

# Newsletter

2 / 2 0 1 1

mit Beiträgen zu:

Arbeitsrecht

Bau-, Architekten- und Ingenieurrecht

Familienrecht

Handels- und Gesellschaftsrecht

Insolvenzrecht

IT- und Telekommunikationsrecht

Kartellrecht

Markenrecht

Medizinrecht

Mietrecht

Vergaberecht

Versicherungsrecht

## BRP aktuell

Für unseren Standort Stuttgart konnten wir einen neuen Kollegen gewinnen: Herr Sebastian Scheffzek ist seit dem 01.05.2011 spezialisiert im Bereich Arbeitsrecht tätig.

Für unseren Standort Frankfurt konnten wir ebenfalls zwei weitere Kollegen gewinnen: Herr Rechtsanwalt Sang-Woon Lee und Herr Wirtschaftsjurist David Felten sind seit dem 01.03. bzw. 01.06.2011 spezialisiert im Bereich des Bank- und Kapitalmarktrechts tätig.

## Arbeitsrecht

### 1. Freistellung und Anrechnung von Urlaubsansprüchen

In einem vom 9. Senat des Bundesarbeitsgerichts am 17.05.2011 entschiedenen Fall hatte ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer im November 2006 gekündigt und ihn „ab sofort unter Anrechnung Ihrer Urlaubstage von Ihrer Arbeit unter Fortzahlung der Bezüge“ freigestellt. Die Kündigungsfrist lief bis 31.03.2007. Der Arbeitnehmer obsiegte im Kündigungsrechtsstreit, so dass das Arbeitsverhältnis letztlich über den 31.03.2007 hinaus andauerte. Nach Meinung des Bundesarbeitsgerichts lässt sich der Erklärung des Arbeitgebers nicht hinreichend deutlich entnehmen, in welchem Umfang der Arbeitgeber die Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers erfüllen wollte, nämlich ob er den vollen Urlaubsanspruch für das Jahr 2007 oder lediglich den auf den Zeitraum vom 01.01. bis zum 31.03.2007 entfallenden Teilurlaubsanspruch erfüllen wollte.

Im Ergebnis hatte der Arbeitgeber den nach dem 31.03.2007 entstandenen Urlaub dann später noch zu gewähren bzw. abzugelten. Wir raten Ihnen daher dazu, zweifelsfrei zu regeln, welche (eventuellen) Urlaubsansprüche auf welche Zeiten der Freistellung entfallen sollen.

### 2. Abberufungsschutz des Beauftragten für den Datenschutz

Mit Urteil vom 23.03.2011 hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass die Abberufung des Beauftragten für den Datenschutz in entsprechender Anwendung des § 626 BGB nur aus wichtigem Grund möglich sei. Der Widerruf der Bestellung mit der Begründung, die Aufgabe solle nunmehr von einem externen Datenschutzbeauftragten konzernweit übernommen werden, stellt nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts keinen wichtigen Grund für den Widerruf dar. Dies, obwohl der Arbeitgeber bei der erstmaligen Bestellung frei ist, ob er einen internen oder externen Datenschutzbeauftragten bestellt.

### 3. Kündigung wegen mehrjähriger Freiheitsstrafe

Mit Urteil vom 24.03.2011 hat sich das Bundesarbeitsgericht mit der Kündigungsmöglichkeit wegen Freiheitsstrafen auseinandergesetzt. Es hat dabei festgestellt, dass – sofern die der strafrechtlichen Verurteilung zugrunde liegenden Taten keinen Bezug zum Arbeitsverhältnis haben – im Falle der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes regelmäßig nur eine personenbedingte und keine verhaltensbedingte Kündigung in Betracht kommt. Dabei komme es entscheidend darauf an,



BRP Renaud & Partner  
Rechtsanwälte Notare  
Patentanwälte

ob es dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung der Dauer der Freiheitsstrafe zumutbar sei, an dem Arbeitsverhältnis festzuhalten. Bei der Bewertung der Zumutbarkeit sei auf die zu erwartende Dauer der Leistungsunmöglichkeit und die damit einhergehende Störung des Arbeitsverhältnisses abzustellen. Insofern sei zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer – anders als bei einer Verhinderung wegen Krankheit – die Leistungsunmöglichkeit und die damit einhergehende Störung des Arbeitsverhältnisses selbst zu vertreten hat. Jedenfalls dann, wenn gegen den Arbeitnehmer rechtskräftig eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren verhängt worden sei, könne der Arbeitgeber den Arbeitsplatz in der Regel dauerhaft neu besetzen.

#### 4. Sachgrundlose Befristung und „Zuvor-Beschäftigung“

Mit Urteil vom 06.04.2011 hat der für die Beurteilung von Befristungen zuständige 7. Senat des Bundesarbeitsgerichts seine Rechtsprechung zur sachgrundlosen Befristung und „Zuvor-Beschäftigung“ geändert. Die Befristung eines Arbeitsvertrages ist ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig. Dies gilt jedoch nicht, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. In Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung, wonach nie zuvor ein Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber bestanden haben durfte, soll nunmehr keine „Zuvor-Beschäftigung“ vorliegen, wenn das frühere Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurückliegt. Begründet wird dies mit einer an Sinn und Zweck orientierten, verfassungskonformen Auslegung der gesetzlichen Regelungen.

