

# Newsletter

3 / 2 0 1 1

mit Beiträgen zu:

Arbeitsrecht

Bau-, Architekten- und Ingenieurrecht

Erbrecht

Gewerblicher Rechtsschutz

Handels- und Gesellschaftsrecht

IT- und Telekommunikationsrecht

Medizinrecht

Vergaberecht

Versicherungsrecht

## BRP aktuell

Für unseren Standort Frankfurt konnten wir einen neuen Kollegen gewinnen: Herr Patrick Wagner, LL.M., ist seit Mitte September spezialisiert im Bereich Bank- und Kapitalmarktrecht tätig.

Für unseren Standort Stuttgart konnten wir zwei weitere Kollegen gewinnen: Ab Oktober wird Frau Annika Jäger spezialisiert im Bereich Familien- und Erbrecht tätig sein sowie Herr Dr. Ulrich Mair als Patentanwalt.



BRP Renaud & Partner  
Rechtsanwälte Notare  
Patentanwälte

## Arbeitsrecht

### 1. Fristlose Kündigung bei vorsätzlichem und systematischem Arbeitszeitbetrug

Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 09.06.2011 entschieden, dass bei vorsätzlichem und systematischem Arbeitszeitbetrug eine fristlose Kündigung gerechtfertigt sein kann. Bei der beklagten Arbeitgeberin besteht eine Dienstvereinbarung über die gleitende Arbeitszeit, nach der von jedem Mitarbeiter Beginn und Ende der Anwesenheitszeit minutengenau zu dokumentieren sind und ein Verstoß zu arbeitsrechtlichen Folgen führt. Eine Arbeitnehmerin hatte an mindestens sieben aufeinanderfolgenden Tagen vorsätzlich und systematisch die Arbeitszeit jeweils um mindestens 13 Minuten falsch angegeben; deswegen kündigte die Arbeitgeberin fristlos. Das Bundesarbeitsgericht hielt diese Kündigung für wirksam. Eine vorherige Abmahnung war nicht erforderlich, da offensichtlich war, dass die Arbeitgeberin einen solchen Verstoß nicht hinnehmen würde. Auch die Interessenabwägung ging zu Lasten der klagenden Arbeitnehmerin aus, obwohl sie eine Beschäftigungszeit von über 17 Jahren aufwies sowie unterhaltspflichtig war.

Fazit: Bei von den Mitarbeitern zu dokumentierenden (Gleit-) Arbeitszeiten und vorherigem Hinweis auf arbeitsrechtliche Folgen bei Manipulationen ist bei vorsätzlichen und systematischen Falschangaben in Bezug auf die Arbeitszeit eine fristlose Kündigung wirksam.

### 2. Kenntnis des Arbeitnehmers von der Kündigungsberechtigung des Kündigenden

Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 14.04.2011 die Frage verneint, ob es ausreicht, wenn dem Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag nicht die zur Kündigung berechtigte Person, sondern lediglich die Position mitgeteilt wird, mit der die Berechtigung zur Kündigung verbunden ist. Insoweit regelte der zwischen den Parteien geschlossene Arbeitsvertrag, dass eine Kündigung auch durch den „Objektleiter/Niederlassungsleiter“ ausgesprochen werden könne. Der Niederlassungsleiter kündigte gegenüber der klagenden Arbeitnehmerin, ohne eine auf ihn lautende Vollmachtsurkunde vorzulegen. Das Bundesarbeitsgericht hielt die Kündigung für unwirksam. Der Arbeitgeber müsse dem Arbeitnehmer im Vertrag oder während des Arbeitsverhältnisses einen Weg aufzeigen, wie dieser jederzeit leicht

erfahren kann, welche Person die Position innehat, mit der nach dem Arbeitsvertrag das Kündigungsrecht verbunden ist. Dabei muss der aufgezeigte Weg dem Arbeitnehmer nach den konkreten Umständen des Arbeitsverhältnisses zumutbar und der Zugang zu der Information auch tatsächlich gewährleistet sein, etwa durch einen Aushang an der Arbeitsstelle, durch das dem Arbeitnehmer zugängliche Intranet oder durch die Möglichkeit der Auskunftseinholung bei einem jederzeit leicht erreichbaren Vorgesetzten. Nicht erforderlich ist, dass der Arbeitnehmer von der ihm aufgezeigten Möglichkeit zur Information vor Zugang der Kündigung auch tatsächlich Gebrauch gemacht hat.

Fazit: Bestehen Zweifel daran, dass der Arbeitnehmer die Kündigungsberechtigung der kündigenden Person kennt oder sich etwa durch Aushänge am schwarzen Brett oder über das ihm zugängliche Intranet hierüber informieren kann, sollte stets eine Originalvollmacht mit der Kündigung zugestellt werden.

### 3. Befristung von Urlaubsansprüchen auch nach langer Krankheit

Aufgrund einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 20.01.2009, nach der bei langer Krankheit Urlaubsansprüche auch nicht nach Ablauf des Übertragungszeitraumes erlöschen, muss der Arbeitgeber bei einer während oder sich unmittelbar an die Krankheit anschließenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit hohen Urlaubsabgeltungsansprüchen rechnen. Für den Fall, dass der Arbeitnehmer nach einer längeren Erkrankung in den Betrieb zurückkehrt, ist ihm der bis dahin entstandene Urlaubsanspruch zu gewähren. Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 09.08.2011 entschieden, dass der Urlaubsanspruch aber untergeht, wenn in dem Jahr, in dem der Arbeitnehmer in den Betrieb zurückkehrt,

der Urlaub nicht gewährt wird, obwohl dies möglich ist und kein Übertragungsgrund vorliegt.

