

Newsletter

4 / 2 0 1 1

mit Beiträgen zu:

Allgemeines Recht

Arbeitsrecht

Bau-, Architekten- und Ingenieurrecht

Erbrecht

Familienrecht

Handels- und Gesellschaftsrecht

Insolvenzrecht

IT- und Telekommunikationsrecht

Kartellrecht

Medizinrecht

Mietrecht

Vergaberecht

Versicherungsrecht

BRP aktuell

Wir freuen uns, dass Herr Dr. Peter C. Fischer, M.C.J., im Amtsgerichtsbezirk Frankfurt am Main zum Notar bestellt wurde. Damit verfügt BRP nun auch am Standort Frankfurt über ein Notariat.

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.



BRP Renaud & Partner
Rechtsanwälte Notare
Patentanwälte

Allgemeines Recht

Zugangsnachweis bei Telefax-Schreiben

Eine Vielzahl an Erklärungen wird abgegeben, um Fristen zu wahren (z.B. Rügeschreiben im Vergabeverfahren, Klageerhebungen zur Verjährungshemmung), Ansprüche zu sichern oder abzuwehren (z.B. Mängelrügen, Bedenkenanzeigen) oder Vertragsverhältnisse zu beenden (Kündigungen). Diese Erklärungen müssen nicht nur abgegeben werden, sondern dem Empfänger auch zugehen. Der Ausgang von Rechtsstreitigkeiten hängt immer wieder davon ab, ob eine Partei den Zugang eines bestimmten Schreibens beim Gegner beweisen kann. Zum Nachweis wird dann regelmäßig ein Sendeprotokoll zur Telefax-Übermittlung vorgelegt, das neben der Telefax-Nummer des Empfängers einen „OK“-Vermerk aufweist.

Der Bundesgerichtshof hat in einer Entscheidung vom 21.07.2011 festgestellt, dass ein Sendeprotokoll mit „OK“-Vermerk lediglich die Versendung des Schreibens belegt, nicht aber den Zugang beim Empfänger. Denn der „OK“-Vermerk bestätigt nur das Zustandekommen der Verbindung, nicht aber die erfolgreiche Übermittlung. Für den Zugang des Schreibens beim Empfänger liefert der „OK“-Vermerk lediglich ein Indiz, nicht aber einen Anscheinsbeweis für den Zugang. Um den Zugang eines per Telefax übersandten Schreibens in einem eventuellen Gerichtsverfahren nachweisen zu können, empfehlen wir Ihnen, sich den Zugang vom Empfänger z.B. telefonisch bestätigen zu lassen.

Dr. Lars Knickenberg, Stuttgart

Arbeitsrecht

1. Urlaubsabgeltung bei langandauernder Erkrankung – ein Silberstreif am Horizont?

Auf Vorlage des Landesarbeitsgerichts Hamm hat der Europäische Gerichtshof mit Urteil vom 22.11.2011 entschieden, dass ein langandauernd erkrankter Arbeitnehmer nicht unbegrenzt Urlaubsansprüche ansammeln kann, die vom Arbeitgeber nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzugelten wären, wenn der Urlaub zuvor nicht gewährt werden kann. Eine tarifvertragliche Regelung, nach der Urlaubsansprüche bei langandauernder Erkrankung nach Ablauf einer Übertragsfrist von 15 Monaten erlöschen, sei mit dem Europarecht vereinbar.

Abzuwarten bleibt, ob die deutschen Arbeitsgerichte etwa dem Bundesurlaubsgesetz eine mit dem erwähnten Tarifvertrag vergleichbare Begrenzung des Übertragungszeitraums entnehmen werden. Bis zur abschließenden Klärung dieser Frage ist im Zusammenhang mit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen mit langandauernd erkrankten Mitarbeitern zu empfehlen, keine über einen Übertragungszeitraum von 15 Monaten hinausgehende Urlaubsabgeltung zu gewähren.

