beiseiteschaffen sei nur auszugehen, wenn der Gläubigerzugriff durch eine Änderung der rechtlichen Zuordnung des Vermögens unmöglich oder erheblich erschwert werde oder wenn

eine tatsächliche Ortsveränderung dazu führt, dass auf den Vermögensgegenstand nicht mehr ohne Weiteres zugegriffen werden könne. Entscheidend sei daher, inwieweit der Zugriff auf den verlagerten Vermögensgegenstand erschwert wird. Da § 283 StGB (Bankrott) dem Schutz der etwaigen Insolvenzmasse vor einer unwirtschaftlichen Verringerung zum Nachteil der Gesamtheit der Gläubiger dient, ist die Frage der Schwierigkeit des Zugriffs nicht aus der Sicht eines beliebigen Gläubigers, sondern aus der Sicht des Insolvenzverwalter zu beurteilen. Dem Insolvenzverwalter stehen aber deutlich mehr Befugnisse zu als beliebigen Gläubigern des Schuldners. Insbesondere hat der Insolvenzverwalter auf sämtliche Kontounterlagen des Schuldners Zugriff und die Möglichkeit, seine Zugriffsrechte mit Zwangsmitteln durchzusetzen. Deswegen ist nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs bei einer aus den Kontounterlagen nachvollziehbaren Überweisung auf ein ausländisches Konto – unabhängig davon, ob sich dieses auf dem Gebiet der EU befindet oder nicht – nur dann ein Beiseiteschaffen zu bejahen, wenn die Anerkennung des deutschen Insolvenzverfahrens in der ausländischen Rechtsordnung nicht gesichert ist oder wenn mit erheblichen zeitlichen Verzögerungen oder zumindest mit einem hohen finanziellen Aufwand für die Rechtsverfolgung zu rechnen ist. Diese Voraussetzungen sind nach Meinung des Bundesgerichtshofs im Verhältnis zwischen Deutschland und Liechtenstein nicht gegeben. Auch das liechtensteinische Bankgeheimnis steht einem Vorgehen des Insolvenzverwalter nicht entgegen, da dieser durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht nur die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners, sondern auch die Geheimnisherrschaft erlangt.

Medizinrecht

1. Zur Straflosigkeit der Präimplantationsdiagnostik

In einem viel beachteten Urteil hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass die Präimplantationsdiagnostik (PID) in bestimmten Konstellationen nicht strafbar ist. Ein Frauenarzt hatte in mehreren vergleichbaren Fällen eine PID an Embryonen durchgeführt. Bei einem von ihm behandelten Ehepaar lag bei einem Ehepartner eine hohe Wahrscheinlichkeit für eine genetisch auffällige Schwangerschaft mit einer Trisomie 13 oder 14 vor. Der Angeklagte entnahm erst am fünften Tag nach der künstlichen Befruchtung in vitro Zellmaterial. Diese Zellen können sich nicht mehr zu einem vollständigen Menschen entwickeln; sie waren deshalb nicht mehr totipotent. Die Zellentnahme selbst führte zu keiner Schädigung des Embryos. Von den untersuchten Embryonen wurde entsprechend der Vorgabe der Mutter schließlich nur der Embryo übertragen, der einen genetisch unauffälligen Befund aufwies. Embryonen mit positivem Befund wurden nicht weiter kultiviert und starben ab.

Der Bundesgerichtshof stellt in seiner Entscheidung klar, dass eine Untersuchung des Embryos in einer frühen Entwicklungsphase, in der die Zellen totipotent sind, durch das Embryonenschutzgesetz zwar verboten ist, das Embryonenschutzgesetz für Konstellationen wie der vorliegenden Untersuchung jedoch nicht gelte. Zum einen greife § 2 Abs. 1 Embryonenschutzgesetz nicht ein, weil die Entnahme von Untersuchungsmaterial keine Schädigung der Embryonen bedeute, weshalb dies kein Verwenden sei, das nicht der Erhaltung des Embryos diene. Das nachfolgende Vernichten der verworfenen Embryonen könne dagegen nicht als ein „Verwenden“ bezeichnet werden. Erstaunlicherweise wird in der Entscheidung angedeutet, dass eine bloß mikro-

oskopische Betrachtung zur Selektion schwer geschädigter Embryonen ein strafbares Verhalten darstellen soll.