### 4. Kein Betriebsübergang im Sinne von § 613 a BGB bei „Erwerb“ einer Kassenzulassung samt geringwertigem Praxisinventar

Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 22.06.2011 entschieden, dass der Kauf geringwertigen Praxisinventars zum Zweck des „Erwerbs“ einer Kassenzulassung nicht zu einem Betriebsübergang gemäß § 613 a BGB führt. Etwaige Arbeitsverhältnisse zwischen dem Veräußerer und seinen Mitarbeitern gehen also nicht auf den Erwerber über; die Kündigung der Arbeitsverhältnisse durch den Veräußerer ist nicht wegen § 613 a Abs. 4 BGB unwirksam. Die Patientenbetreuung durch den Arzt und die nicht ärztlichen Praxismitarbeiter stehen im Mittelpunkt der betrieblichen Tätigkeit. So ist die gesamte Organisation einer von einem Arzt allein betriebenen Praxis auf die Person des Arztes zugeschnitten, insbesondere auf dessen individuelle ärztliche Arbeitsweise. Hinzu kommt, dass Patienten eine Arztpraxis häufig deshalb aufsuchen, weil sie dem dort tätigen Arzt besonderes Vertrauen entgegenbringen oder dessen Sachkunde oder Fähigkeiten schätzen und weil sie sich von ihm und seinen Mitarbeitern gut betreut fühlen. Damit wird die Arbeit einer Arztpraxis in der Regel durch die dort tätigen Personen und nicht durch die vorhandenen Betriebsmittel geprägt. Ausnahmen von diesem Grundsatz können dann vorliegen, wenn eine Arztpraxis vor allem durch die vorhandenen medizinischen Geräte und weniger durch die dort tätigen Ärzte geprägt ist und die Praxis vor allem wegen der medizinischen Untersuchungs- bzw. Behandlungsgerätschaften aufgesucht wird (z.B. radiologische oder nuklearmedizinische Praxen).

Fazit: Bei „Übernahme“ einer Kassenzulassung durch Erwerb von Praxisinventar ist zu beachten, dass ein Betriebsübergang vorliegen kann. Das gilt vor allem bei Praxen, die von medizinischen Untersuchungs- bzw. Behandlungsgerätschaften geprägt sind und diese vom Nachfolger übernommen werden.

### 5. Unzulässige Altersdiskriminierung bei starrer Altersgrenze

Der Europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 13.09.2011 entschieden, dass das tarifvertragliche Verbot für Piloten nach Vollendung des 60. Lebensjahres ihrer Tätigkeit nachzugehen, gegen die Richtlinie 2000/78/EG verstößt und damit eine unzulässige berufliche Diskriminierung wegen des Alters darstellt. Die Entscheidung hat weitreichenden Einfluss auf Tarifverträge, die eine starre Altersbegrenzung vorsehen; eine solche Altersgrenze muss bei der Umsetzung der Richtlinie durch die Mitgliedsstaaten etwa wegen altersabhängiger körperlicher Fähigkeiten des Arbeitnehmers gerechtfertigt sein, die für die berufliche Tätigkeit wesentlich und entscheidend sind oder zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit notwendig sind.

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

## Bau-, Architekten- und Ingenieurrecht

### 1. Umfasst Schadenersatz für Baumängel auch die Umsatzsteuer?

Wird eine Sache beschädigt, beispielsweise ein Fahrzeug bei einem Verkehrsunfall, hat der Geschädigte gemäß § 249 BGB nur dann Anspruch auf die Umsatzsteuer, wenn der Schaden tatsächlich repariert

wurde und Umsatzsteuer hierzu aufgewandt wurde. Der Bundesgerichtshof und zuletzt auch das Oberlandesgericht Stuttgart hatten sich nun mit der Frage zu befassen, ob dies auch für Schadenersatzansprüche des Auftraggebers wegen einer mangelhaften Bauleistung gilt. Im Ergebnis bejahen der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 22.09.2010 und das Oberlandesgericht Stuttgart mit Urteil vom 09.03.2011 diese Frage und stellen fest, dass der Auftraggeber nur die Nettokosten geltend machen kann, wenn er sie vor Durchführung der Mangelbeseitigung einfordert oder auf eine Sanierung gar verzichtet. Nach Vornahme umsatzsteuerpflichtiger Sanierungsmaßnahmen kann der Auftraggeber dagegen auch die Erstattung der Umsatzsteuer verlangen, soweit er nicht vorsteuerabzugsberechtigt ist.