2. Entschädigungsansprüche schwerbehinderter Bewerber

Mit Urteil vom 13.10.2011 hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass ein Verstoß des Arbeitgebers gegen die Pflicht, vor der Besetzung freier Stellen deren Eignung für Schwerbehinderte zu prüfen

und frühzeitig Verbindung mit der Agentur für Arbeit aufzunehmen, zu einem Entschädigungsanspruch nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz führt, wenn ein schwerbehinderter Bewerber auf eine geeignete freie Stelle nicht eingestellt wird. Es ist daher dringend zu raten, vor der Besetzung freier Stellen zu prüfen, ob der freie Arbeitsplatz mit schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann und Kontakt zur zuständigen Agentur für Arbeit aufzunehmen. Andernfalls drohen Entschädigungsansprüche abgelehnter schwerbehinderter Bewerber.

3. Keine Splittung der Pflegezeit auf mehrere Zeitabschnitte

Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 15.11.2011 entschieden, dass ein Beschäftigter die gesetzlich vorgesehene Maximaldauer der Pflegezeit von sechs Monaten nicht auf mehrere Zeitabschnitte verteilen darf. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Beschäftigte bei der Inanspruchnahme der Pflegezeit die Höchstdauer von sechs Monaten unterschreitet. Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist zu begrüßen, da ansonsten Beschäftigte eine vom Gesetz nicht vorgesehene Ausdehnung des Sonderkündigungsschutzes erreichen könnten.

4. „Whistleblowing“ als Kündigungsgrund und Möglichkeit zur Verbesserung der Corporate Compliance

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann einem Arbeitnehmer wegen illoyalen Verhaltens gekündigt werden, etwa wenn der Arbeitnehmer eine Strafanzeige gegen den Arbeitgeber oder Kollegen „ins Blaue hinein“ stellt. Daran hat auch eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 21.07.2011 nichts geändert: Danach muss bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Kündigung das Recht des Arbeitnehmers aus Art. 10 der Europäischen

Menschenrechtskonvention auf freie Meinungsäußerung zwar besonders berücksichtigt werden. Allerdings bedeutet dies keinen Freibrief für den Arbeitnehmer für unberechtigte oder unsubstantiierte Anschuldigungen. Vielmehr müssen bei einer Kündigung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit alle Umstände berücksichtigt werden, insbesondere ob der Arbeitnehmer vor der öffentlichen Anzeige die vermeintlichen Missstände innerbetrieblich gerügt hat.

Arbeitgeber sollten im Hinblick auf die in ihrem Interesse liegende Vermeidung imageschädigender Außenbarstellung ein System einrichten, das den Mitarbeitern ermöglicht, vermeintliche Missstände intern zu bemängeln, bevor der Arbeitgeber hiervon aus der Presse oder von Behörden erfährt. Hierzu kann es sinnvoll sein, beispielsweise eine – interne oder externe – Telefonleitung einzurichten, bei der die Mitarbeiter anonym Sachverhalte mitteilen können. So können etwa bestehende mangelhafte Zustände unternehmensintern untersucht und behoben werden.

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

Bau-, Architekten- und Ingenieurrecht

Gebaut wie geplant und trotzdem mangelhaft!

Der Bundesgerichtshof hat in einem Urteil vom 29.09.2011 bestätigt, dass ein Auftragnehmer auch dann auf Nachbesserung und Schadenersatz in Anspruch genommen werden kann, wenn er die Vorgaben des Auftraggebers exakt umsetzt, der nach dem Vertrag vorausgesetzte Erfolg mit der vereinbarten Leistung oder Ausführungsart aber nicht zu erreichen ist. In dem vom

Bundesgerichtshof entschiedenen Fall hatte der Auftragnehmer einen Düker eingemessen und Bestandspläne gefertigt, die Grundlage für von einem Drittunternehmer zu erstellende Rammpäne sein sollten. Auf Anordnung des Auftraggebers wurde der Düker nicht exakt vermessen, sondern in den Bestandsplänen eine idealisierte geradlinige Verbindung zwischen Start- und Zielgrube eingezeichnet. Da der Düker nicht diesen idealen Verlauf nahm, wurde er bei den nachfolgenden Rammarbeiten beschädigt, der Auftraggeber hat deshalb Schadenersatz gefordert.