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

## Bau-, Architekten- und Ingenieurrecht

### 1. Übersicherung durch Vertragserfüllungssicherheit und Sicherheit für Mängelansprüche

Auch öffentliche Auftraggeber fordern häufig Vertragserfüllungssicherheiten über 5 % der Auftragssumme, mit der auch Mängelansprüche und Überzahlungen abgesichert werden. Außerdem wird eine Sicherheit für Mängelansprüche und Überzahlungen über 5 % der Abrechnungssumme verlangt. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen können solche Sicherungsabreden nach einem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 05.05.2011 unwirksam sein, wenn sie zu einer Übersicherung des Auftraggebers führen. Da der Auftraggeber die Vertragserfüllungssicherheit in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall erst zurückgeben musste, wenn der Auftragnehmer die Schlusszahlung akzeptiert hatte, bestand die Gefahr, dass der Auftraggeber die Vertragserfüllungssicherheit bei Streit über den Werklohn unter Umständen über Jahre behalten konnte. Da er parallel einen Einbehalt in Höhe von 5 % für Mängelansprüche vornehmen durfte, standen ihm für Mängelansprüche und Überzahlungen Sicherheiten in Höhe von 10 % der Vertragssumme zur Verfügung. Dadurch werde der Auftragnehmer unangemessen benachteiligt, die Sicherungsabreden seien deshalb insgesamt unwirksam.

### 2. Verbot der Aufrechnung gegen den Honoraranspruch eines Architekten ist in AGB unwirksam

Auftraggeber von Planungsleistungen nutzen häufig die Vorleistungspflicht des Architekten oder Ingenieurs, ihnen im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben entstandene Mehrkosten bei der Schlussrech-

nung des Planers (berechtigt oder unberechtigt) in Abzug zu bringen. Hierauf wurde in von Architekten oder Ingenieuren verwendeten Vertragsmustern häufig mit der Vereinbarung eines Aufrechnungsverbot reagiert, demzufolge eine Aufrechnung gegen den Honoraranspruch nur mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung zulässig ist.

Mit Urteil vom 07.04.2011 hat der Bundesgerichtshof diese Praxis erheblich eingeschränkt. Bei Verwendung einer solchen Klausel durch einen Architekten oder Ingenieur werde der Auftraggeber von Planungsleistungen unangemessen benachteiligt, da ihm die Aufrechnung mit dem Architekten- und Ingenieurwerk betreffenden Mängelbeseitigungs- oder Fertigstellungsmehrkosten versagt werde. Der Bundesgerichtshof begründet dies ferner mit dem Argument, dass der Auftraggeber durch das Verbot der Aufrechnung gezwungen würde, eine mangelhafte oder unfertige Leistung in vollem Umfang zu vergüten, obwohl ihm Gegenansprüche in Gestalt von Mängelbeseitigungs- oder Fertigstellungsmehrkosten zustehen. Hierdurch würde in das durch den Vertrag geschaffene Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung in für den Auftraggeber unzumutbarer Weise eingegriffen.

Nicht entschieden hat der Bundesgerichtshof die Frage, ob ein Verbot der Aufrechnung gegen den Honoraranspruch mit Ansprüchen zulässig ist, die nicht Fertigstellungsmehrkosten oder Mängelbeseitigungskosten des Architektenwerks zum Gegenstand haben. Die Begründung des Bundesgerichtshofs lässt jedoch darauf schließen, dass zumindest dies weiterhin möglich ist. Insbesondere Auftragnehmern von Planungsleistungen aber auch Bauleistungen ist daher dringend anzuraten, die von ihnen verwendeten Vertragsmuster auf die für unwirksam erklärte Klausel hin

zu überprüfen und diese durch eine der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entsprechende Alternative zu ersetzen.

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

## Familienrecht

### Bundesverfassungsgericht zur Dreiteilungsmethode

Bisher hat der Bundesgerichtshof bei einer Wiederverheiratung des Unterhaltspflichtigen oder bei Entstehen einer Unterhaltspflicht gegenüber einer nicht verheirateten Mutter eine Dreiteilung des verfügbaren Einkommens des Unterhaltspflichtigen vorgenommen. Die zweite Ehefrau stand damit gleichberechtigt neben der geschiedenen. Das Bundesverfassungsgericht sieht diesen Ansatz als unvereinbar mit der Verpflichtung zur nahehelichen Solidarität an und hebt hervor, dass die Unterhaltspflicht aus der geschiedenen Ehe die zweite Ehe von vornherein prägt. Bei der Berechnung des ehegemessenen Bedarfs der geschiedenen Ehefrau soll deshalb der Unterhaltsanspruch der zweiten Ehefrau keine Rolle spielen dürfen. Erst wenn die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners nicht ausreicht, um alle Unterhaltsansprüche unter Wahrung seines Selbstbehalts zu bedienen, dürfen Rangverhältnisse berücksichtigt werden, also etwa die minderjährige Kinder unter drei Jahren betreuende Ehefrau besser gestellt wird als die Unterhaltsberechtigten, die noch einen Anspruch auf Aufstockungsunterhalt neben einer eigenen Erwerbstätigkeit hat. Die kontrovers diskutierte Entscheidung steht zwar künftig der pragmatischen und häufig auch interessengerechten Dreiteilungsmethode entgegen, korrigiert aber zu Recht den Ansatz, das Hinzutreten weiterer

Unterhaltsansprüche nach der Scheidung sei als in der geschiedenen Ehe angelegt anzusehen.