## 2. Verpflichtung zum Verzicht auf Einrede aus § 768 BGB: Formulärmäßige Sicherungsabreden unwirksam

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 28.07.2011 entschieden, dass der Auftraggeber eines Bauvertrages den Auftragnehmer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) nicht wirksam verpflichten kann, eine Bürgschaft für Mängelansprüche zu stellen, in der der Bürge auf die Einreden des § 768 BGB verzichtet. Gemäß § 768 BGB kann der Bürge die Einwendungen erheben, die auch der Auftragnehmer erheben könnte, beispielsweise die Einrede, dass der geltend gemachte Anspruch bereits erfüllt wurde. Der Bundesgerichtshof hat nun festgestellt, dass der Auftraggeber vom Auftragnehmer in AGB keine Bürgschaften verlangen darf, in denen dem Bürgen dieses Recht genommen wird. Fordert der Auftraggeber in einem Bauvertrag durch Formulklauseln gleichwohl eine unter Verzicht auf die Einreden des § 768 BGB ausgestellte Bürgschaft, führt dies zur Unwirksamkeit der gesamten Sicherungsabrede, so dass die Bürgschaft für den Auftrag-

geber wertlos ist. Die Entscheidung lässt sich auch auf Vertragserfüllungsbürgschaften übertragen.

## 3. Schadenersatz wegen unterlassenen Hinweis

In einem Urteil vom 19.05.2011 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass sich ein Auftragnehmer, der seine Hinweispflicht verletzt, gegenüber dem Auftraggeber schadenersatzpflichtig machen kann. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall war der Auftragnehmer mit der Planung und Erstellung einer Bodenplatte beauftragt, die er für den Lastfall 1 (frühes Abschließen der Hydrationswärme im Bauzustand durch planmäßigen Weiterbau) auslegte. Da die im Sommer fertiggestellte Bodenplatte – anders als ursprünglich geplant – vom Auftraggeber bis Winteranfang nicht vollständig überbaut war, kam es zu einer erheblichen Rissbildung, die bei einer Auslegung der Bodenplatte für den Lastfall 2 (jahreszeitlich bedingte zentrische Abkühlung im Bauzustand) vermieden worden wäre.

Der Bundesgerichtshof hat dem Auftraggeber einen Schadenersatzanspruch in Höhe der Kosten für die Beseitigung der Risse zugesprochen, soweit der Auftragnehmer erkennen konnte, dass die von ihm hergestellte Bodenplatte in nicht vorhergesehener Weise Risiken aus Umwelteinflüssen ausgesetzt sein würde, für die sie nicht ausgelegt ist. Den Auftragnehmer trifft also nicht nur eine Prüf- und Hinweispflicht vor bzw. bei Ausführung seiner Leistung, sondern darüber hinaus eine Auskunftspflicht, soweit er damit rechnen muss, dass es aufgrund der beabsichtigten Nutzung oder sonstiger Umstände zu Schäden an der von ihm erbrachten Werkleistung kommen kann. Kommt der Auftragnehmer seinen Auskunfts-, Aufklärungs- oder Obhutspflichten nicht nach, kann er sich schadenersatzpflichtig

machen, ein Nachbesserungsrecht steht ihm nicht zu.

## 4. Architekt muss Bautagebuch führen

Das Führen eines Bautagebuches gehört zu den Grundleistungen eines Architekten gemäß § 33 HOAI (bzw. § 15 HOAI a.F.). Bei den Grundleistungen der HOAI handelt es sich jedoch nicht um einen Leistungskatalog, den der Architekt in jedem Fall abzuarbeiten hat, sondern um Leistungen, die für ein Bauvorhaben im Regelfall erforderlich sind. Hinzu kommt, dass die HOAI kein Vertragsrecht ist, sondern lediglich das Honorar für Leistungen vorgibt, die im Architektenvertrag schuldrechtlich vereinbart sind.

Vor diesem Hintergrund hat der Bundesgerichtshof in der Vergangenheit entschieden, dass bei einer Beauftragung des Architekten in Anlehnung an die Leistungsphasen der HOAI die darin enthaltenen Grundleistungen geschuldet sind, eine Honorarminderung für nicht erbrachte Grundleistungen aber nur dann in Betracht kommt, wenn es sich dabei um wesentliche Arbeitsschritte handelt, deren Ausführung für den Bauherrn von Bedeutung sind. Wann ein wesentlicher Arbeitsschritt im Sinne der BGH-Rechtsprechung vorliegt, ist bislang nur für einzelne Grundleistungen geklärt. Für das Führen eines Bautagebuches hat der Bundesgerichtshof dies nun am 28.07.2011 entschieden und zur Begründung ausgeführt, dass die Dokumentation im Rahmen eines Bautagebuches insbesondere bei Störungen des Bauablaufs oder Auseinandersetzungen mit anderen Baubeteiligten für den Bauherrn von großer Bedeutung sei. Das Interesse des Bauherrn an einer Dokumentation bestehe dabei nicht nur bei Neubauten, sondern auch bei Bauten im Bestand, also bei Modernisierungsmaßnahmen, Instandsetzungen und Ausbauten. Wird vom Architekten kein Bautagebuch ge-

führt, ist der Bauherr berechtigt, das Honorar zu mindern. Die Höhe der Minderung ist an den üblichen Prozentsätzen zu messen, wie sie in den gebräuchlichen Teilleistungstabellen enthalten sind. Diese schwanken zwischen 0,5 und 1,0 %.

