

Newsletter

5 / 2 0 1 0

mit Beiträgen zu:

Arbeitsrecht

Bau-, Architekten- und Ingenieurrecht

Datenschutzrecht

Familienrecht

Handels- und Gesellschaftsrecht

Insolvenzrecht

Kartellrecht

Medizinrecht

Unternehmensfinanzierung

Vergaberecht

Versicherungsrecht

BRP aktuell

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

Arbeitsrecht

1. Die Befristung von Arbeitsverhältnissen bei ständigem Vertretungsbedarf

Gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG liegt ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsverhältnisses vor, wenn der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts konnte sich der Arbeitgeber auf diesen Sachgrund auch dann berufen, wenn bei ihm ständig Arbeitskräfte ausfallen und der Vertretungsbedarf statt durch jeweils befristet Eingestellte ebenso durch unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer abgedeckt werden könnte. Entscheidend war allein, ob bei der letzten Befristungsabrede ein Vertretungsfall vorlag. Das Bundesarbeitsgericht hat nun den Europäischen Gerichtshof um Vorabentscheidung gebeten, ob die wiederholte Befristung eines Arbeitsvertrags auch dann auf den Sachgrund der Vertretung gestützt werden kann, wenn bei dem Arbeitgeber ein ständiger Vertretungsbedarf besteht, der auch durch unbefristete Einstellungen befriedigt werden

könnte. Es bleibt abzuwarten, ob der Europäische Gerichtshof diese Möglichkeit der Vertretungsbefristung noch zulässt.

2. Überstundenpauschalierung

Das Bundesarbeitsgericht hat (erwartungsgemäß) mit Urteil vom 01.09.2010 entschieden, dass eine Überstundenpauschalisierungsabrede im Arbeitsvertrag gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verstößt und somit unwirksam ist. Mit dieser Entscheidung ist klargestellt, dass arbeitsvertragliche Regelungen wie „mit der vorstehenden Vergütung sind erforderliche Überstunden des Arbeitnehmers mit abgegolten“ nicht mehr in den Verträgen aufgenommen werden sollten. Die Rechtsfolge einer solchen unwirksamen Regelung ist die entsprechende Vergütungspflicht des Arbeitgebers für die geleisteten Überstunden.

3. Einsicht in die Personalakte

Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 16.11.2010 festgestellt, dass der Arbeitnehmer auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein



BRP Renaud & Partner
Rechtsanwälte Notare
Patentanwälte

berechtigtes Interesse daran hat, den Inhalt seiner (weitergeführten) Personalakte auf ihren Wahrheitsgehalt zu überprüfen. Aufgrund des „Rechts auf informationelle Selbstbestimmung“ hat der Arbeitgeber somit auch noch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem (ausgeschiedenen) Arbeitnehmer Einsicht zu gewähren.

4. Urlaubsanspruch bei Reduzierung der Arbeitszeit

Bislang war es gängige Praxis, noch nicht verbrauchten Urlaub von Arbeitnehmern, die die Zahl ihrer Arbeitstage im Laufe eines Jahres reduzieren, anteilig zu kürzen. Sofern eine Reduzierung der täglichen Arbeitszeit stattfand, war es unproblematisch, dass die Arbeitnehmer Urlaubsansprüche, die sie noch während der längeren Arbeitszeit erworben hatten, nach der Arbeitszeitreduzierung nur noch mit einem geringeren täglichen Urlaubsentgelt verbrauchen konnten. Dieser Praxis ist der Europäische Gerichtshof mit Urteil vom 22.04.2010 entgegen getreten. Danach sollen nationale Regelungen europarechtswidrig sein, nach denen bei einer Änderung des Beschäftigungsausmaßes eines Arbeitnehmers das Ausmaß des noch nicht verbrauchten Erholungsurlaubs in der Weise angepasst wird, dass der in der Zeit der Vollzeitbeschäftigung erworbene Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub reduziert wird oder der Arbeitnehmer diesen Urlaub nur mehr mit einem geringeren Urlaubsentgelt verbrauchen kann. Das Urteil betraf ein österreichisches Gesetz, es ist jedoch zu erwarten, dass auch die deutsche Rechtsprechung den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs folgen wird.

5. Erstattung von Kinderbetreuungskosten bei auswärtiger Betriebsrätstätigkeit

Mit Beschluss vom 23.06.2010 hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass eine alleinerziehende Be-

triebsrätin einen Anspruch auf Erstattung der Kinderbetreuungskosten hat, die ihr infolge auswärtiger Betriebsrätstätigkeit entstehen. Im konkreten Fall hatte die Betriebsrätin an einer auswärtigen Gesamtbetriebsratsitzung und einer Betriebsräteversammlung teilgenommen. Die Entscheidung stellt eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu dieser Frage dar.