Der Bundesgerichtshof hat dem Auftraggeber grundsätzlich Recht gegeben. Auf Grund der Vorgabe, den Düker nicht präzise einzumessen sondern eine idealisierte geradlinige Verbindung zwischen Start- und Zielgrube anzunehmen, würden die Bestandspläne den Verlauf des Dükers nicht zutreffend wiedergeben. Die Leistung des Auftragnehmers sei mangelhaft, denn sie sei nicht geeignet, Grundlage des Drittunternehmers für die Erstellung der Rammpäne zu sein. Den Schadenersatzansprüchen wäre der Auftragnehmer nur entgangen, wenn er seiner Prüf- und Hinweispflicht nachgekommen wäre. Er hätte gegenüber dem Auftraggeber Bedenken dahingehend anmelden müssen, dass die idealisierte geradlinige Verbindung nicht dem tatsächlichen Verlauf entsprechen müsse, so dass es bei sich an diesem Verlauf orientierenden Rammarbeiten zu Schäden am Düker kommen könne. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zeigt, dass sich Auftragnehmer nicht auf die ihnen vom Auftraggeber gemachten Vorgaben verlassen dürfen. Vielmehr trifft den Auftragnehmer die Pflicht zur Prüfung, ob die vom Auftraggeber gemachten Vorgaben geeignet sind, das gewünschte Ziel zu erreichen. Hat der Auftragnehmer hieran Zweifel, muss er dem Auftraggeber unbedingt Bedenken anzeigen.

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

Erbrecht

Formerfordernis bei Nachtrag zu eigenhändigem Testament

Ein Testament kann durch eine eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung errichtet werden. Die zwingend erforderliche Unterschrift muss hierbei grundsätzlich am Schluss des Textes stehen. Diese Regelung soll nicht nur die Identifikation des Erblassers ermöglichen, sondern auch den Urkunden-text räumlich abschließen und vor nachträglichen Ergänzungen Dritter schützen. Zwar kann ein Testament in beliebigem Umfang ergänzt werden, für die Formgültigkeit ist es jedoch zwingend notwendig, dass im Zeitpunkt des Todes eine die gesamten Erklärungen deckende Unterschrift des Erblassers vorhanden ist. Dies war in einem Fall, über den kürzlich das Oberlandesgericht München zu entscheiden hatte, nicht der Fall. Hier hatte der Erblasser sein Testament zum einen auf dem unterhalb der Unterschrift verbleibenden Raum ergänzt, zum anderen auf der Rückseite. Beide Ergänzungen waren zwar mit einem Datum versehen, nicht aber unterschrieben, weshalb das Gericht sie für formunwirksam erklärte. In einem dieselbe Problematik thematisierenden Fall, über den das Oberlandesgericht Celle am 22.09.2011 entschieden hat, hatte die Erblasserin den Zusatz zwar unterzeichnet, allerdings mit der fragwürdigen Abkürzung „D.O.“. Selbst wenn man die Buchstaben als Abkürzung für „Die Obengenannte“ verstehen wolle, so die Richter, erlaube eine solche Bezeichnung nicht die Identifikation der Erblasserin und entspreche somit nicht der gesetzlich vorgeschriebenen Form. Grundsätzlich solle eine Unterschrift den Vor- und Nachnamen enthalten, eine Unterschrift in anderer Weise reiche nur aus, wenn an der Urheberschaft und Ernstlichkeit im Einzelfall keine Zweifel bestehen.

*Dr. Barbara Ackermann-Sprenger,
Annika Jäger, Stuttgart*

Familienrecht

1. Auskunftsanspruch des Scheinvaters

Der Bundesgerichtshof hat Anfang November entschieden, dass dem Scheinvater nach erfolgreicher Vaterschaftsanfechtung und zur Verfolgung eines Unterhaltsregresses gegen den leiblichen Vater ein Anspruch aus Treu und Glauben gegen die Mutter auf Benennung des Vaters des Kindes zusteht. Zwar berühre die Verpflichtung zur Auskunft das Persönlichkeitsrecht der Mutter, welches auch das Recht auf Achtung der Privat- und Intimsphäre umfasse. Jedoch trete im konkreten Fall das Persönlichkeitsrecht hinter den Anspruch des Scheinvaters auf effektiven Rechtsschutz zurück. Während diesem nicht bekannt sei, gegen wen er seinen Anspruch auf Unterhaltsregress richten kann, könne die Mutter den leiblichen Vater unschwer benennen.