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

## Erbrecht

### 1. Bindungswirkung bei Schlusserbeneinsetzung

Eine häufig gewählte Gestaltung in Ehegattentestamenten ist die Erbeinsetzung von Kindern auf den Tod des länger lebenden Ehegatten. Obergerichtlich ist jetzt ein Fall entschieden, in dem der länger lebende Ehegatte ein gemeinschaftliches Testament abändern wollte, nachdem die Kinder des zuerst verstorbenen Ehegatten Schlusserven werden sollten. Der länger Lebende hatte nach dem Tod des zuerst verstorbenen Ehegatten noch erhebliches Vermögen von seiner Herkunftsfamilie erworben und wollte andere als die Stiefkinder bedenken. Das Oberlandesgericht München hat dazu entschieden, dass grundsätzlich ein späterer Vermögenserwerb an der Bindungswirkung der Schlusserbeneinsetzung nichts ändert, der länger Lebende also keine abweichende Verfügung treffen darf. Aus der Testamentsauslegung, also bei Ermittlung des tatsächlich gewollten Inhalts, kann sich jedoch ergeben, dass der länger lebende Ehegatte zu einer Verfügung über das neu hinzuerworbene Vermögen berechtigt sein soll. Der Auslegungsmaßstab ist streng und alle Einzelfallumstände sind zu berücksichtigen. Für die Gestaltungspraxis bedeutet dies, dass bei der Testamentserrichtung genau geprüft werden muss, unter welchen Voraussetzungen der länger lebende

Ehegatte die Schlusserbeneinsetzung ändern können soll und ggf. Öffnungsklauseln vorzusehen sind.

### 2. Anfechtung der Erbausschlagungserklärung

Eine Erbausschlagungserklärung kann nicht angefochten werden, wenn sie uneingeschränkt erklärt wird und sich später herausstellt, dass das Testament, wegen dessen missliebigen Inhalt die Ausschlagung erklärt wurde, unwirksam ist. Das Oberlandesgericht Hamm hat entschieden, dass eine uneingeschränkte Ausschlagung auch das gesetzliche Erbrecht endgültig entfallen lässt. Findet der Ausschlagende später heraus, dass das Testament wegen Testierunfähigkeit des Erblassers nicht wirksam errichtet war, kann er die Erklärung nicht wegen Irrtums anfechten und sich auch nicht auf sein gesetzliches Erbrecht berufen. Wichtig ist deshalb, die Ausschlagungserklärung trotz der kurzen Frist von sechs Wochen nach Nachlassöffnung nicht übereilt abzugeben. Die Ausschlagung sollte sich ausdrücklich nur auf die testamentarische Erbfolge beschränken. Hätte der Ausschlagende in dem Beispielfall diese Beschränkung erklärt, wäre er wegen der Unwirksamkeit des Testaments gesetzlicher Erbe geworden.

*Dr. Barbara Ackermann-Sprenger,  
Stuttgart*

## Gewerblicher Rechtsschutz

### Geschmacksmusterverletzung: Apple gegen das Samsung Galaxy Tab

Das Presseecho über den Etappensieg von Apple gegen den Erzrivalen Samsung war groß: Mit Beschluss vom 09.08.2011 hatte das Landgericht Düsseldorf Samsung per einst-

weiliger Verfügung untersagt, den iPad-Herausforderer, das Galaxy Tab 10.1, weiter zu vertreiben. Ein herber Schlag für Samsung, zumal das Landgericht das Verbot zunächst mit Wirkung für ganz Europa (mit Ausnahme der Niederlande, in welchen bereits ein ähnliches Verfahren anhängig war) ausgesprochen hatte. Mit Urteil vom 09.09.2011 hat das Landgericht Düsseldorf dieses Verkaufsverbot nun zwar teilweise eingeschränkt, mit Wirkung für Deutschland aber vollumfänglich bestätigt.

In dem Rechtsstreit geht es einzig um das Design und die äußerliche Gestaltung des Samsung Tablets, nicht etwa - wie in der Berichterstattung teilweise behauptet - um die Verletzung von Apple-Patenten. Hierfür beruft sich Apple auf ein bereits im Jahr 2004 registriertes Design-Schutzrecht, ein so genanntes Gemeinschaftsgeschmacksmuster. Gegenstand dieses Gemeinschaftsgeschmacksmusters ist letztlich nichts anderes als ein flacher rechteckiger Bildschirm mit einem schmalen Rahmen und abgerundeten Ecken - also dem Grunddesign nicht nur von iPad und Galaxy Tab, sondern einer ganzen Reihe weiterer Tablet-Computer. Die Frage, ob dieses Erscheinungsbild die Voraussetzungen eines Geschmacksmusters erfüllt, also ein „neues“ und „eigenartiges“ Design darstellt, kann durchaus unterschiedlich beurteilt werden und dürfte eine Kernfrage in der weiteren Auseinandersetzung zwischen Apple und Samsung darstellen. Samsung hat bereits angekündigt, die Rechtsbeständigkeit des Schutzrechts angreifen zu wollen. Das Landgericht Düsseldorf jedenfalls geht in der vorliegenden Entscheidung - u.a. wegen des „minimalistischen Designs“ und dessen „Leichtigkeit und puristischer Eleganz“ - von der Rechtsbeständigkeit des Geschmacksmusters von Apple aus.