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

Bau-, Architekten- und Ingenieurrecht

1. Vergütung bei unberechtigter Mängelrüge?

Der zur Nachbesserung aufgeforderte Installateur erklärte sich zur Überprüfung einer Wanddurchfeuchtung sowie zur Beseitigung eventueller Undichtigkeiten an den von ihm verlegten Leitungen bereit. Gleichzeitig kündigte er Kostenerstattungsansprüche für den Fall an, dass er für die Durchfeuchtung nicht verantwortlich sein sollte und forderte den Auftraggeber auf, entsprechende Ansprüche zu akzeptieren. Da der Auftraggeber hierauf nicht reagierte, nahm der Installateur keine Untersuchungen vor. Einige Zeit später kam es wegen eines unverlöteten Fittings zu einem erheblichen Wasserschaden. Mit Urteil vom 02.09.2010 hat der Bundesgerichtshof den Installateur verpflichtet, dem Auftraggeber den entstandenen Schaden vollständig zu ersetzen. Den Auftraggeber treffe kein Mitverschulden am Schadenseintritt. Er sei weder verpflichtet gewesen, die Mangelursache vorab zu klären, noch habe er die Bedingungen des Installateurs zu einer eventuellen Kostentragung akzeptieren müssen. Zu Unrecht auf Nachbesserung in Anspruch genommene Auftraggeber

haben kaum eine Möglichkeit, ihren Aufwand vom Auftraggeber erstattet zu erhalten. Hierzu müssten sie dem Auftraggeber nachweisen, dass dieser wusste oder wenigstens hätte wissen müssen, dass der Auftragnehmer für den gerügten Schaden nicht verantwortlich ist.

2. Bedenkenanmeldung bei fachkundigem/fachkundig beratenem Auftraggeber

Obwohl die DIN 18195 für bituminöse Abdichtungen regelmäßig eine Umschließung des gesamten Gebäudes fordert, hatte ein Auftragnehmer die bituminöse Abdichtung nur im Bereich eines Anbaus hergestellt, nicht aber im Übergangsbereich an den bestehenden Altbau. Hierbei hatte er sich an der Planung des fachkundigen und darüber hinaus durch einen Fachingenieur beratenen Auftraggeber orientiert. Für den Übergangsbereich sah die Planung keine Schwarzabdichtung vor, da dort wasserundurchlässiger Beton vorhanden war. Der Auftraggeber behauptete trotzdem einen Mangel, weil die DIN 18195 nicht eingehalten wurde und warf dem Auftragnehmer vor, er hätte gegen die geplante Ausführung Bedenken anmelden müssen.

Dieser Argumentation ist das Oberlandesgericht Bamberg in einem Urteil vom 14.08.2009 (Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde durch den Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 19.08.2010) nicht gefolgt: Da die Abdichtung im Übergangsbereich technisch vertretbar war und der Auftraggeber nicht nur fachtechnisch beraten, sondern sich der besonderen Problematik im Übergangsbereich auch bewusst war, habe der Auftragnehmer keine Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung anmelden müssen. Entscheidet sich der umfassend beratene Auftraggeber ganz bewusst für eine bestimmte Ausführungsvariante, könne keine eigene Prüfungs- und Hinweispflicht des Auftragnehmers angenommen werden.

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Bamberg betrifft einen Ausnahmefall, in dem die Prüfungs- und Hinweispflicht eingeschränkt ist. Dahinter steckt die Annahme, dass der fachlich beratene Auftraggeber, dem die Risiken der vorgesehenen Ausführung bewusst sind, auf eine Bedenkenanmeldung des Auftragnehmers ohnehin nicht reagieren wird. Verallgemeinern lässt sich die Entscheidung des Oberlandesgerichts Bamberg jedoch nicht, insbesondere sollte kein Auftragnehmer darauf vertrauen, dass dem Auftraggeber alle Problemfelder und Risiken seiner Planung bekannt sind. Darüber hinaus wird der Auftragnehmer dem Auftraggeber dessen Problembewusstsein in einem Rechtsstreit vielfach nicht nachweisen können.

*Dr. Rainer Laux, Ulrich Gentner,
Dr. Lars Knickenberg,
Dr. Andreas Digel, Stuttgart*

Datenschutzrecht

Beschäftigtendatenschutz

Auf die Datenschutzskandale der vergangenen Jahre will der Gesetzgeber öffentlichkeitswirksam reagieren. Ein aktueller Gesetzentwurf sieht vor, dass das Bundesdatenschutzgesetz durch umfangreiche Erweiterungen die Rechte und Pflichten des Umgangs mit den Daten von Beschäftigten regeln soll. Für Arbeitgeber werden die neuen Regelungen erheblichen Aufwand bedeuten. Vorgesehen sind derzeit z. B. 18 neue Informationspflichten, bei deren Verletzung Bußgelder verhängt werden können. Viele der neuen Regelungen stehen unter dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, was dazu führen wird, dass Arbeitgeber sehr oft abwägen müssen, ob die konkrete Verwendung von Beschäftigtendaten vorgenommen werden darf. Um sich nicht Maßnahmen der Aufsichtsbehörden oder Ansprüchen der Betroffenen auszusetzen, müs-

sen der Abwägungsvorgang und das Abwägungsergebnis konkret dokumentiert werden. Der Gesetzesentwurf hat zahlreiche Schwächen und wird, wenn er in der jetzigen Form verabschiedet würde, für Arbeitgeber schwer handhabbar sein. Schon die Gestaltung von Stellenanzeigen und die Durchführung einer Bewerbung werden in vielen Fällen geändert werden müssen. Die neuen Regelungen sind auch zu berücksichtigen, wenn ein Arbeitgeber den Verdacht hat, dass Arbeitnehmer Pflichtverletzungen begehen und der Arbeitgeber daher Überwachungs- und Kontrollmaßnahmen einführen möchte.