2. Erwerbsobliegenheit des betreuenden Elternteil nach dem 3. Lebensjahr des Kindes

Mit der Neuregelung des Betreuungsunterhalts durch das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21.12.2007 hat der Gesetzgeber einen auf drei Jahre befristeten Basisunterhalt eingeführt, der im Einzelfall aus Gründen der Billigkeit verlängert werden kann. In der Regel müssen Alleinerziehende daher einer Vollzeiterwerbstätigkeit nachgehen, sobald das Kind drei Jahre alt ist und auf zumutbare Fremdbetreuungsmöglichkeiten zurückgreifen. Etwaige kind- oder elternbezogene Verlängerungsgründe sind vom betreuenden Elternteil konkret darzulegen und zu beweisen, insbesondere ist auch die Auswirkung auf die Betreuungsmöglichkeiten konkret darzulegen. Dies hat der Bundesgerichtshof erneut mit Urteil vom 15.06.2011 klargestellt und damit die ständige

Rechtsprechung konsequent fortgeführt. Im konkreten Fall besuchte die gemeinsame Tochter die dritte Grundschulklasse und konnte nach der Unterrichtszeit im Rahmen der offenen Ganztagschule betreut werden. Es sei anhand der angeführten Umstände „nicht ersichtlich, ob es daneben einer persönlichen Betreuung der Mutter bedarf, die einer Vollzeiterwerbstätigkeit entgegenstehen könne“, so der Bundesgerichtshof. Die Entscheidung verdeutlicht nochmals, welche hohen Ansprüche an die Darlegung der individuellen Betreuungsmöglichkeiten zu stellen sind. Der bloße Hinweis auf das Alter des Kindes ist jedenfalls unzureichend.

*Dr. Barbara Ackermann-Sprenger,
Annika Jäger, Stuttgart*

Handels- und Gesellschaftsrecht

1. Haftungsrisiken bei wirtschaftlicher Neugründung

Mit Urteil vom 12.07.2011 hat der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung zur wirtschaftlichen Neugründung einer Vorrats- oder Mantelgesellschaft präzisiert. Nach § 11 Abs. 2 GmbHG haftet persönlich, wer vor der Handelsregistereintragung einer GmbH in deren Namen handelt und dadurch Verbindlichkeiten begründet. Bereits in der Grundsatzentscheidung vom 07.07.2003 zur wirtschaftlichen Neugründung einer GmbH hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass eine Handelndenhaftung analog § 11 Abs. 2 GmbHG in Betracht komme, wenn vor der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung die Geschäfte aufgenommen werden. Diese Feststellung wird nun dahin präzisiert, dass die Handelndenhaftung im Falle der wirtschaftlichen Neugründung mit dem Zeitpunkt der Offenlegung gegenüber dem Registergericht endet. Weiter wurde der Anwendungsbe-

reich der Handelndenhaftung in der Weise eingeschränkt, dass die Haftung zur Voraussetzung hat, dass nicht alle Gesellschafter der Aufnahme der Geschäfte vor der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung zugestimmt haben. Eine Haftung in analoger Anwendung von § 11 Abs. 2 GmbHG kommt somit nur in Betracht, wenn die ansonsten geltende Vorbelastungshaftung ausscheidet, weil die Gesellschafter die Zustimmung zur Geschäftsaufnahme vor erfolgter Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung nicht erteilt haben. Schließlich wird in der Entscheidung vom 12.07.2011 bestätigt, dass die Geschäftsführer im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Neugründung auf Schadenersatz haften, wenn bei der Offenlegung gegenüber dem Registergericht der Wahrheit zuwider versichert wird, dass sich das Stammkapital der Gesellschaft endgültig in ihrer freien Verfügung befinde.