Zum anderen greife auch § 1 Satz 1 Nr. 2 Embryonenschutzgesetz nicht ein, wonach es verboten ist, eine Eizelle zu einem anderen Zweck künstlich zu befruchten, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt. Unbestritten bleibt ein Arzt straflos, wenn er in der Absicht handelt, eine künstliche Befruchtung durchzuführen, um ohne weitere Untersuchungsmaßnahmen den dabei entstehenden Embryo auf die Patientin zu übertragen. Strafbar handelt dagegen der Arzt, der eine künstliche Befruchtung durchführt, um einen Embryo beispielsweise für ein Forschungsvorhaben oder im Rahmen der Leihmutterchaft zu gewinnen. In der vorliegenden Konstellation beabsichtigte der angeklagte Arzt als Zwischenziel die Durchführung einer PID. Der Bundesgerichtshof führt aus, dass beispielsweise beim angestrebten Zwischenziel einer Untersuchung zur Geschlechtswahl die handlungsleitende Absicht des Arztes, eine Schwangerschaft herbeizuführen, in den Hintergrund trete, mit der Folge, dass dann eine Strafbarkeit verwirklicht wäre. Wenn dagegen die Untersuchung der Embryonen auf „schwerwiegende genetische Belastungen“ erfolgt, soll die Absicht der Herbeiführung einer Schwangerschaft weiterhin vorliegen, welche dann eine Strafbarkeit nach § 1 Embryonenschutzgesetz entfallen lässt. Die Entscheidung mag man im Ergebnis begrüßen oder ablehnen; in der Begründung überzeugt sie nicht, weil keine klaren Kriterien für die Grenzen der Strafbarkeit angegeben werden.

Vom Bundesgerichtshof wurde die Frage der berufrechtlichen Zulässigkeit nicht entschieden. In der Berufsordnung für Ärzte in Baden-Württemberg ist in Abschnitt D Nr. 14 der Schutz des menschlichen Embryos geregelt. Diagnostische Maßnahmen dürfen vor dem Transfer nur durch-

geführt werden, um schwerwiegende geschlechtsgebundene Erkrankungen im Sinne des § 3 Embryonenschutzgesetz auszuschließen; dort wird beispielhaft die Muskeldystrophie vom Typ Duchenne genannt. Weitere Regelungen enthält die Berufsordnung nicht, weil man davon ausging, dass die PID in Deutschland nicht durchgeführt wird. Eine Kostenerstattung der PID durch die privaten Krankenversicherungen wurde von der Rechtsprechung bislang abgelehnt; es bleibt abzuwarten, ob sich dies ändern wird. Für den Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung kommt eine vollständige oder teilweise Bezahlung durch die Krankenkassen jedenfalls nicht in Betracht.

Fazit: Eine an nicht mehr totipotenten Zellen durchgeführte PID ist nicht strafbar, wenn sie zur Bestimmung einer „schwerwiegenden genetischen Erkrankung“, vergleichbar mit einer Muskeldystrophie vom Typ Duchenne stattfindet. Im Einzelfall ist eine anwaltliche Beratung empfehlenswert.