Wir empfehlen Ihnen, sich frühzeitig mit den Neuregelungen vertraut zu machen. BRP Renaud & Partner wird weiter über dieses Gesetzesvorhaben berichten.

*Dr. Thomas Weimann, Daniel Nagel,
Stuttgart*

Familienrecht

Befristung von Ehegattenunterhalt bei langer Ehedauer

In einer aktuellen Entscheidung hat der Bundesgerichtshof die Frage bejaht, dass ein Anspruch auf Ehegattenunterhalt noch immer unbefristet bestehen kann, auch wenn die Unterhaltsberechtigten bereits wieder vollschichtig arbeiten. Im konkreten Fall erzielt die unterhaltsberechtigten Ehefrau nach langer Ehedauer und Familienpause ein so geringes Einkommen, dass sie daraus keine eigene Altersvorsorge mehr aufbauen kann. Zudem wurden aufgrund der selbstständigen Tätigkeit des Ehemannes auch über den Versorgungsausgleich keine Anwartschaften zu ihren Gunsten ausgeglichen. Maßgeblich für die Beurteilung war, dass die Ehefrau im Alter unversorgt wäre und deshalb eine Befristung des Unterhalts unangemessen erscheinen kann. Im Ergeb-

nis bleibt es bei der umfassenden Interessenabwägung im Einzelfall, die Befristungsmöglichkeit kann deshalb nicht pauschal beurteilt werden. Eine Trendwende dahingehend, dass von der grundsätzlichen Befristungsmöglichkeit bei langjährigen Ehen wieder abgerückt werden soll, lässt sich der Entscheidung nicht entnehmen.

*Dr. Barbara Ackermann-Sprenger,
Stuttgart*

Handels- und Gesellschaftsrecht

1. Strafbarkeit von Geschäftsleitern wegen der Einrichtung schwarzer Kassen im Ausland

In einem Urteil vom 27.08.2010 zum Kölner Müllskandal (Trienekens) beschäftigt sich der Zweite Senat des Bundesgerichtshofs erneut mit den Voraussetzungen, unter denen sich die Geschäftsleitung einer Kapitalgesellschaft wegen Untreue (§ 266 StGB) zu Lasten der Gesellschaft strafbar machen kann. Danach können sich der Geschäftsführer einer GmbH oder der Vorstand einer Aktiengesellschaft wegen Untreue strafbar machen, wenn sie unter Verstoß gegen § 43 Abs. 1 GmbHG, § 93 Abs. 1 AktG und unter Verletzung von Buchführungspflichten eine schwarze Kasse im Ausland einrichten. Eine Strafbarkeit wegen Untreue entfällt in diesen Fällen auch dann nicht, wenn der Geschäftsleiter aufgrund seiner Vertretungsmacht zur Vornahme der Zahlungen befugt war und sich diese unterhalb der Schwellenwerte für zustimmungspflichtige Geschäfte bewegten. Der Geschäftsführer bzw. Vorstand verletzt seine Treuepflicht bereits dadurch, dass er entgegen der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters sowie unter Verstoß gegen das handelsrechtliche Gebot der Vollständigkeit und Richtigkeit der Buchführung Vermögen aussondert, um sich gezielt der Kontrolle

und Rechenschaftspflicht gegenüber den Gesellschaftern zu entziehen. Ein den Untreuetatbestand ausschließendes Einverständnis der Mehrheit der Gesellschafter einer GmbH setzt nach der Entscheidung voraus, dass auch die Minderheitsgesellschafter mit der Frage der Billigung der Pflichtwidrigkeit befasst waren. Ob den Anteilseignern einer Aktiengesellschaft eine solche Kompetenz zum tatbestandsausschließenden Einverständnis in gesellschaftsschädigende Vermögensverfügungen überhaupt zukommt, ließ der Bundesgerichtshof im entschiedenen Fall offen.

2. Haftung der Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats einer GmbH

Nach dem GmbH-Gesetz ist ein Aufsichtsrat für die GmbH nicht notwendig, soweit nicht mitbestimmungsrechtliche Vorschriften die Einrichtung eines Aufsichtsrats vorschreiben. Gleichwohl können die Gesellschafter einen fakultativen Aufsichtsrat einrichten, wobei hinsichtlich Größe, Zusammensetzung und Aufgabenzuweisung weitgehende Freiheit besteht. In einem Urteil vom 20.09.2010 nimmt der Bundesgerichtshof zu der besonderen Funktion eines fakultativen Aufsichtsrats bei einer GmbH in öffentlicher Trägerschaft Stellung und befasst sich mit Fragen der Haftung. Die Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats einer GmbH haften nach dieser Entscheidung grundsätzlich nicht für den Schaden, der dadurch entsteht, dass nach dem Eintritt der Insolvenzreife noch Zahlungen von der Gesellschaft geleistet werden. Eine Erstattungspflicht gemäß § 64 Satz 1 GmbHG trifft – anders als bei der Aktiengesellschaft und bei einer GmbH mit obligatorischem Aufsichtsrat – insoweit nur die Geschäftsführer. Bei einer Verletzung ihrer Überwachungspflicht sind nach dem Urteil vom 20.09.2010 die Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats einer GmbH hinsichtlich der Beachtung des Zahlungsverbots aus § 64 Satz 1 GmbHG nur dann der