2. Haftung wegen Missbrauchs der Generalvollmacht bei Errichtung einer Gesellschaft

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 13.09.2011 entschieden, dass ein Bevollmächtigter wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung zum Schadenersatz verpflichtet sein kann, wenn er bei Errichtung einer Gesellschaft die ihm erteilte Generalvollmacht missbraucht. Im zugrunde liegenden Fall hatte ein Vater jederzeit widerrufliche Generalvollmachten von seinen Töchtern. Mit diesen Generalvollmachten gründete er ohne vorherige Rücksprache im Namen der Töchter mit sich selbst eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in die er das gesamte Vermögen der Töchter einbrachte und eine Verfügung der Töchter über ihre Gesellschaftsanteile für 19 Jahre ausschloss. Allein wegen dieser Gestaltung nahm der Bundesgerichtshof ohne weiteres einen Missbrauch der Generalvollmacht an. Die Beschränkung der Verfügungsbefugnis über 19 Jahre stelle eine Verletzung

der vermögenswerten Interessen der Töchter dar, selbst wenn diese zu 99 % am Vermögen der Gesellschaft beteiligt seien. Zudem habe der Vater durch die Gestaltung das Recht der Töchter zum jederzeitigen Widerruf der Vollmacht umgangen. Aufgrund des Vollmachtsmissbrauchs seien die im Namen der Töchter abgegebenen Willenserklärungen des Vaters zur Errichtung der Gesellschaft unwirksam und der Gesellschaftsvertrag zugleich wegen Sittenwidrigkeit nichtig. Die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft, wonach eine Gesellschaft auch bei fehlerhafter Errichtung bis zu ihrer Kündigung als wirksam anzusehen ist, seien nicht anwendbar, da es hier bereits an Willenserklärungen der Töchter fehle.

*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

Keine Restschuldbefreiung bei missbräuchlichem Wohnsitzwechsel

Nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 der Europäischen Insolvenzordnung (EuInsVO) sind für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig, in dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat. Bei natürlichen Personen ist dies regelmäßig der Wohnsitz. Nach der Rechtsordnung dieses Mitgliedstaats richten sich auch das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen. Aus dieser grundsätzlichen Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren und der in ausländischen Insolvenzverfahren getroffenen Entscheidungen ergibt sich die Möglichkeit, durch einen Wohnsitzwechsel in kürzerer Zeit zur – in Deutschland erst nach sechs Jahren möglichen – Restschuldbefreiung zu gelangen.

Nach Art. 26 EuInsVO kann allerdings jeder Mitgliedstaat sich weigern, ein in einem anderen Mitgliedstaat eröffnetes Insolvenzverfahren anzuerkennen oder eine in einem solchen Verfahren ergangene Entscheidung zu vollstrecken, soweit diese Anerkennung oder diese Vollstreckung zu einem Ergebnis führen würde, das offensichtlich mit der öffentlichen Ordnung dieses Staates, insbesondere mit den Grundprinzipien und den verfassungsmäßig garantierten Rechten und Freiheiten des Einzelnen, unvereinbar ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt dies in Betracht, wenn der Schuldner seinen Wohnsitz rechtsmissbräuchlich ins Ausland verlegt hat, um sich unter Vorspiegelung falscher Tatsachen berechtigten Forderungen seiner Gläubiger zu entziehen und um dabei Vorteile zu erzielen, die ihm nicht zustehen. Wird der Wohnsitz lediglich formal ins Ausland verlegt, ohne dass der Schuldner dort tatsächlich wohnhaft ist bzw. dort seinen Lebensmittelpunkt hat, ist nach einer aktuellen Entscheidung des Landgerichts Köln von einem simulierten Wohnsitz und damit von Rechtsmissbrauch auszugehen. Auf eine im Ausland rechtsmissbräuchlich erworbene Restschuldbefreiung kann sich der Schuldner nicht berufen.

Dr. Christian Wittmann, Stuttgart

IT- und Telekommunikationsrecht

1. Aufspaltung von Softwarelizenzen unzulässig

Ein Unternehmen hatte infolge Insolvenz die Nutzung einer ERP-Software eingestellt. Der Insolvenzverwalter versuchte nun, die Softwarelizenzen zu verkaufen. Allerdings wollte der Käufer nur einen Teil der Lizenzen übernehmen. In den Softwarelizenzenbedingungen war eine

Klausel enthalten, dass die Software nur einheitlich und unter vollständiger endgültiger Aufgabe eigener Nutzung überlassen werden darf und dass eine schriftliche Zustimmung des Lizenzgebers vorliegen muss. Der Lizenzgeber stimmte der teilweisen Übertragung von Lizenzen nicht zu. Das Oberlandesgericht Karlsruhe hat mit Urteil vom 27.07.2011 entschieden, dass weder ein vertraglicher noch ein gesetzlicher Anspruch auf eine Zustimmung des Lizenzgebers zu einer solchen Lizenzaufspaltung bestehe.