*Dr. Barbara Ackermann-Sprenger,  
Stuttgart*

## Handels- und Gesellschaftsrecht

### 1. Managerhaftung – Anforderungen an den Entlastungsbeweis bei unternehmerischen Entscheidungen

Mit Urteil vom 22.02.2011 befasste sich der Bundesgerichtshof mit Fragen der Haftung des Vorstandsmitglieds einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft. Das Vorstandsmitglied war wegen Schäden im Zusammenhang mit der Erweiterung einer Niederlassung auf Schadenersatz in Anspruch genommen worden. Auf der Grundlage von Umsatz- und Ertragsprognosen hatte der Vorstand die Bürofläche erweitert und die Anzahl der Mitarbeiter deutlich erhöht. Nach Anmietung der Bürofläche und Aufstockung des Personals zeigte sich, dass die Umsatzprognosen nicht erreichbar waren. Das Oberlandesgericht verurteilte das Vorstandsmitglied zum Schadenersatz, da der nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG erforderliche Entlastungsbeweis nicht geführt worden sei. Der Bundesgerichtshof korrigierte die Entscheidung. Danach ist eine von dem Vorstand einer Aktiengesellschaft getroffene unternehmerische Entscheidung nicht allein deshalb pflichtwidrig, weil der angestrebte Erfolg nicht erreicht wird. Das beklagte Vorstandsmitglied sei von seiner Haftung befreit, wenn es vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Der Bundesgerichtshof hielt fest, dass die praktischen Anforderungen für den Entlastungsbeweis bei unternehmerischen Entscheidungen nicht überspannt werden dürfen und sich

das Gericht nicht ohne weiteres zum Unternehmensleiter erklären darf. Im Zweifelsfall müsse das Gericht einen Sachverständigen anhören, wenn es nicht darlegen könne, dass es über eigene spezifische Sachkunde auf dem Gebiet der getroffenen unternehmerischen Entscheidung – im entschiedenen Fall ging es um Fragen der Unternehmensplanung – verfüge. Nachdem der in Anspruch genommene Manager im Streitfall den Entlastungsbeweis führen muss, ist die sorgfältige Dokumentation seiner Entscheidungsgrundlagen von größter Bedeutung. Auf die Geschäftsführer einer GmbH findet die Regelung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG entsprechende Anwendung.

### 2. Positives Rating als geeigneter Nachweis für Vollwertigkeit eines Rückzahlungsanspruchs

Bei der Neugründung einer GmbH müssen von den Gesellschaftern die Stammeinlagen geleistet werden. Diese Einlagen müssen zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen. Hieran fehlt es, wenn vorab die Rückzahlung der Einlagen an die Gesellschafter etwa aufgrund eines Darlehensvertrags vereinbart wird. Gleichwohl lässt § 19 Abs. 5 GmbHG eine solche Rückzahlung zu, wenn ein vollwertiger und jederzeit fälliger Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft gegen die betroffenen Gesellschafter besteht und die Rückzahlung dem Handelsregister gegenüber offen gelegt wird. Das Oberlandesgericht München hat mit Beschluss vom 17.02.2011 nun zum ersten entschieden, dass das Handelsregister grundsätzlich das Recht hat, Nachweise für die Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs zu verlangen. Darüber hinaus hat das Oberlandesgericht München im Falle einer börsennotierten Aktiengesellschaft als Rückzahlungsschuldnerin eine positive Bewertung durch eine international anerkannte Ratingagentur als geeigneten Bonitätsnachweis zugelassen.

### 3. Keine Haftung des Geschäftsführers bei Zahlung von Umsatz- und Lohnsteuern sowie Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung nach Insolvenzureife

Geschäftsführer einer GmbH haften gemäß § 64 Satz 1 GmbHG persönlich für solche Zahlungen der Gesellschaft, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Hiervon ausgenommen sind lediglich solche Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind. Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 25.01.2011 erklärt, dass die Zahlung von fälliger Umsatzsteuer und Lohnsteuer sowie von Sozialversicherungsbeiträgen nach Insolvenzureife mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar ist. Grund hierfür sei die Pflichtenkollision, in der sich der Geschäftsführer befinde: Einerseits begehe er eine mit Geldbuße bedrohte Ordnungswidrigkeit, wenn er die Steuern nicht zahle und hafte aufgrund steuerlicher Vorschriften persönlich. Andererseits verstoße er gegen das insolvenzrechtliche Zahlungsverbot. Unbedeutend sei, ob die Fälligkeit der Steuern vor oder nach Insolvenzureife eingetreten sei.