Gesellschaft gegenüber ersatzpflichtig, wenn die Gesellschaft selbst durch die regelwidrigen Zahlungen in ihrem Vermögen geschädigt worden ist. Die Aufsichtsratsmitglieder haften dagegen nicht, wenn die Zahlung – wie im Regelfall – nur zu einer Verminderung der Insolvenzmasse und damit zu einem Schaden allein der Insolvenzgläubiger geführt hat. Auch der fakultative Aufsichtsrat einer GmbH ist verpflichtet, die Rechtmäßigkeit des Handelns der Geschäftsführung zu überwachen. Richten die Gesellschafter einer GmbH freiwillig einen Aufsichtsrat ein, wollen sie im Regelfall nicht von der Struktur der GmbH und der gesetzlich geregelten Verteilung der Verantwortung zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführern abweichen, sondern ein Gremium schaffen, das der Gesellschafterversammlung in Teilbereichen Aufgaben abnimmt. Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs kommt dem fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH darüber hinaus grundsätzlich keine Aufgabe zur Wahrung öffentlicher Belange zu, wie etwa zum Schutz dritter Gläubiger bzw. der Insolvenzmasse. Die Bestimmung des § 52 Abs. 1 GmbHG, die für den fakultativen Aufsichtsrat auf einzelne Vorschriften des Aktienrechts verweist, lässt aber auch weitergehende Regelungen zu. Insoweit muss bei der Gestaltung von GmbH-Gesellschaftsverträgen unbedingt darauf geachtet werden, dass nicht ungewollt zusätzliche Haftungsrisiken für die Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats geschaffen werden.

3. Treuwidrige Geltendmachung von Darlehensrückzahlungsansprüchen der GmbH gegen Gesellschafter

Mit einem Beschluss vom 21.06.2010 hat der Bundesgerichtshof einmal mehr deutlich gemacht, dass im Verhältnis zwischen einem GmbH-Gesellschafter und der Gesellschaft die aus der Beteiligung des Gesellschafters resultierenden Rechte und Pflichten nicht mit den Rechten und

Pflichten aus zivilrechtlichen Verträgen vermengt werden dürfen. Zugrunde lag ein Fall, in dem die Mehrheitsgesellschafter einer GmbH in treuwidriger Weise die Vollthesaurierung von Gewinnen beschlossen hatten, was dazu führte, dass der Minderheitsgesellschafter, der nicht über hinreichende andere Einkünfte verfügte, nicht mehr in der Lage war, ein ihm von der Gesellschaft gewährtes Darlehen zu bedienen. Anstatt sich gegen die treuwidrigen Gewinnverwendungsbeschlüsse zu wehren, hatte sich der Minderheitsgesellschafter gegen die Inanspruchnahme aus dem Darlehensvertrag gewehrt. Zwar hat sich der Minderheitsgesellschafter hiermit beim Brandenburgischen Oberlandesgericht durchgesetzt. Der Bundesgerichtshof sah sich aus prozessrechtlichen Gründen auch nicht in der Lage, das (Fehl-) Urteil des Brandenburgischen Oberlandesgerichts aufzuheben. Der Bundesgerichtshof stellte jedoch klar, dass der Minderheitsgesellschafter die Rückzahlung des Darlehens nun nicht auf Dauer verweigern könne. Er müsse sich um eine andere bezahlte Tätigkeit bemühen und/oder die Anfechtungsverfahren gegen die Thesaurierungsbeschlüsse durchführen.

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

Anspruch der Gesellschaft einer insolventen Kommanditgesellschaft gegen den Insolvenzverwalter auf Erstellung von Jahresabschlüssen für die Masse

Die Kommanditgesellschaft als Insolvenzschuldnerin ist Insolvenzsubjekt aber nicht Steuersubjekt. Steuersubjekt sind lediglich die Gesellschafter der Kommanditge-