2. Berufsgerichtliche Ahndung unvollständiger Aufklärung bei Schönheitsoperationen

Nach der Rechtsprechung der Zivilgerichte werden erhöhte Anforderungen an den Umfang einer Aufklärung bei ästhetischen Operationen gestellt. Während bei medizinisch indizierten Operationen regelmäßig eine Aufklärung über die wesentlichen Risiken einer Operation ausreichen soll, muss bei der Schönheitsoperation über Risiken und Folgen besonders sorgfältig und umfassend bis ins Einzelne aufgeklärt werden. Teilweise wird sogar gefordert, dass Bilder von missglückten Operationen vorgelegt werden. Eine unvollständige Aufklärung des Patienten führt dazu, dass dessen Einwilligung in die Operation insgesamt unwirksam ist und die Operation deshalb einen rechtswidrigen Eingriff darstellt. Der Patient hat dann regelmäßig Anspruch

auf Schadenersatz. Der Arzt macht sich zudem wegen Körperverletzung strafbar. Darüber hinaus hat das Verwaltungsgericht Mainz bestätigt, dass zusätzlich durch die Bezirksärztekammer berufsrechtliche Maßnahmen eingeleitet werden können. Im konkreten Fall war am Operationstag vor der Fettabsaugung zwar ein Formular über das Aufklärungsgespräch zur Unterschrift vorgelegt worden, in dem verschiedene Komplikationsmöglichkeiten genannt waren – über eine mögliche Durchblutungsstörung der Haut bzw. Hautnekrosen wurde nicht informiert. Die Aufklärung war deshalb verspätet und außerdem unvollständig. Dem Arzt wurde im berufsrechtlichen Verfahren neben einem Verweis eine Geldbuße in Höhe von 10.000,00 € auferlegt.

Fazit: Es ist bei ästhetischen Operationen darauf zu achten, dass eine bis ins Detail gehende, individualisierte Aufklärung in deutlichem zeitlichen Abstand vor der Operation erfolgt und schriftlich dokumentiert wird.

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

Mietrecht

1. Betriebskostenabrechnung

In einem Urteil vom 27.01.2010 stellte der Bundesgerichtshof für gewerbliche Mietverhältnisse fest, dass der Vermieter von Geschäftsräumen zwar zur Abrechnung über Betriebskosten innerhalb einer angemessenen Frist verpflichtet sei. Diese Frist ende in der Regel zum Ablauf eines Jahres nach Beendigung des Abrechnungszeitraumes. Allerdings handele es sich bei dieser Abrechnungsfrist nicht um eine Ausschlussfrist, wie sie § 556 Abs. 3 BGB für die Wohnraummiete vorsehe. Nach dieser Vorschrift sind Betriebskostennachforderungen ausgeschlossen, wenn der Vermieter diese später als zwölf Monate nach

Ablauf des Abrechnungszeitraumes verlangt. Diese Norm gelte nur für Wohnraummietverhältnisse und ist bei gewerblichen Mietverhältnissen auch nicht analog anwendbar.

Im gewerblichen Mietverhältnis kann der Vermieter daher auch bei Überschreiten der Jahresfrist noch Nachforderungen geltend machen. Wartet der Vermieter aber mit der Abrechnung zu lang, setzt er sich möglicherweise dem Einwand der Verwirkung seiner Ansprüche aus. Allerdings ist Voraussetzung dafür neben dem Zeitablauf das Vorliegen besonderer Umstände, aufgrund derer der Mieter darauf vertrauen durfte, dass die Forderungen auch in Zukunft nicht mehr geltend gemacht werden können.

2. Eigenbedarfskündigung

Der Bundesgerichtshof entschied mit Urteil vom 27.01.2010, dass leibliche Nichten und Neffen des Vermieters kraft ihres nahen Verwandtschaftsverhältnisses zum Vermieter Familienangehörige seien, wegen derer eine Eigenbedarfskündigung möglich sei. Auch wenn Nichten und Neffen des Vermieters nicht zu dessen engsten Angehörigen zählten, handele es sich bei ihnen immerhin um die Kinder der Geschwister des Vermieters, bei denen aufgrund der engen Verwandtschaft ein Verhältnis persönlicher Verbundenheit in gegenseitiger Solidarität bestehe.