Erstaunen mag auf den ersten Blick, dass im vorliegenden Fall ein



deutsches Gericht den Vertrieb des Galaxy Tab mit europaweiter Wirkung verbieten kann. Diese Konsequenz ist aber nur folgerichtig: Denn wie bei der Gemeinschaftsmarke handelt es sich auch bei dem Gemeinschaftsgeschmacksmuster um ein einheitliches gewerbliches Schutzrecht mit Wirkung für das gesamte Gebiet der Europäischen Union. Die von den Mitgliedsstaaten benannten „Gemeinschaftsgeschmacksmustergerichte“ - darunter auch das Landgericht Düsseldorf - sind deshalb dazu berufen, Urteile über den Bestand und die Wirkung dieser Gemeinschaftsrechte mit Wirkung für die gesamte EU auszusprechen. Für den Inhaber eines solchen Gemeinschaftsrechts hat dies den Vorteil, dass er mit nur einer gerichtlichen Entscheidung gegen die Verbreitung von Verletzerprodukten im gesamten europäischen In- und Ausland vorgehen kann. Dies stellt (neben der leichteren und kostengünstigeren Schutzerlangung) einen weiteren und nicht zu unterschätzenden Vorteil von Gemeinschaftsmarke und Gemeinschaftsgeschmacksmuster gegenüber Bündeln nationaler Schutzrechte dar. Zu beachten ist einzig, dass eine solche europaweite Wirkung grundsätzlich nur dann ausgesprochen werden kann, wenn gegen den Verletzer gerade in dem Mitgliedsstaat vorgegangen wird, in dem er seinen Sitz oder seine Niederlassung hat. Dies ist der Grund, warum auch das Landgericht Düsseldorf in seinem vorliegenden Urteil die ursprünglich europaweite Wirkung des Vertriebsverbots für die Muttergesellschaft (die Samsung Electronics Co., Ltd., mit Sitz in Südkorea) auf Deutschland beschränkt hat. Für die deutsche Vertriebsgesellschaft (die Samsung Electronics GmbH mit Sitz in Schwalbach) blieb es dagegen bei der europaweiten Geltung des Verbots.

Das vorliegende Verfahren verdeutlicht einmal mehr, wie wichtig es ist, bei der Absicherung von Produkten gegen Nachahmungen das

gesamte Sortiment an gewerblichen Schutzrechten zu nutzen. Auch so scheinbar „exotische“ Schutzrechte wie das Gemeinschaftsgeschmacksmuster müssen zur Absicherung in Betracht gezogen und - umgekehrt - das Schutzrechtsportfolio der Konkurrenten umfassend auf kollidierende und ggf. angreifbare Schutzrechte hin überprüft werden. Auch Samsung hätte seit der veröffentlichten Anmeldung des Gemeinschaftsgeschmacksmusters im Jahr 2004 Gelegenheit gehabt, das Schutzrecht von Apple anzugreifen. Nun aber dürfte das erwirkte Verbot - unabhängig davon, wie das Oberlandesgericht Düsseldorf in dem anstehenden Berufungsverfahren entscheiden wird - Apple im schnelllebigen Markt der Tablet-Computer bereits jetzt einen wertvollen Wettbewerbsvorteil verschafft haben.

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

## Handels- und Gesellschaftsrecht

### 1. Nichtigkeit des Ausschlusses eines GmbH-Gesellschafters bei Abfindung nur unter Verletzung des Kapitalerhaltungsgebots

Gegenstand einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 05.04.2011 waren verschiedene Fragen im Zusammenhang mit dem Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters durch Einziehung seines Geschäftsanteils. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Geschäftsanteil an einer GmbH nur dann nach §§ 34 Abs. 3, 30 Abs. 1 GmbHG eingezogen werden, wenn es bei Fassung des Einziehungsbeschlusses möglich erscheint, dass die von der Gesellschaft geschuldete Abfindung aus freiem, die Stammkapitalziffer übersteigendem Vermögen der Gesellschaft gezahlt werden kann. Hierzu war die Gesellschaft im entschiede-

nen Fall bei der Fassung des Einziehungsbeschlusses nicht in der Lage, so dass der Beschluss nichtig war. Der Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses stand nicht entgegen, dass der Ausschluss des Gesellschafters auch durch die Zwangsübertragung des Geschäftsanteils auf einen Mitgesellschafter oder Dritten hätte erfolgen können. In diesem Fall hätte zwar der Erwerber die Abfindung geschuldet, so dass es nicht zu einer Verletzung des Kapitalerhaltungsgebots gekommen wäre. Entscheidend war jedoch, dass die Gesellschafterversammlung zugleich mit dem Ausschluss die Einziehung des Geschäftsanteils beschlossen hatte, so dass die Zwangsabtretung an einen Mitgesellschafter oder Dritten nicht mehr möglich war. Schließlich stand der Nichtigkeit der Einziehung auch nicht entgegen, dass der Ausschluss des Gesellschafters nach dem Gesellschaftsvertrag bereits mit Zugang des Beschlusses über den Ausschluss und nicht erst mit der Bezahlung der Abfindung wirksam werden sollte. Mit einer solchen Regelung wird der Zusammenhang zwischen Ausschluss und Abfindung nicht aufgehoben. Damit soll nur erreicht werden, dass die Wirksamkeit des Ausschlusses nicht hinausgeschoben wird, wenn sich die Abfindungszahlung verzögert. Steht dagegen schon bei Fassung des Beschlusses über den Ausschluss fest, dass die Abfindung nicht aus freiem Vermögen der Gesellschaft bezahlt werden kann, betrifft das nicht den Schwebezustand bis zur Abfindungszahlung, sondern die Wirksamkeit des Ausschlusses insgesamt. Eines solchen Ausschlusses muss sich der betroffene Gesellschafter nicht unterwerfen.