Bei der Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen müsse zwischen den Arbeitgeber- und den Arbeitnehmeranteilen unterschieden werden. Die Zahlung der Arbeitnehmeranteile nach Insolvenzureife sei zulässig, so dass der Geschäftsführer nicht hafte. Die Zahlung der Arbeitgeberbeiträge sei hingegen nicht zulässig, hierfür hafte der Geschäftsführer gemäß § 64 Satz 1 GmbHG persönlich. Hintergrund für diese Differenzierung ist, dass sich die in § 266 a StGB geregelte Strafbarkeit des Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen nur auf die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung bezieht. Die genannten Grundsätze gelten jedoch nur bis zum Zeitpunkt des Eintritts der In-

solvenzantragspflicht, also bis zum Ablauf der maximal dreiwöchigen Sanierungsfrist.

*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

### Nebenkostennachforderung des Vermieters als Insolvenzforderung

In einem Urteil vom 13.04.2011 hat der Bundesgerichtshof über die Frage entschieden, ob sich der Nebenkostennachforderungsanspruch des Vermieters von Wohnraum gegen den insolventen Mieter persönlich oder gegen die Insolvenzmasse richtet, wenn die Betriebskostenabrechnung für einen Zeitraum vor Insolvenzeröffnung erst nach Insolvenzeröffnung erteilt wird. Grundlage dieser Rechtsfrage ist § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO. Dort ist geregelt, dass der Insolvenzverwalter eines Mieters von Wohnraum die Wohnung nicht kündigen kann (Schutz des Mieters). Stattdessen kann er erklären, dass Ansprüche wegen des Mietverhältnisses nicht im Insolvenzverfahren, d.h. gegen seine Insolvenzmasse, geltend gemacht werden können. Solche Ansprüche kann der Vermieter unmittelbar gegen den Mieter geltend machen. Da der Nebenkostenanspruch im vorliegenden Fall erst mit Rechnungserteilung fällig wurde, liegen die Voraussetzungen des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO nach seinem Wortlaut vor. Der Bundesgerichtshof lehnt dessen Anwendung dennoch ab, da die Nebenkostenforderungen aus einem Zeitraum vor Insolvenzeröffnung herrühren und damit als Insolvenzforderungen zu behandeln seien. Die Erklärung des Insolvenzverwalters nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO könne die grundsätzliche Wer-

tung der Insolvenzordnung, dass alle Ansprüche, die aus einer Zeit vor Eröffnung des Verfahrens herrühren, nur noch zur Insolvenztabelle angemeldet werden können, nicht aufheben.

*Dr. Christian Wittmann, Stuttgart*

## IT- und Telekommunikationsrecht

### Neue Privacy-Richtlinie der EU in Kraft – Änderungen bei automatisierter Direktwerbung und der Verwendung von Cookies

Die am 05.05.2009 erlassene EU-Richtlinie 2009/136/EG (E-Privacy-Richtlinie) musste bis zum 25. Mai dieses Jahres in nationales Recht umgesetzt werden, was dem deutschen Gesetzgeber nicht gelungen ist. Gerichte sind deshalb seit dem 26.05.2011 unmittelbar an die Zielvorgaben der Richtlinie gebunden. Daher ergeben sich neue Anforderungen für den Datenschutz, hierbei insbesondere für den Einsatz von Browser-Cookies.

So ist das erklärte Ziel der Richtlinie, Nutzern nicht nur eine klare und verständliche Information bereitzustellen, wenn diese eine Tätigkeit ausführen, die zu einer Speicherung von Daten oder einen Zugriff auf Daten führen könnte, sondern auch den Zugriff auf Nutzerdaten mittels Cookies grundsätzlich davon abhängig zu machen, dass der Nutzer in diese Verarbeitung eingewilligt hat. Ebenfalls soll gesetzlich festgeschrieben werden, dass die Verwendung von automatischen Anruf- und Kommunikationssystemen, Faxgeräten oder E-Mail für die Zwecke der Direktwerbung nur bei vorheriger Einwilligung der Betroffenen gestattet wird.

Die praktische Umsetzung der Erlangung der Einwilligung dürfte

sich – insbesondere im Hinblick auf Cookies – sehr schwierig gestalten. Im Hinblick darauf, dass bei datenschutzrechtlichen Verstößen erhebliche Bußgelder drohen können, kann den Betreibern von Internetseiten nur empfohlen werden, die Verwendung von Cookies zu überprüfen. Ebenso ist die Verwendung von Datensätzen zur automatisierten Direktwerbung genau zu prüfen.

*Dr. Thomas Weimann, Daniel Nagel,  
Stuttgart*

## Kartellrecht

### Kartellschadenersatz – Flächenbrand durch Feuerwehren?

Selten wurde ein Kartell und dessen Folgen so zahlreich und so nachhaltig in der Presse besprochen wie das Feuerwehrfahrzeugkartell im Frühjahr 2011. Die Mitglieder des Kartells, vier Hersteller von Feuerwehrlöschfahrzeugen, sollen seit 2001 Verkaufsquoten vereinbart und diese mit Hilfe eines Wirtschaftsprüfers bei regelmäßigen Treffen nachgehalten haben. Außerdem sollen sie die kommunalen Ausschreibungen von Feuerwehrfahrzeugen untereinander aufgeteilt haben. Das Bundeskartellamt verhängte gegen drei Hersteller Bußgelder in Höhe von insgesamt 20,5 Millionen Euro. Die große öffentliche Aufmerksamkeit, die dieses Kartell erfahren hat, dürfte darauf zurückzuführen sein, dass vor allem die Kommunen – und damit letztlich die Steuerzahler – „Opfer“ des Kartells waren. Sie mussten befürchten, überteuerte Feuerwehrfahrzeuge gekauft zu haben.