sellschaft. Deren Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Gewinnfeststellung nach den §§ 179 ff. AO obliegt nicht dem Insolvenzverwalter der Kommanditgesellschaft, weil sie sich allein auf die Steuerschuld der Gesellschafter auswirkt. Allerdings sind die Gesellschafter der Kommanditgesellschaft für ihre Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Gewinnfeststellung darauf angewiesen, dass von der Kommanditgesellschaft ein Jahresabschluss erstellt wird. Der Bundesgerichtshof hat mit einem Urteil vom 16.09.2010 entschieden, dass die Gesellschafter einen Anspruch gegen den Insolvenzverwalter der Kommanditgesellschaft auf Erstellung des Jahresabschlusses haben. Das Urteil erging zwar noch zu Vorschriften der Konkursordnung, gilt jedoch in gleicher Weise für die Insolvenzordnung. Denn Grundlage des Anspruchs ist ein gesetzliches Schuldverhältnis, welches infolge der Insolvenzeröffnung zwischen dem Insolvenzverwalter und den Gesellschaftern der insolventen Kommanditgesellschaft entsteht. Infolge dieses gesetzlichen Schuldverhältnisses können die Gesellschafter aus eigenem Recht die Erfüllung der steuerrechtlichen Buchführungspflichten und die Erstellung des Jahresabschlusses vom Insolvenzverwalter verlangen. Zumindest für die Erstellung des Jahresabschlusses hat der Insolvenzverwalter einen Aufwendungsersatzanspruch gegen die Gesellschafter, der auch als Vorschuss gefordert werden kann. Hintergrund hierfür ist die Tatsache, dass die Erstellung des Jahresabschlusses aus Sicht des Insolvenzverwalters ausschließlich fremdnützlich erfolgt, da die Insolvenzmasse hiervon nicht profitiert.

Dr. Christian Wittmann, Stuttgart

Kartellrecht

Die „Handreichung“ des Bundeskartellamtes: Wann werden Preisempfehlungen zu einer unzulässigen Preisbindung?

Es gehört zu den kartellrechtlichen Grundsätzen, dass die Preisbindung der zweiten Hand verboten ist. Ein Lieferant darf seinen Abnehmern also nicht vorschreiben, zu welchem Preis sie die Produkte an Dritte weiterverkaufen. Entsprechende Verstöße werden als schwerwiegende Kartellverstöße gesehen und mit Bußgeldern geahndet. Zulässig sind dagegen Preisempfehlungen des Lieferanten an seine Abnehmer. Seit einigen Jahren ist dies für alle Arten von Produkten, und nicht mehr nur für Markenprodukte, möglich. Auch muss die Preisempfehlung nicht mehr ausdrücklich als „unverbindlich“ bezeichnet werden.

So klar diese Unterscheidung ist (Preisbindung unzulässig – Preisempfehlung zulässig), so schwierig kann die Abgrenzung zwischen diesen Verhaltensformen im Einzelfall sein. Das ist für Unternehmen, die Preisempfehlungen aussprechen, deshalb problematisch, weil aus einer an sich zulässigen Preisempfehlung durch das Hinzutreten weiterer, teilweise harmlos erscheinender Umstände, ein schwerwiegender, bußgeldrelevanter Kartellverstoß entstehen kann. Die beiden folgenden Regeln markieren die Schwelle zur Unzulässigkeit:

- Der Lieferant darf seine Preisempfehlungen nicht mittels Druck oder durch Anreize durchsetzen, so dass sich diese wie Fest- oder Mindestpreise auswirken.
- Unzulässig ist die ausdrückliche oder stillschweigende Übereinkunft zwischen dem Lieferanten und dem Händler, dass die Preisempfehlungen

eingehalten werden oder nur in einem bestimmten Rahmen unterschritten werden.

Auch diese beiden Regeln erscheinen auf den ersten Blick eindeutig und gut anwendbar. Die jüngere Praxis des Bundeskartellamtes, insbesondere in Zusammenhang mit einem gegenwärtig laufenden Verfahren im Lebensmitteleinzelhandel, führte allerdings zu Unsicherheiten, weil der Eindruck entstand, dass bisher als üblich tolerierte Verhaltensweisen nunmehr als unzulässig angesehen werden. Das Bundeskartellamt hat auf diese Unsicherheiten reagiert und eine so genannte „Handreichung“ veröffentlicht, in der klare Grundsätze entwickelt werden sollten. Die Handreichung richtet sich zwar unmittelbar nur an die Beteiligten des laufenden Kartellverfahrens im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels, sie enthält jedoch einige grundsätzliche Aussagen, die allgemein für die künftige Praxis des Bundeskartellamtes maßgeblich sein dürften. Die Kernaussagen der Handreichung sind:

- Zulässig ist das „einfache“ Überreichen einer Liste mit Preisempfehlungen. Es ist auch zulässig, den Abnehmern die Preisempfehlungen zu erläutern, etwa hinsichtlich der damit verbundenen generellen Vertriebspolitik. Allerdings darf damit nicht die Erwartung einer bestimmten Preishöhe oder eines bestimmten Preissetzungsverhaltens der Händler verbunden werden.
- Jede Kontaktaufnahme, bei der Preisempfehlungen über eine bloße generelle Erläuterung hinaus thematisiert werden, kann bereits die Schwelle zur Unzulässigkeit überschreiten. Bei der Prüfung der Zulässigkeit einer nachträglichen Thematisierung von Preisempfehlungen sind so genannte „Plusfaktoren“ zu berücksichtigen, also Aspekte, die dafür sprechen, dass die Kon-

taktaufnahme dazu verwendet wurde, die Preissetzungsfreiheit des Handels zu beeinträchtigen.