In einem Urteil vom 17.03.2010 befasst sich der Bundesgerichtshof mit den formellen Anforderungen an eine Eigenbedarfskündigung. Gemäß § 573 BGB sind die Gründe für ein berechtigtes Kündigungsinteresse des Vermieters (z.B. Eigenbedarf) im Kündigungsschreiben anzugeben. Dadurch soll dem Mieter die Möglichkeit gegeben werden, sich Klarheit über seine Rechtsposition zu verschaffen und rechtzeitig alles erforderliche zur Wahrung seiner Interessen zu veranlassen. Im entschiedenen

denen Fall hatte der Vermieter seine Situation übertrieben dargestellt und den Eigenbedarf „dramatisiert“. Der Mieter war nun der Auffassung, aus diesem Grund sei die Kündigung formell unwirksam. Dem trat der Bundesgerichtshof entgegen und stellte fest, dass eine „Dramatisierung“ im Kündigungsschreiben für die formelle Wirksamkeit der erklärten Kündigung ohne Bedeutung sei. Allerdings können unrichtige Angaben des Vermieters im Kündigungsschreiben dazu führen, dass die Kündigung materiell unbegründet ist, etwa dann, wenn nach dem wirklichen Sachverhalt der Eigenbedarf gar nicht besteht oder nur vorgeschoben ist.

Verena Gahn, Stuttgart

Vergaberecht

1. Ist der Preis das einzige Wertungskriterium, sind Nebenangebote ausgeschlossen

Gemäß Art. 24 Abs. 1 der Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR - 2004/18/EG) sowie gemäß Art. 36 Abs. 1 der Sektorenrichtlinie (SKR - 2004/17/EG) dürfen Varianten oder Nebenangebote zugelassen werden, falls der Auftrag nach dem Kriterium des wirtschaftlichsten Angebots vergeben werden soll. In Art. 53 Abs. 1 VKR sowie in Art. 55 Abs. 1 SKR wird zwischen Vergabeverfahren differenziert, in denen der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt wird und solchen, bei denen ausschließlich der niedrigste Preis maßgeblich ist. Deshalb, so das Oberlandesgericht Düsseldorf in einem Beschluss vom 07.01.2010, dürfen Nebenangebote nur zugelassen und gewertet werden, falls der Auftraggeber den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilen will. Gibt der Auftraggeber hingegen ausschließlich den Preis als Wertungskriterium vor, sei die Berücksichtigung von Nebenangeboten ausgeschlossen.

Zwar enthalten die Vergabeverordnungen VOB/A, VOL/A und VOF keine Art. 24 Abs. 1 VKR und Art. 36 Abs. 1 SKR entsprechende Regelungen. Da es sich bei den Richtlinien aber um höherrangiges Recht der Europäischen Union handelt, wirken sich die Richtlinien in Vergabeverfahren oberhalb der so genannten Schwellenwerte auch im Anwendungsbereich der Vergabeverordnungen unmittelbar aus. Auftraggeber, die Nebenangebote zulassen wollen, müssen also nicht nur die Mindestanforderungen für Nebenangebote vorgeben, sondern außerdem darauf achten, die Wirtschaftlichkeit als Wertungsmaßstab vorzugeben und nicht den niedrigsten Preis.