Vielleicht auch aufgrund des öffentlichen Drucks gab es seither rege Bemühungen auf Seiten der Nachfrager von Feuerwehrfahrzeugen, um den durch überhöhte Preise entstandenen Schaden ersetzt zu erhalten.

Die rechtlichen Voraussetzungen dafür sind dank einer Änderung des § 33 GWB vor einigen Jahren sowie dank der jüngeren Entwicklungen des Europäischen Rechts nicht schlecht.

Mit der Neufassung des § 33 GWB wurde insbesondere klargestellt, dass die Kunden eines Kartelltäters grundsätzlich Anspruchsberechtigte sein können. Vorteilhaft für die Geschädigten wirkt sich zudem aus, dass die zuständigen Zivilgerichte an die rechtskräftige Feststellung eines Kartellverstoßes durch eine Kartellbehörde gebunden sind. Gerichte brauchen deshalb die Frage, ob es zu einem Kartellverstoß gekommen ist, nicht mehr zu prüfen. Darüber hinaus wird die Position des Geschädigten dadurch gestärkt, dass die Verjährung des Anspruchs für die Dauer des behördlichen Verfahrens gehemmt ist. Eingeschränkt wurde auch die so genannte „passing-on-defence“, d.h. die Verteidigung des Kartelltäters mit dem Argument, der Kunde habe keinen Schaden erlitten, weil er die Sache zu einem ebenfalls überhöhten Preis weiterverkauft habe.

Trotz dieser und anderer Verbesserungen bereitet in der Praxis weiterhin die Berechnung der Schadenshöhe große Schwierigkeiten. Zwar hat auch hier das Gesetz versucht, Abhilfe zu schaffen, indem etwa der vom Kartellant erlangte Gewinn als Schätzungsmaßstab herangezogen werden kann. Auch die Rechtsprechung hat Erleichterungen anerkannt und geht in bestimmten Konstellationen davon aus, dass zumindest eine widerlegbare Vermutung dafür anzunehmen ist, dass überhaupt ein Schaden entstanden ist. Die Bestimmung der genauen Schadenshöhe setzt jedoch die Ermittlung des so genannten hypothetischen Marktpreises voraus, also desjenigen Marktpreises, der ohne das Kartell bestanden hätte. Der Schaden ergibt sich dann aus der Differenz zum tatsächlich gezahl-

ten Preis. Trotz aller Möglichkeiten, die Höhe des Schadens zu schätzen, werden Parteien und Gerichte häufig auf ökonomische Sachverständigengutachten zurückgreifen. Die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt haben versucht, diese Schwierigkeiten zu verringern. So wurden Leitlinien und Studien erstellt, die den Parteien und Gerichten Hilfestellungen bei der Quantifizierung des Schadens und der Erstellung von ökonomischen Gutachten geben sollen. Die Unsicherheiten für alle Beteiligten bleiben jedoch erheblich.

Das Feuerwehrlöschfahrzeugkartell ist schließlich ein interessantes Beispiel für eine Reihe prozessualer Fragen, die sich im Zusammenhang mit Kartellschadenersatzansprüchen stellen. Insbesondere zeigt sich auch hier, dass die potentiell Geschädigten meist sehr zahlreich sind und dass jeder Einzelne nur einen sehr geringen Schaden erlitten hat. Für jeden Geschädigten stellt sich deshalb die Frage, ob er den Schaden alleine oder besser gesammelt mit anderen Geschädigten geltend machen soll. Da das deutsche Recht weniger als andere Rechtsordnungen auf die kollektive Schadensgeltendmachung ausgerichtet ist, stellt sich die Frage, inwiefern die Instrumente des deutschen Zivilprozessrechts für eine Bündelung der Ansprüche nutzbar gemacht werden können oder ob am Ende eine separate Geltendmachung der erfolgversprechendere Weg ist. Zwar versucht die Europäische Kommission seit Jahren, eine Verbesserung kollektiver Instrumente zur Geltendmachung von Kartellschäden bei den Mitgliedsstaaten anzumahnen. Bisher hat sich insbesondere der deutsche Gesetzgeber jedoch geweiigert, systemfremde Instrumente wie „class actions“ aufzunehmen. Die Kunden von Feuerwehrraifahrzeugen haben dies teilweise dadurch gelöst, dass sie sich über ihre Kommunalverbände (z.B. Städte- und Gemeindetage) gebündelt an ihre Lieferanten gewandt haben.

Obwohl § 33 GWB bereits seit einigen Jahren in Kraft ist, sind viele Fragen im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Kartellschadenersatzansprüchen bisher selten Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen gewesen. Die Vielzahl an Aktivitäten der Käufer von Feuerwehrlöschfahrzeugen spricht aber dafür, dass sich dies in den nächsten Jahren ändern könnte. Ob die Gerichte – ganz im Sinne des Gesetzgebers und der Kartellbehörden – die Geltendmachung von Kartellschäden erleichtern werden, wird sich dann zeigen. Möglicherweise werden die Feuerwehren so im Bereich des Kartellschadenersatzes für einen Flächenbrand sorgen.