- Beispiel für eine unzulässige Druckausübung ist das Androhen von Liefersperren oder des Entzuges von Rabatten, ebenso das Einrichten eines Preisüberwachungssystems.
- Eine kartellrechtswidrige Anreizsetzung liegt in der Zusage von Rabatten für ein bestimmtes Absatzverhalten.
- Das Herbeiführen einer direkten oder indirekten Abstimmung über das Einhalten der Preisempfehlungen kann beispielsweise durch die Zusage von Spannenneutralität erzielt werden.
- Faktisch problematisch ist eine Kontaktaufnahme zu Preisempfehlungen auch deshalb, weil es als starkes Indiz für einen Kartellverstoß gewertet wird, wenn der Händler im Anschluss an einen Kontakt mit dem Lieferanten seine Preise anpasst.

Vor dem Hintergrund der „Handreichung“ des Bundeskartellamtes ist es ratsam, dass Hersteller und Händler bei der Kommunikation zu Preisempfehlungen oder zur Preis- und Absatzpolitik besonders sorgfältig vorgehen. Es ist zu erwarten, dass in den nächsten Jahren hierzu kartellbehördliche und voraussichtlich auch gerichtliche Entscheidungen ergehen werden, aus denen weitere Anhaltspunkte für die Grenze zwischen einer zulässigen Preisempfehlung und einer unzulässigen Preisbindung gewonnen werden können.

*Dr. Martin Beutelmann, LL.M.,
Stuttgart*

Medizinrecht

1. Gestaltung von Berufsausübungsgemeinschaften

Am 23.06.2010 hat das Bundessozialgericht ein Grundsatzurteil zu Fragen der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags von Berufsausübungsgemeinschaften erlassen. Das Urteil beinhaltet insbesondere Aussagen zur Abgrenzung des persönlich in freier Praxis tätigen Vertragsarztes vom „freien Mitarbeiter“ bzw. angestellten Arzt. Diese Abgrenzungsfrage spielt eine wesentliche Rolle, weil eine Berufsausübungsgemeinschaft nur zwischen persönlich in freier Praxis tätigen Vertragsärzten zulässig ist. Gerade bei der Gründung einer Berufsausübungsgemeinschaft mit einem „Juniorpartner“ oder in Fällen des Eintritts eines neuen Gesellschafters in eine bestehende Berufsausübungsgemeinschaft werden oftmals Gestaltungen gewählt, bei denen eine Tätigkeit des neuen Gesellschafters „persönlich in freier Praxis“ fraglich ist.

Dem Urteil des Bundessozialgerichts vom 23.06.2010 lag ein solcher Fall zugrunde: Ein neuer Partner war in eine Berufsausübungsgemeinschaft aufgenommen worden und sollte für ein „Probefahr“ als „freier Mitarbeiter“ tätig werden. Am Vermögen und am Wertzuwachs des ideellen Werts der Gesellschaft sollte er nicht beteiligt sein, ebenso wenig an Gewinn und Verlust. Er sollte ein Festgehalt erhalten. Diese Einschränkungen waren jedoch nur in einem Nebenvertrag vereinbart, der nicht dem Zulassungsausschuss vorgelegt wurde. Der dem Zulassungsausschuss vorgelegte „Gemeinschaftspraxisvertrag“ ergab vielmehr das Bild einer im Wesentlichen gleichberechtigten Partnerschaft, weshalb die Berufsausübungsgemeinschaft vom Zulassungsausschuss auch genehmigt wurde.

Als bekannt wurde, dass in Wahrheit keine Berufsausübungsgemeinschaft bestand, wurde im Wege der sachlich-rechnerischen Richtigstellung für die Quartale IV/1996 bis I/2001 zu Unrecht gezahltes Honorar in Höhe von insgesamt etwa 1,8 Mio. DM zurückgefordert, das Bundessozialgericht hat den Rückforderungsbescheid bestätigt. Das Urteil lässt sich mit folgenden Kernaussagen zusammenfassen:

- Eine Berufsausübungsgemeinschaft setzt den Zusammenschluss von persönlich in freier Praxis tätigen Vertragsärzten voraus. Ein Vertragsarzt ist nur dann in freier Praxis tätig, wenn er im positiven wie im negativen Sinne an den Chancen und Risiken des beruflichen Erfolges oder Misserfolges persönlich beteiligt ist und er eine ausreichende Handlungsfreiheit in beruflicher und persönlicher Hinsicht hat.
- Das Erfordernis der Beteiligung am wirtschaftlichen Risiko und am wirtschaftlichen Erfolg der Praxis muss von Anbeginn der vertragsärztlichen Tätigkeit an erfüllt sein und kann nicht für die Dauer einer „Probezeit“ ausgeschlossen werden.
- Bei Beendigung der Berufsausübungsgemeinschaft muss für jeden Partner eine Chance auf Verwertung des auch von ihm erarbeiteten immateriellen Praxiswerts (so genannter Goodwill) gegeben sein.
- Eine sachlich-rechnerische Richtigstellung von Honorarbescheiden und damit verbunden die Rückforderung zu Unrecht bezahlten Honorars ist auch bei einem Verstoß gegen Vorschriften über formale oder inhaltliche Voraussetzungen der Leistungserbringung möglich und damit auch dann, wenn eine Berufsausübungsgemein-

schaft lediglich pro forma bestand.