2. Rügepflicht bei fehlenden Mindestanforderungen für Nebenangebote

Will der Auftraggeber Nebenangebote zulassen, so hat er die Mindestanforderungen zu benennen, denen die Nebenangebote genügen müssen. Bei der Wertung berücksichtigen darf er gemäß § 16 a Abs. 3 VOB/A 2009 (= § 25 Nr. 3 VOB/A 2006) nur solche Nebenangebote, die die Mindestanforderungen erfüllen. In einem vom Oberlandesgericht Celle mit Beschluss vom 11.02.2010 entschiedenen Fall beabsichtigte der Auftraggeber, den Zuschlag auf ein Nebenangebot zu erteilen, obwohl er keine Mindestanforderungen vorgegeben hatte. Hiergegen wandte sich der mit seinem Hauptangebot erstplatzierte Bieter – der ebenfalls Nebenangebote abgegeben hatte – mit dem Argument, wegen der fehlenden Mindestanforderungen dürfe kein Nebenangebot gewertet werden. Das Oberlandesgericht Celle ließ dieses Argument nicht gelten, da der Bieter es versäumt hatte, das Fehlen der Mindestanforderungen spätestens bis zur Abgabe des eigenen Angebots zu rügen. Er hätte den Fehler in den Vergabeunterlagen erkennen können und deshalb gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB rügen müssen. Der Bieter könne sich

nicht darauf berufen, erst die Wertung des Nebenangebots durch den Auftraggeber sei als Vergaberechtsverstoß zu beurteilen, so dass die Rüge erst später hätte erhoben werden müssen. Denn – so das Gericht – die Wertung eines an sich mangels Mindestanforderungen nicht wertbaren Nebenangebots sei die zwangsläufige Folge der unterbliebenen Festlegung von Mindestanforderungen.

Bieter sollten stets prüfen, ob für zugelassene Nebenangebote ausreichende leistungsbezogene Mindestanforderungen vorgegeben sind und deren Fehlen gegebenenfalls rügen. Dies gilt zum einen für Bieter, die selbst Nebenangebote abgeben möchten, da sie sonst Gefahr laufen, dass ihre Nebenangebote nicht gewertet werden. Zum anderen aber auch für solche Bieter, die kein Nebenangebot abgeben wollen. Denn diese müssen mit ihrem Hauptangebot sonst unter Umständen in Konkurrenz zu mangels Mindestanforderungen nicht vergleichbaren Nebenangeboten treten. Entsprechendes gilt, falls der Auftraggeber Nebenangebote zulässt, obwohl er den Preis als einziges Wertungskriterium benennt (siehe vorstehende Besprechung zum Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 07.01.2010).

Dr. Lars Knickenberg, Stuttgart

Vertriebskartellrecht

1. Reform des Vertriebskartellrechts

Zum 1. Juni 2010 ist der neue Rechtsrahmen für die kartellrechtliche Bewertung von Liefer- und Vertriebsvereinbarungen in Deutschland und Europa in Kraft getreten. Die zentrale Norm ist die neue Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 330/2010 der Europäischen Kommission über vertikale Vereinbarungen (so genannte Vertikal-GVO). Ergänzend hat die Europäische Kommission eine aktualisierte Version ihrer Vertikalleit-

linien veröffentlicht. Die Vertikalleitlinien dienen als Auslegungshilfe für die Vertikal-GVO sowie als Anleitung zur Bewertung von Vereinbarungen, die nicht von der Vertikal-GVO erfasst werden.

Mit dem überarbeiteten Rechtsrahmen bestätigt die Europäische Kommission im Wesentlichen die seit 2000 geltende Regelung. Die Vertikal-GVO beruht weiterhin auf dem Konzept der so genannten „Schirm“-Verordnung. Das bedeutet, dass grundsätzlich alle Vertriebsvereinbarungen zulässig sind, sofern die Marktanteilsschwelle von 30 % nicht überschritten ist, und sofern die Vereinbarung bestimmte, in der Verordnung genannte schwarze und graue Klauseln (Preisbindung, Kunden- und Gebietsaufteilungen, Wettbewerbsverbote von über fünf Jahren, etc.) nicht enthält. Die Vertikalleitlinien enthalten eine Vielzahl von sprachlichen und inhaltlichen Neuerungen, bestätigen im Kern jedoch ebenfalls die bisherige Regelung.