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

## Markenrecht

### Beschreibende Verwendung geschützter Marken

Das Markengesetz gestattet es, geschützte Marken Dritter zur Beschreibung des eigenen Waren- und Dienstleistungsangebotes zu verwenden. Wer beispielsweise Ersatz- oder Zubehörteile für Kraftfahrzeuge bestimmter Hersteller anbietet, darf zur Beschreibung dieser Kompatibilität die geschützte Herstellerbezeichnung in der Werbung verwenden. Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 14.04.2011 dieses Recht spürbar zugunsten des Markeninhabers beschränkt. Davon ausgehend, dass sich die Markenbenutzung durch Dritte im Rahmen des unbedingt Erforderlichen zu halten hat, hat er entschieden, dass sich das Recht auf die Verwendung von Wortmarken beschränkt, also nicht die Verwendung von Herstellerlogos umfasst. Im konkreten Fall ging es um die Verwendung des VW-Logos, die einer Kraftfahrzeugwerkstatt untersagt wurde. Diese müsse sich auf

die Verwendung des Wortes „Volkswagen“ beschränken, um auf ihre Spezialisierung hinzuweisen. Die Verwendung des bekannten VW-Logos sei nicht erforderlich und verletze daher die Rechte des Markeninhabers.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs hat insbesondere für den Ersatzteil- und Zubehörmarkt weitreichende Konsequenzen.

*Thomas Janssen, Dr. Mark Wiume,  
Dr. Heiko Vogler, Stuttgart*

## Medizinrecht

### 1. Verweisung von Patienten an andere Leistungsträger

Der Bundesgerichtshof hat sich in zwei kürzlich ergangenen Entscheidungen mit der Rechtmäßigkeit von Verweisungen von Patienten durch Ärzte an andere Leistungserbringer beschäftigt. Dabei wurden die Voraussetzungen für den verkürzten Versorgungsweg präzisiert.

Im ersten Fall hatte ein Unternehmen Ärzten ein System zur computerunterstützten Versorgung mit Brillen angeboten. Dazu bekamen die Arztpraxen Mustergestelle zur Verfügung gestellt und konnten an einem Computersystem die individuelle Brillenanpassung vorbereiten. Wenn Patienten bei dem Augenarzt eine Brille bei dem werbenden Unternehmen bestellten, sollte der Arzt eine Vergütung für seine Tätigkeit bei der Anpassung der Brille erhalten. Der Bundesgerichtshof sah es als wettbewerbswidriges Verhalten an, wenn durch finanzielle Vorteile darauf hingewirkt wird, dass Ärzte entgegen ihren Pflichten aus dem Behandlungsvertrag und dem Berufsrecht nicht allein anhand des Patienteninteresses entscheiden, ob sie die Patienten an bestimmte Anbieter gesundheitlicher Leistungen weiter verweisen.

In einer weiteren Entscheidung hatte der Bundesgerichtshof eine Konstellation zu beurteilen, bei der ein HNO-Arzt seinen Patienten empfahl, sich an eine bestimmte Filiale einer Aktiengesellschaft zur Versorgung mit einem Hörgerät zu wenden, wobei der Arzt die Ohrabdrücke in der Praxis abnahm. Auch diese Konstruktion ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofs rechtswidrig, weil der Arzt gegen die Berufsordnung verstößt, wenn er von sich aus Empfehlungen für bestimmte Leistungserbringer gegenüber Patienten ausspricht. Selbst im Falle einer ausdrücklichen Nachfrage von Seiten der Patienten sei der Arzt nur bei Vorliegen eines hinreichenden Grundes im Einzelfalle berechtigt, an einen bestimmten Leistungserbringer zu verweisen. Eine langjährige vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen dem Arzt und dem Hörgeräteakustiker oder die hohe fachliche Kompetenz des Hörgeräteakustikers reichen dafür noch nicht aus. Die Abnahme des Ohrabdruckes im Rahmen des verkürzten Versicherungswegs durch den Arzt, der allein eine gründliche Reinigung des Gehörganges durchführen könne, stellt ebenfalls keinen hinreichenden Grund dar, weil der Arzt nach Durchführung einer Ohrreinigung dem Patienten die Auswahl eines Hörgeräteakustikers überlassen kann, wo dann ein Ohrabdruck abgenommen wird.

Der Bundesgerichtshof betont, dass es dem Arzt zudem verboten ist, einen Vorteil dafür entgegenzunehmen, dass er einen Patienten an bestimmte Leistungserbringer verweist. Der Bundesgerichtshof hatte es in einer früheren Entscheidung akzeptiert, dass sich der Arzt im Rahmen des verkürzten Versorgungsweges ein angemessenes Entgelt für seine ärztlichen Leistungen zahlen lässt. Diese Rechtsprechung gibt der Bundesgerichtshof nicht ausdrücklich auf; nachdem der Arzt aber nicht über den verkürzten Versorgungsweg Patienten von sich aus informie-

ren darf, ist der praktische Anwendungsbereich deutlich eingeschränkt worden. In der Entscheidung wird angedeutet, dass auch Vergütungen für gesellschaftsrechtliche Beteiligungen einen Vorteil darstellen können, wenn der Arzt durch sein Überweisungsverhalten auf den Gewinnanteil Einfluss nehmen kann. Insofern bleiben allerdings die Abgrenzungskriterien unklar.