### 2. Ausschluss eines Gesellschafters aus einer Kommanditgesellschaft

Der Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft kann bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Erklärung aus der Ge-

sellschaft ausgeschlossen werden. Die Möglichkeit des Ausschlusses durch gerichtliche Erklärung wird in Gesellschaftsverträgen regelmäßig durch eine entsprechende Ausschlussregelung ersetzt. Mit Urteil vom 21.06.2011 nahm der Bundesgerichtshof zu den Voraussetzungen einer solchen gesellschaftsvertraglichen Regelung Stellung und bestätigte auf Basis seiner bisherigen Rechtsprechung, dass für einen wirksamen Ausschluss ein entsprechender Gesellschafterbeschluss und eine hierauf erfolgende Erklärung über den Ausschluss gegenüber dem betroffenen Gesellschafter erforderlich sind. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag nur ein „schriftlich gegenüber dem Betroffenen erklärtes Verlangen des Ausscheidens“ und nicht ausdrücklich ein Gesellschafterbeschluss erforderlich ist.

### 3. GmbH: Stimmrecht des herrschenden Gesellschafters bei Beschlussfassung über Kündigung eines Unternehmensvertrags durch die beherrschte Gesellschaft

Mit Urteil vom 31.05.2011 hat der Bundesgerichtshof einige bislang umstrittene konzernrechtliche Fragen geklärt. In der Sache ging es um die Beschlussfassung bei einer beherrschten GmbH über die Kündigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags aus wichtigem Grund. An der beherrschten GmbH war die Mehrheitsgesellschafterin zu 90 % und die Minderheitsgesellschafterin zu 10 % beteiligt. Ein Ausgleichsanspruch stand der Minderheitsgesellschafterin nicht zu. Die Minderheitsgesellschafterin wurde insolvent und der Insolvenzverwalter führte bei der beherrschten GmbH eine Beschlussfassung über die außerordentliche Kündigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags herbei. Wichtiger Grund für die Kündigung sollte sein, dass dem Insolvenzverwalter andernfalls die Verwertung des An-

teils der Minderheitsgesellschafterin an der beherrschten GmbH nicht möglich sei. Der Insolvenzverwalter stimmte für und die Mehrheitsgesellschafterin gegen die Kündigung. Der Insolvenzverwalter beehrte daraufhin gerichtlich die Feststellung, dass ein Beschluss über die Kündigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags wirksam zustande gekommen sei. Der Bundesgerichtshof sah dies nicht so. Der Bundesgerichtshof führte zum einen aus, dass die bessere Verwertbarkeit des Anteils der Minderheitsgesellschafterin kein wichtiger Grund für eine Kündigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags sei. Ein wichtiger Grund läge nur dann vor, wenn dem kündigenden Vertragsteil, also der beherrschten GmbH, eine Fortsetzung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags nicht zumutbar sei. Die Verwertbarkeit des Anteils der Minderheitsgesellschafterin betreffe nur deren persönliche Verhältnisse, nicht jedoch das Verhältnis zwischen beherrschter GmbH und der Mehrheitsgesellschafterin. Zum anderen hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil klargestellt, dass die Mehrheitsgesellschafterin bei der Beschlussfassung über die Kündigung des mit ihr abgeschlossenen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags nicht vom Stimmrecht ausgeschlossen war. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass der Beschluss über die Kündigung ein innergesellschaftlicher Organisationsakt der beherrschten GmbH sei, bei dem verbandsfremde Sonderinteressen der Mehrheitsgesellschafterin nicht typischerweise im Vordergrund stünden. Mit der Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags sei vor allem ein Eingriff in die Organisationsstruktur der Gesellschaft verbunden. In diesen Fällen gelte das Stimmverbot gemäß § 47 Abs. 4 GmbHG nicht.

*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*

## IT- und Telekommunikationsrecht

### 1. Richtlinien für die die Verwendung von Werbebannern

Die Verwendung von Werbebannern ist im Internet weit verbreitet und aus rechtlicher Sicht auch durchaus möglich, allerdings sollten bei der Gestaltung einige Besonderheiten beachtet werden, um Wettbewerbsverstöße zu vermeiden. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Werbebanner als wettbewerbswidrig anzusehen ist, kommt es nach einem Urteil des Landgerichts Berlin vom 14.09.2010 entscheidend darauf an, ob der Werbebanner vom jeweiligen Nutzer einfach beseitigt werden kann und nach kurzer Zeit automatisch verschwindet. Dies ist insbesondere dann erheblich, wenn die Werbung in Form eines so genannten Interstitials (eine den Bildschirm füllende Werbung, die vorübergehend angezeigt wird) erfolgt. Das Landgericht Berlin urteilte, dass derartige Werbung binnen kurzer Zeit (im Urteil: nicht mehr als fünf Sekunden) weggeklickt werden können muss; eine automatische Beendigung ist dann wettbewerbswidrig, wenn sie erst nach mehr als zehn Sekunden erfolgt.