Das Gericht hat darauf hingewiesen, dass gerade bei Client-Server-Software eine einheitliche Lizenz erteilt werde, die zur Installation einer dauerhaften Kopie der Software auf einem Server und zur Nutzung dieser Kopie durch eine bestimmte Anzahl von Nutzern berechtige. Es ist im Übrigen der Ansicht, dass die Lizenzaufspaltung nicht von dem so genannten Erschöpfungsgrundsatz gedeckt sei. Nach dem Erschöpfungsgrundsatz kann ein Vervielfältigungsstück der Software so weitergegeben werden, wie es der Hersteller erhalten hat (mit Ausnahme der Vermietung). Eine Weitergabe in Teilen an verschiedene Empfänger sei jedoch vom Erschöpfungsgrundsatz nicht gedeckt. Damit liegt eine weitere Entscheidung vor, die den Handel mit „Gebrauchtssoftware“ einschränkt.

2. Impressumspflicht auf Facebook

Nach einer Änderung der Nutzungsbedingungen auf Facebook, die eine kommerzielle Nutzung ermöglicht, sind viele Unternehmen dazu übergegangen, zusätzlich zur bestehenden Unternehmenshomepage auch eine eigene Facebookseite einzurichten. Auch hier muss grundsätzlich eine Anbieterkennung vorgehalten werden, soweit die Facebookseite nicht nur der rein privaten Nutzung, sondern auch Marketingzwecken dient. Wie diese Anbieterkennung zu erfolgen hat, war bislang

nicht klar vorgegeben, weshalb verschiedene Lösungen – insbesondere eine Verlinkung zur bereits bestehenden Homepage oder ein Direktlink zum Impressum der bestehenden Homepage – verwendet wurden.

Das Landgericht Aschaffenburg hat mit Urteil vom 19.08.2011 die Impressumspflicht bekräftigt und erklärt, dass die Anbieterkennzeichnung einfach zu erkennen und ohne langes Suchen zu finden sein müsse, wofür ein Link mit der Bezeichnung „Info“ nicht ausreiche. Aus diesem Grund ist es empfehlenswert, künftig auch die Facebookseite mit einem eigenen, eindeutig gekennzeichneten Impressum auszustatten. Anderenfalls kann ein Verstoß gegen die Informationspflichten vorliegen, der von Wettbewerbern kostenpflichtig abgemahnt werden kann.

3. Neues Widerrufsrecht in Kraft

Am 04.11.2011 ist die Übergangsfrist zur Neuregelung des Widerrufsrechts abgelaufen. Damit darf das bisherige gesetzliche Muster der Widerrufsbelehrung gemäß Art. 246 EGBGB – für das ab dem Inkrafttreten der Änderung zum 04.08.2011 eine dreimonatige Übergangsfrist galt – nicht mehr verwendet werden und kann von Wettbewerbern abgemahnt werden.

*Dr. Thomas Weimann, Daniel Nagel,
Stuttgart*

Kartellrecht

1. Verbot des Onlineverkaufs in selektiven Vertriebssystemen zulässig?

Mit Urteil vom 13.10.2011 entschied der Europäische Gerichtshof darüber, ob und unter welchen Umständen es das europäische Kartellrecht zulässt, Händlern in einem selektiven Vertriebssystem den Verkauf über das Internet zu untersagen. Im

vorgelegten Fall hatte das Unternehmen Pierre Fabre Dermo-Cosmétique seinen Händlern aufgegeben, die Produkte nur in einer „materialisierten und individualisierten Verkaufsstelle“ und in Anwesenheit einer ausgebildeten Fachperson zu verkaufen. In dieser Verpflichtung sah der Europäische Gerichtshof ein De-facto-Verbot des Verkaufs über das Internet, das gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoße. Auch innerhalb eines selektiven Vertriebssystems sei dieses Verbot wettbewerbsbeschränkend, weil es angesichts der Eigenschaften des betroffenen Erzeugnisses über dasjenige Maß hinausgehe, das zur Wahrung seiner Qualität und zur Gewährleistung seines richtigen Gebrauchs erforderlich sei. Da es sich um nicht verschreibungspflichtige Kosmetika handele, könne davon ausgegangen werden, dass insbesondere der Gesundheitsschutz keine zwingende Beratung vor dem Kauf im Ladenlokal erfordere. Der Europäische Gerichtshof lehnte es ausdrücklich ab, den Prestigecharakter der Produkte heranzuziehen.