Ein anderer Senat des Bundesgerichtshofs hat erkennen lassen, dass er Vertragsärzte als Amtsträger bzw. Beauftragte der gesetzlichen Kassen ansieht, die sich dann der Vorteilsannahme bzw. Bestechlichkeit strafbar machen können, wenn sie sich von Anbietern Zahlungen oder sonstige Vorteile für die Verordnung von Produkten dieser Firmen versprechen lassen („Pharmamarketing“). Hierzu wird demnächst eine Entscheidung des Großen Senats des Bundesgerichtshofs ergehen, aktuell kann in dieser Hinsicht nur zu großer Zurückhaltung geraten werden.

## 2. Degressionsgrenzen bei Kieferorthopäden

Das Bundessozialgericht hat sich zum wiederholten Male mit der Problematik der Degressionsgrenzen bei Kieferorthopäden beschäftigt. Der Gesetzgeber hat 2003 im SGB V für alle Vertragszahnärzte einheitlich geltende Degressionsstufen eingeführt. Ab dem 01.01.2004 waren den Kieferorthopäden niedrigere Degressionsstufen zugewiesen als den Vertragszahnärzten. Auf eine Klage eines Kieferorthopäden hat das Bundessozialgericht festgestellt, dass diese Regelung im SGB V rechtmäßig war, nach Einschätzung der Richter lag kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vor. Der Gesetzgeber habe veränderte Bewertungsrelationen im BEMA-Z nachvollzogen und bei der Einführung von Degressionsstufen auch legitime Ziele des Gemeinwohls verfolgt.

Inzwischen hat der Gesetzgeber zum 01.01.2005 die Regelung dahin geändert, dass die Degressionsgrenzen für die Vertragszahnärzte niedriger als für die Kieferorthopäden angesetzt werden. Damit will der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung tragen, dass die Zahnersatzleistungen auf befundbezogene Festzuschüsse umgestellt worden sind und nunmehr im Wesentlichen außerhalb der Gesamtvergütung honoriert werden. Das Bundessozialgericht macht in seiner Entscheidung bereits deutlich, dass es auch diese gesetzgeberische Vorgabe für verfassungsgemäß hält.

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

## Mietrecht

### 1. Dauerbrenner Schönheitsreparaturen

Immer wieder ist darauf hinzuweisen, dass bei der Formulierung von Schönheitsreparaturklauseln größte Sorgfalt anzuwenden ist. Dies gilt nicht nur im Bereich des Wohnraummietrechts, sondern auch bei Gewerberaummietverträgen wie z.B. Gaststättenpachtverträgen. Nach einem Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 09.12.2010 ist eine formularmäßige Klausel unwirksam, wenn sie den Mieter verpflichtet, Schönheitsreparaturen laufend auf eigene Kosten „fachgerecht durchführen zu lassen“. Das Gericht überträgt die für den Bereich des Wohnraummietrechts ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf den gewerblichen Bereich, wonach dem Mieter bei der Durchführung ihm übertragener Schönheitsreparaturen die Möglichkeit eingeräumt bleiben müsse, diese in Eigenleistung auszuführen. Auch der gewerbliche Mieter schulde grundsätzlich nur eine fachgerechte Ausführung mittlerer

Art und Güte. Diese könne er ohne Weiteres ohne Beauftragung eines Fachbetriebes in Eigenleistung erbringen. Bei der Formulierung von Schönheitsreparaturklauseln muss daher darauf geachtet werden, dass dem Mieter immer auch das Recht verbleibt, die Schönheitsreparaturen selbst auszuführen.

### 2. Keine Eigenbedarfskündigung für Kommanditisten

In einem Urteil vom 15.12.2010 hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass bei der Vermietung einer Wohnung durch eine GmbH & Co. KG eine Kündigung wegen Eigenbedarfs eines ihrer Gesellschafter nicht möglich ist. Anders als bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, welche grundsätzlich wegen Eigenbedarfs eines ihrer Gesellschafter kündigen kann, setze die Gründung einer KG oder einer OHG regelmäßig eine umfangreiche organisatorische und rechtsgeschäftliche Tätigkeit bis hin zur Eintragung in das Handelsregister voraus. Die Vermietung durch eine Personenhandelsgesellschaft erfolge in der Regel nicht „zufällig“, sondern beruhe auf einer bewussten Entscheidung aufgrund wirtschaftlicher oder steuerlicher Überlegungen. Damit sei die Interessenlage bei der Vermietung durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit derjenigen bei der Vermietung durch eine Personenhandelsgesellschaft nicht vergleichbar. Eine Eigenbedarfskündigung komme daher bei Personenhandelsgesellschaften nicht in Betracht. Hinzuweisen ist aber auf den so genannten Betriebsbedarf, den auch eine KG als berechtigtes Interesse geltend machen kann, wenn sie den Wohnraum einem Betriebsangehörigen zur Verfügung stellen muss. Bei dem persönlichen Nutzungswunsch eines Kommanditisten der vermietenden KG handelt es sich jedoch nicht um einen Fall des Betriebsbedarfs.