- Die Genehmigung der Berufsausübungsgemeinschaft steht einer Honorarrückforderung nicht entgegen, wenn die Genehmigung durch Mitteilung unzutreffender Tatsachen erwirkt wurde. In diesem Fall steht der Rückforderung grundsätzlich auch die vierjährige Ausschlussfrist nicht entgegen.

2. Keine Geltung der GOÄ zwischen Krankenhausträgern und niedergelassenen Ärzten

Verbreitet lassen Krankenhäuser bestimmte ärztliche Dienstleistungen durch externe Praxisärzte erbringen. Der Bundesgerichtshof hatte einen Fall zu entscheiden, bei dem ein Krankenhaus mündlich mit einem niedergelassenen Radiologen vereinbart hatte, dass Röntgenuntersuchungen erbracht werden und dafür auf Basis der GOÄ ein Steigerungssatz von 0,75 angewendet wird. Der niedergelassene Arzt rechnete die Leistungen dann mit einem Steigerungssatz von 1,2 ab und berief sich darauf, dass § 2 Abs. 1 und 2 GOÄ eine Unterschreitung des einfachen Gebührensatzes nur bei Wahrung der Schriftform zulasse.

Der Bundesgerichtshof bestätigte, dass die GOÄ keine Anwendung im Verhältnis zwischen Arzt und Krankenhaus findet. Die GOÄ dient dem Patientenschutz; dagegen gibt es keinen Hinweis darauf, dass auch Verträge zwischen Ärzten und Krankenhausträgern der GOÄ unterworfen sein sollten. Der Bundesgerichtshof deutet an, dass möglicherweise andere Vergütungsvereinbarungen ohne Bezug zur GOÄ zwischen Arzt und Krankenhäusern zulässig sein können.

Fazit: Es liegt in erster Linie im Interesse des betreffenden Arztes, eine schriftliche Vereinbarung mit dem

Krankenhausträger abzufassen, um in einem etwaigen Prozess Zahlungsansprüche belegen zu können. Dabei wird dem Arzt wie den Krankenhausträgern vom Bundesgerichtshof ein größerer Handlungsspielraum eröffnet; der Arzt kann sich jedenfalls nicht darauf verlassen, dass ohne Abschluss einer Vereinbarung gegenüber dem Krankenhaus erbrachte Leistungen nach der GOÄ abgerechnet werden.

3. Übertragungsfähigkeit von Vertragsarztsitzen zwischen medizinischen Versorgungszentren

Eine noch nicht rechtskräftige Entscheidung des Hessischen Landessozialgerichts schränkt die Übertragungsmöglichkeiten von Arztstellen zwischen medizinischen Versorgungszentren (MVZ) ein. Der Entscheidung lag ein Fall zugrunde, bei dem eine Uniklinik zwei medizinische Versorgungszentren betrieb. Das Uniklinikum wollte nun von dem einen MVZ eine Arztstelle auf das andere MVZ übertragen, damit dort die entsprechende fachärztliche Kompetenz vorhanden war. Es kam also durch die Übertragung weder zu einer Vermehrung von Vertragsarztstellen insgesamt noch zu einer veränderten Versorgungssituation, da beide MVZ im gleichen Planungsbereich lagen.

§ 103 Abs. 4 a SGB IV lässt zu, dass ein Vertragsarzt in einem gesperrten Planungsbereich auf seinen Sitz verzichten kann, um sich in einem medizinischen Versorgungszentrum anstellen zu lassen. Diese Regelung ist nach Auffassung sowohl der Vorinstanz als auch des Hessischen Landessozialgerichts nicht entsprechend auf die umgekehrte Konstellation anzuwenden, bei der ein MVZ auf einen Vertragsarztsitz zu Gunsten eines anderen MVZ verzichtet. Der Gesetzgeber habe den Bedürfnissen eines MVZ ausreichend Rechnung getragen, indem den MVZ die Möglichkeit eingeräumt wurde, eine Angestelltenstelle durch einen anderen Arzt nachzu-

besetzen, ohne ein Ausschreibungsverfahren durchführen zu müssen. Ebenfalls sollen nach Auffassung der Richter die für Vertragsärzte bei Verkäufen von Vertragsarztpraxen geltenden Regeln zur Nachbesetzung keine entsprechende Anwendung auf ein MVZ finden.

An der Entscheidung wird vehemente Kritik geübt und liegt nun dem Bundessozialgericht zur Prüfung vor, weil die MVZ daran gehindert würden, einen bestimmten Teilbereich aufzugeben und die vorhandenen materiellen Anlagegüter, wie beispielsweise Behandlungsgeräte, auf einen potentiellen Käufer in Form eines anderen MVZ mit der dazu notwendigen Angestelltenstelle übergehen zu lassen. Der Aspekt der eingeschränkten Verwertbarkeit der in ein MVZ eingebrachten Angestelltenstelle sollte vor der Gründung eines MVZ berücksichtigt werden und alternative Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht gezogen werden.