### 2. Verwendung des Facebook „gefällt-mir“-Buttons unzulässig

Die Verwendung des Facebook „gefällt-mir“-Buttons erfreut sich als Werbemultiplikator zunehmender Popularität. Bei Betätigung erscheint automatisch auf der Pinnwand desjenigen, der den Button auf einer Homepage anklickt, eine Verlinkung zur entsprechenden Homepage und Freunde dieses Nutzers und Besucher des Profils erhalten eine entsprechende Statusmeldung. Hierfür erfolgt eine Datenübertragung an Facebook. Hat der Nutzer kein Facebook-Konto oder ist er gerade nicht eingeloggt,

werden (nur) die IP-Adresse sowie Informationen zum verwendeten Browser an Facebook übertragen. Ist der Nutzer aber zu diesem Zeitpunkt in sein Facebook-Konto eingeloggt, enthält die Datenübertragung auch die Information, dass er sich auf der entsprechenden Homepage aufhält. Vor dem Hintergrund der offensichtlichen Sammlung zusätzlicher Daten bei eingeloggten Nutzern und der Diskussion, ob IP-Adressen als personenbezogene Daten eingestuft werden können, haben Datenschutzbehörden bereits in der Vergangenheit die Verwendung des „gefällt-mir“-Buttons kritisiert.

Das Unabhängige Landeszentrum für Datenschutz in Schleswig-Holstein hat nunmehr dazu aufgefordert, den „gefällt-mir“-Button auf Webseiten zu entfernen, da es davon ausgeht, dass sowohl ein Verstoß gegen das Bundesdatenschutzgesetz als auch gegen das Telemediengesetz vorliegt. Für den Fall der Nichtbeachtung hat es damit gedroht, Bußgelder gegen die jeweiligen Webseitenbetreiber zu verhängen.

*Dr. Thomas Weimann, Daniel Nagel,  
Stuttgart*

## Medizinrecht

### 1. Gründung einer Privatklinik durch ein Plankrankenhaus

In Deutschland gibt es eine große Zahl an Krankenhäusern, die der Krankenhausplanung unterfallen und eine öffentliche Förderung erhalten. Sie müssen das Krankenhausentgeltgesetz (KHEntgG) beachten und nach dem DRG-System abrechnen. Daneben existieren so genannte Privatkliniken, welche nicht öffentlich gefördert werden und nicht dem KHEntgG unterfallen. Von diesen Häusern kann im Rahmen der Vertragsfreiheit mit dem Patienten eine Vergütung vereinbart werden. Da-

bei können die Privatkliniken sich am DRG-Modell orientieren, können aber auch andersartige Vergütungsmodelle zugrunde legen, beispielsweise eigene Fallpauschalen für die ärztlichen und nichtärztlichen Leistungen vereinbaren. Lediglich eine erheblich überhöhte Abrechnung kann wegen Sittenwidrigkeit oder gar Wucher rechtswidrig und damit nicht durchsetzbar sein.

Nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist die abweichende Abrechnung des Plankrankenhauses auch bei einer besonderen Nähe zu einem Plankrankenhaus zulässig. In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall hatte ein Plankrankenhaus, welches von einer Anstalt des öffentlichen Rechts betrieben wurde, eine GmbH zum Betrieb eines Plankrankenhauses gegründet. Dem Plankrankenhaus und der Privatklinik standen das gleiche ärztliche Personal sowie die gleichen Operationsräume zur Verfügung. Die beiden Krankenhäuser waren in verschiedenen Gebäuden auf dem gleichen Gelände untergebracht und durch die Beschilderung voneinander unterschieden. Dass die vom Plankrankenhaus gegenüber den Patienten abgerechneten Entgelte höher waren als die im Plankrankenhaus gegenüber Wahlleistungspatienten abgerechneten Entgelte, hat der Bundesgerichtshof gebilligt.

In Baden-Württemberg regelt § 32 Landeskrankenhausgesetz explizit, dass Plankrankenhäuser in unmittelbarer räumlicher Nähe zu einem Plankrankenhaus betrieben werden dürfen, wenn sie räumlich, personell und organisatorisch eindeutig vom Plankrankenhaus abgegrenzt sind und das Plankrankenhaus auch privat Versicherten Leistungen anbietet.

Für die Praxis wichtig ist der Hinweis des Bundesgerichtshofs auf die Pflicht des Arztes zur wirtschaftlichen Aufklärung der Patienten. Den Patienten müsse das vollständige Angebot des Plankrankenhauses,

insbesondere eine Option der wahlärztlichen Behandlung im Plankrankenhaus einerseits und des Angebotes der Privatklinik andererseits dargestellt werden, so dass der Patient frei darüber entscheiden könne, ob er die Leistungen in der Privatklinik gegen ein dann regelmäßig höheres Entgelt in Anspruch nehmen möchte oder nicht. Es erscheint zwar kritisch, dass ein Arzt über das Angebot einer anderen juristischen Person aufklären soll – für die Praxis empfiehlt sich aber ein entsprechender Hinweis, etwa im Aufnahmevertrag der Privatklinik, um Abrechnungsprobleme zu vermeiden.