*Verena Gahn, Stuttgart*

## Vergaberecht

**Sind Nebenangebote zulässig, falls der Preis einziges Wertungskriterium ist?**

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat u.a. in einem Beschluss vom 07.01.2010 unter Hinweis auf die Systematik der Vergabekoordinierungs- und der Sektorenrichtlinie entschieden, dass Nebenangebote nicht gewertet werden dürfen, falls der Preis einziges Wertungskriterium sei; die Richtlinien ließen Nebenangebote nur zu, falls der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt werden solle, also neben dem Preis weitere Wertungskriterien vorgegeben würden (siehe Newsletter 4/2010). Dem ist das Oberlandesgericht Schleswig in einem Beschluss vom 15.04.2011 ausdrücklich entgegengetreten. Nach Ansicht des Oberlandesgerichts Schleswig umfasst der Begriff des „wirtschaftlichsten Angebots“ als Oberbegriff auch Angebote in Vergabeverfahren, in denen der Preis einziges Wertungskriterium ist. Da das Oberlandesgericht Schleswig das Vergabeverfahren aus anderen Gründen in das Stadium vor Angebotsabgabe zurückversetzt hat, musste es die Frage zur Wertung der Nebenangebote nicht dem Bundesgerichtshof vorlegen. Deshalb sehen sich Vergabestellen und Bieter nun zwei sich widersprechenden oberlandesgerichtlichen Entscheidungen gegenüber. Bis zu einer abschließenden Klärung der Streitfrage durch den Bundesgerichtshof sollten Vergabestellen, die Nebenangebote zulassen wollen, den Preis nicht zum einzigen Wertungskriterium machen, da offen ist, ob sich die Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts Schleswig durchsetzen wird.

*Dr. Lars Knickenberg, Stuttgart*

## Versicherungsrecht

**Ratenzahlungszuschläge und „Kick-back-Rechtsprechung“**

Zwei Rechtsfragen im Zusammenhang mit Versicherungsverträgen beschäftigen derzeit die Gerichte. Zum einen steht die Wirksamkeit von Klauseln in Versicherungsbedingungen zu Ratenzahlungszuschlägen bei monatlicher Zahlung von Versicherungsbeiträgen im Streit und zum anderen wird die Übertragung der aus dem Bankrecht stammenden so genannten „Kick-back-Rechtsprechung“ auf Versicherungsverträge gefordert.

Die erstgenannte Auseinandersetzung betrifft die Praxis der Versicherer, bei monatlicher Zahlung von Versicherungsbeiträgen Zuschläge zu verlangen, die bei jährlichen Beitragszahlung nicht erhoben werden. Die Zuschläge sind unstreitig durch den Zinsverlust und den höheren Verwaltungsaufwand bei monatlicher Zahlung gerechtfertigt. Umstritten ist jedoch, welche Angaben zur Höhe der Zuschläge die Versicherer in ihren Versicherungsbedingungen machen müssen. Nach Auffassung von Verbraucherschützern sollen die Versicherer verpflichtet sein, den effektiven Jahreszins der Zuschläge anzugeben, was bislang kein Versicherer praktiziert hat. Sollte sich diese Auffassung durchsetzen, hätte dies weitreichende Folgen für viele Millionen Versicherungsverträge. Die Rechtsprechung könnte dazu führen, dass die Versicherer die Zuschläge herabsetzen müssen oder möglicherweise gar keine Ratenzahlungszuschläge mehr erheben dürfen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass in diesem Fall die Versicherungsnehmer sogar berechtigt wären, Versicherungsverträge von Beginn an zu widerrufen.

Die „Kick-back-Rechtsprechung“ befasst sich in erster Linie mit der Frage, in welchen Fällen Banken und andere Finanzdienstleister

verpflichtet sind, gegenüber ihren Kunden offen zu legen, dass sie Provisionen für die Vermittlung von Finanzprodukten erhalten. Teilweise wird gefordert, diese Rechtsprechung auch auf die Vermittlung von Versicherungsverträgen anzuwenden, insbesondere auf fondsgebundene Lebens- und Rentenversicherungen. Dies würde dazu führen, dass die Versicherungsnehmer in bestimmten Fällen die Rückabwicklung ihres Versicherungsvertrages verlangen könnten, wenn über die Provisionen nicht aufgeklärt wurde.

Die Oberlandesgerichte Köln und Stuttgart haben sich bezüglich beider Rechtsfragen bereits festgelegt und zugunsten der Versicherer entschieden. In mehreren Entscheidungen, u.a. vom 29.10.2010 und 23.12.2010, vertreten sie die Auffassung, dass der effektive Jahreszins der Ratenzahlungszuschläge nicht angegeben werden muss und die „Kick-back-Rechtsprechung“ auf Versicherungsverträge nicht übertragbar ist. Ebenso hat auch die Mehrzahl der Amts- und Landgerichte entschieden. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs steht noch aus.

*Dr. Volker Nill, Stuttgart*

### Impressum

BRP Renaud & Partner

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

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

verantwortlicher Redakteur  
Dr. Lars Knickenberg  
Königstraße 28  
70173 Stuttgart

info@brp.de  
www.brp.de

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

Stand: 8. Juni 2011