Auf zwei Änderungen, die von besonderer praktischer Bedeutung sein werden, möchten wir hinweisen. Erstens wurde in der Vertikal-GVO eine zweite Marktanteilsschwelle eingeführt. Nachdem bisher allein maßgeblich war, dass der Marktanteil des Lieferanten auf dem Markt, auf dem er die Produkte anbietet, 30 % nicht überschreitet, wird künftig zusätzlich eine den Abnehmer betreffende Marktanteilsschwelle von ebenfalls 30 % gelten. Maßgeblich ist dabei der Marktanteil des Abnehmers auf dem Markt, auf dem er die Vertragsprodukte nachfragt. Für Lieferanten erschwert das die Prüfung der Wirksamkeit einer Vereinbarung, weil Lieferanten zwar ihren eigenen Marktanteil möglicherweise recht gut einschätzen können, ihnen allerdings vergleichbare Informationen zu ihren Kunden meist fehlen werden. Zweitens wird in den Vertikalleitlinien zum Internetvertrieb sehr ausführlich dargestellt, welche Beschränkungen ein Hersteller seinen Händlern für de-

ren Internet-Vertriebsaktivitäten auferlegen kann. Demnach ist es generell unzulässig, den Vertrieb über das Internet vollständig zu untersagen. Dies gilt nicht nur für ausdrückliche Beschränkungen, sondern auch für Gestaltungen, in denen – etwa durch Rabatt- oder Bonussysteme – der Vertrieb über das Internet mittelbar beschränkt wird. Qualitative Vorgaben für den Vertrieb über das Internet, z.B. zur Gestaltung der Website, sind dagegen zulässig. Allerdings dürfen diese Anforderungen nicht strenger sein als die entsprechenden Vorgaben, die für den Vertrieb im Ladenlokal gemacht werden.

2. Reform des Kfz-Vertriebskartellrechts einschließlich der Anschlussmärkte

Ebenfalls zum 1. Juni 2010 ist die neue Gruppenfreistellungsverordnung 461/2010 über vertikale Vereinbarungen im Kraftfahrzeugsektor (die so genannte Kfz-GVO) in Kraft getreten. Gleichzeitig hat die Kommission ihre „Ergänzenden Leitlinien“ erlassen. Diese Regeln gelten für alle Vereinbarungen über den Verkauf von neuen Kraftfahrzeugen, über die Instandsetzung von Kraftfahrzeugen und über den Vertrieb von Kraftfahrzeugersatzteilen in Deutschland und Europa. Die Kommission hat mit der Neufassung der Kfz-GVO und der Ergänzenden Leitlinien grundlegende Änderungen am Regelwerk für den Kraftfahrzeugsektor vorgenommen. Zum 1. Juni 2013 wird das bisherige Sonderregime für den Vertrieb neuer Kraftfahrzeuge enden. Die im vorherigen Abschnitt beschriebenen allgemeinen Regeln über Vertriebsvereinbarungen werden dann auch dort gelten. Dies wird den Herstellern wieder größere Freiheiten bei der Gestaltung ihrer Vertriebssysteme geben.

Hinsichtlich der so genannten Anschlussmärkte (also der Märkte über die Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Kraftfahrzeuge

sowie über den Vertrieb von Kraftfahrzeugersatzteilen) hat die Europäische Kommission die Kfz-GVO drastisch gekürzt. Sie überlässt es den Ergänzenden Leitlinien, die gültigen Rechtsgrundsätze zu erläutern. Dabei zeigt sich, dass die Regeln inhaltlich im Wesentlichen identisch bleiben. Da die Leitlinien jedoch weniger konkret und im Gegensatz zur bisherigen Kfz-GVO auch nicht verbindlich sind, werden die betroffenen Unternehmen künftig mehr Eigenverantwortung dafür aufbringen müssen, dass ihre Vertriebsvereinbarungen in den Anschlussmärkten den kartellrechtlichen Vorgaben entsprechen.

*Dr. Martin Beutelmann, LL.M.,
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: 23. September 2010