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

Unternehmensfinanzierung

Kündigung einer Patronatserklärung bei entsprechender Vereinbarung möglich

Durch eine konzerninterne „harte“ Patronatserklärung kann die Muttergesellschaft gegenüber einer Tochtergesellschaft die Verpflichtung übernehmen, die Tochtergesellschaft finanziell stets so auszustatten, dass die Tochtergesellschaft ihre Verpflichtungen bei Fälligkeit jederzeit erfüllen kann. Bei ausreichender Leistungsfähigkeit der Muttergesellschaft kann auf diese Weise eine zur Insolvenz führende Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft vermieden

werden. Bislang war umstritten, ob eine solche Patronatserklärung durch die Muttergesellschaft mit der Folge gekündigt werden kann, dass die Zahlungspflicht entfällt. Hier hat der Bundesgerichtshof durch Urteil vom 20.09.2010 („STAR 21“) nunmehr Klarheit geschaffen: Der Bundesgerichtshof hält eine Kündigung der Patronatserklärung für möglich, wenn ein Kündigungsrecht vereinbart worden ist. Dabei weist der Bundesgerichtshof darauf hin, dass eine Kündigung stets nur für die Zukunft wirkt. Das heißt, für bis zum Zeitpunkt der Kündigung bereits fällig gewordene Verbindlichkeiten muss die Muttergesellschaft weiterhin eintreten, für noch nicht fällige Verbindlichkeiten kann sie hingegen durch Kündigung ihre Einstandspflicht beseitigen. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs stelle eine Patronatserklärung kein aufschiebend bedingtes Darlehensversprechen dar, weshalb auch die Grundsätze über in der Krise unkündbare Finanzplankredite nicht anwendbar seien. Angesichts dieser Rechtsprechung sollten Patronatserklärungen stets eine Kündigungsmöglichkeit enthalten.

Dr. Detlef Koch, Stuttgart

Vergaberecht

Rüge ist unverzichtbar!

Vor Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens muss der Vergaberechtsverstoß gegenüber der Vergabestelle gerügt werden. Hierdurch soll der Vergabestelle die Möglichkeit zur Selbstkorrektur eingeräumt werden. Die Rügepflicht besteht nach einem Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 21.10.2010 selbst dann, wenn der Bieter den Vergaberechtsverstoß erst unmittelbar vor Ablauf der Zuschlagsfrist erfährt, er also mit dem jederzeitigen Zuschlag zugunsten eines Konkurrenten rechnen muss. In dem der Entscheidung der Vergabekammer zugrunde

liegenden Fall hatte der Antragsteller freitags Kenntnis von einem Verstoß des Auftraggebers gegen Vergabevorschriften erlangt. Da die Zuschlagsfrist am darauf folgenden Sonntag auslief, hatte der Antragsteller montags einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer eingereicht, ohne den Vergaberechtsverstoß zuvor gegenüber der Vergabestelle zu rügen. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen, da der Bieter seiner Rügepflicht nicht nachgekommen ist. Eine Rüge sei möglich und wäre keine überflüssige Förmelerei gewesen, da die Vergabestelle die Möglichkeit zur Selbstkorrektur gehabt hätte.

Selbst kürzeste Fristen entbinden den Bieter, der ein Nachprüfungsverfahren durchführen will, nicht von seiner Rügepflicht. Ein wesentlicher Zeitverlust ist mit der Rüge nicht verbunden, da sich die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens unmittelbar an die Rüge anschließen kann, es sind also keine Wartefristen zwischen Rüge und Einleitung des Nachprüfungsverfahrens zu beachten.

Dr. Lars Knickenberg, Stuttgart

Versicherungsrecht

Verjährung von Rückkaufwert-Ansprüchen bei Lebens- und Rentenversicherungsverträgen

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 14.07.2010 entschieden, dass der Anspruch auf Auszahlung eines höheren Rückkaufwertes nach Kündigung eines Lebens- oder Rentenversicherungsvertrages spätestens fünf Jahre nach dem Ende des Jahres verjährt, in dem der Versicherer den Vertrag abgerechnet hat. Darauf, ob der Versicherungsnehmer Kenntnis von der BGH-Rechtsprechung hatte, die ihm einen höheren Rückkaufwert zubilligt (vgl. insbesondere die Urteile vom 12.10.2005, Newsletter 04/2005), soll es nach dem aktuellen Urteil des

Bundesgerichtshofs nicht ankommen. Selbst Ansprüche infolge von Kündigungen, die vor den Urteilen des Bundesgerichtshofs vom 12.10.2005 erklärt wurden, werden von der fünfjährigen Verjährungsfrist erfasst. Bitte beachten Sie, dass seit dem 01.01.2008 für Versicherungsverträge eine dreijährige Verjährungsfrist gilt, so dass die fünfjährige Verjährung nur „Altfälle“ betrifft und in neueren Konstellationen ggf. eine noch kürzere Verjährung zur Anwendung kommt.

Dr. Volker Nill, Stuttgart

Impressum

BRP Renaud & Partner

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

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

verantwortlicher Redakteur
Dr. Lars Knickenberg
Königstraße 28
70173 Stuttgart

info@brp.de
www.brp.de

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

Stand: 24. November 2010