### 2. Belegarztanerkennung für MVZ-Ärzte

Das Bundessozialgericht hat in einem aktuellen Urteil entschieden, dass auch ein in einem Medizinischen Versorgungszentrum (MVZ) angestellter Arzt eine belegärztliche Tätigkeit ausüben kann. Eine Anerkennung als Belegarzt erfolgt personenbezogen. Deshalb kann nur einem bestimmten, namentlich benannten Arzt die Berechtigung zur belegärztlichen Tätigkeit erteilt werden. Problematisch ist freilich, dass der Arzt im MVZ angestellt, aber nicht selbst zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen ist. Dann hätte die persönliche Bindung der Belegarztanerkennung zur Folge, dass der Arzt keine Belegarztanerkennung erhalten kann, weil er selbst nicht zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen ist und andererseits das MVZ zwar zugelassener Leistungserbringer, aber kein Arzt ist. Das Gericht legt die gesetzliche Regelung zugunsten des MVZ aus: Einen völligen Ausschluss von medizinischen Versorgungszentren im Hinblick auf belegärztliche Tätigkeiten hätte der Gesetzgeber explizit regeln müssen, hieran fehlt es jedoch. Andererseits kann dem MVZ nicht abstrakt eine Belegarztanerkennung gewährt werden. Nur für einen bestimmten Arzt, der im MVZ tätig ist, kann deshalb

dem MVZ diese Genehmigung zuerkannt werden. Die Abrechnung für die belegärztlichen Leistungen muss durch das MVZ vorgenommen werden.

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

## Vergaberecht

### 1. Begleitschreiben als Falle!

In einem von der Vergabekammer Sachsen mit Beschluss vom 22.06.2011 entschiedenen Fall hatte ein Bieter im Angebot einen Nachlass von 7 % gewährt. Im Begleitschreiben zum Angebot gab er hingegen an, einen Nachlass von 9 % einzuräumen. Als der Bieter den Zuschlag erhalten sollte, wehrte sich ein Konkurrent mit Erfolg gegen die Berücksichtigung der Nachlässe. Denn da das Begleitschreiben Bestandteil des Angebots ist und deshalb bei der Angebotswertung Berücksichtigung finden muss, lag eine nicht auflösbare Diskrepanz vor. Es fehlte somit an der erforderlichen Eindeutigkeit des Angebots.

Immer wieder kommt es zum Ausschluss von Angeboten, weil die Begleitschreiben zu unzulässigen Änderungen an den Verdingungsunterlagen führen. Dies gilt etwa auch dann, wenn im Begleitschreiben auf Allgemeine Geschäftsbedingungen des Bieters verwiesen wird, die jedem Vertrag zugrunde gelegt würden.

### 2. Angebote konzernverbundener Unternehmen

In einem Beschluss vom 11.05.2011 hat das Oberlandesgericht Düsseldorf die Voraussetzungen konkretisiert, unter denen die Angebote konzernverbundener Unternehmen gewertet werden dürfen bzw. unter denen

sie von der Wertung auszuschließen sind. In dem entschiedenen Fall hatten sich zwei konzernverbundene Unternehmen um Arzneimittel-Rabattverträge beworben, die auf Grundlage der VOL/A 2006 ausgeschrieben waren. Das Oberlandesgericht sah den Geheimwettbewerb durch die Beteiligung konzernverbundener Unternehmen nicht per se als verletzt an, wies jedoch darauf hin, dass es Sache der verbundenen Unternehmen sei, Umstände und Vorkehrungen aufzuzeigen und nachzuweisen, die die Unabhängigkeit und Vertraulichkeit der Angebotserstellung gewährleisten.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf geht in seiner Entscheidung von einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast aus: Konzernverbundene Bieter müssen darlegen und beweisen, welche Vorkehrungen sie getroffen haben, um den Geheimwettbewerb zu gewährleisten, damit ihre Angebote berücksichtigt werden können. Die ausschreibende Stelle muss also keinen Verstoß gegen den Geheimwettbewerb nachweisen, um die Angebote ausschließen zu können. Gerne zeigen wir Ihnen, welche technischen und organisatorischen Vorkehrungen Sie treffen müssen, soweit Sie sich mit konzernverbundenen Unternehmen auf demselben Markt um öffentliche Aufträge bemühen.

*Dr. Lars Knickenberg, Stuttgart*

## Versicherungsrecht

### Kürzung der Versicherungsleistung bis auf null bei grober Fahrlässigkeit

Im Bereich der Sachversicherung (z.B. Kasko-Versicherung, Hausratversicherung) bestand nach dem früheren Versicherungsvertragsgesetz (VVG) kein Anspruch auf die Versicherungsleistung, wenn der Versicherungsnehmer den Versi-

cherungsfall grob fahrlässig verursacht hatte. Das seit dem 01.01.2008 geltende neue VVG sieht bei grober Fahrlässigkeit hingegen nur noch eine Kürzung der Versicherungsleistung vor, deren Umfang von der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers abhängt. Bislang war es umstritten, ob diese Kürzung bei einem besonders schweren Verschulden bis auf null gehen, d.h. zu einem Leistungsausschluss wie nach altem Recht führen kann. Dies hat der Bundesgerichtshof nun mit Urteil vom 22.06.2011 für den Fall eines Versicherungsnehmers bestätigt, der sein Kraftfahrzeug im Zustand absoluter alkoholbedingter Fahruntauglichkeit beschädigt hatte.

*Dr. Volker Nill, Stuttgart*

#### Impressum

BRP Renaud & Partner

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

Niederuau 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: 14. September 2011