Der Europäische Gerichtshof lässt aber im Urteil erkennen, dass es dennoch Umstände geben kann, die ein Verbot von Internetverkäufen rechtfertigen können, wenn die Freistellungsvoraussetzungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV vorliegen. Leider enthält das Urteil hierzu keine weiteren Ausführungen. Mit Blick auf die Praxis der Kommission wird man im Falle von Gesundheits- und Sicherheitsrisiken ein entsprechendes Verbot im Einzelfall rechtfertigen können. Unklar bleibt, ob im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV – anders als in Abs. 1 – Prestigeerwägungen herangezogen werden können. Eine klare Absage erteilte der Europäische Gerichtshof dagegen der Möglichkeit, ein solches Verbot nach der Vertikalgruppenfreistellungsverordnung freizustellen. Deren Art. 4 lit. c) verbiete jegliche Beschränkung des Verkaufs von Produkten an Endverbraucher innerhalb eines selektiven Vertriebssystems.

2. Bundesgerichtshof stärkt Rechte von Kartellgeschädigten

Mit Urteil vom 29.06.2011 entschied der Bundesgerichtshof, dass auch indirekte Abnehmer Schadenersatzansprüche wegen kartellbedingter Preiserhöhungen gegen Kartelltäter geltend machen können. Der Bundesgerichtshof trägt damit dem Umstand Rechnung, dass die nachteiligen Folgen eines Preiskartells sich nicht zwingend bei den unmittelbaren Abnehmern der Kartellanten realisieren, insbesondere wenn diese die kartellbedingten Preiserhöhungen an ihre Kunden weitergegeben haben. Auch diese mittelbar Geschädigten müssten, so der Bundesgerichtshof, über wirksame Instrumente verfügen, um ihre Schäden ersetzt zu erhalten.

In demselben Urteil bestätigte der Bundesgerichtshof, dass es dem beklagten Kartellteilnehmer möglich ist, die so genannte „passing-on-defence“ geltend zu machen. Diese gibt dem Kartelltäter das Recht, sich darauf zu berufen, dass die klagenden Abnehmer keinen eigenen Schaden erlitten haben, weil sie die kartellbedingt überhöhten Preise an ihre eigenen Kunden weitergegeben haben. Der Bundesgerichtshof wendet diesbezüglich die Grundsätze der Vorteilsausgleichung an. Er will dadurch eine unverhältnismäßige mehrfache Inanspruchnahme eines Kartellanten verhindern, der schließlich nach den im vorherigen Absatz geschilderten Umständen auch von Vertretern mehrerer Marktstufen in Anspruch genommen werden kann. Zudem soll verhindert werden, dass die Abnehmer sich auf Kosten der Kartellanten bereichern, indem sie Kartellschäden geltend machen, obgleich sie keinen eigenen Schaden erlitten haben, weil sie diesen auf ihre Kunden abwälzen konnten.

Bei diesem Urteil handelt es sich um eine der ersten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum neuen § 33 GWB in Zusammenhang mit

Kartellschadenersatz. Zwar beruhte das Urteil noch auf der vorherigen Rechtslage, der Bundesgerichtshof stellte jedoch ausdrücklich klar, dass nach neuer Rechtslage keine anderen Grundsätze gelten. Rund um den Komplex „Private Kartellrechtsdurchsetzung“ besteht weiterhin eine Vielzahl an offenen Rechtsfragen, das Urteil trägt aber dazu bei, dass Kläger und Beklagte von Kartellschadenersatzverfahren ihre Angriffs- und Verteidigungsstrategien besser festlegen können.

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

Medizinrecht

1. § 6 a GOÄ: Gebührenminderung bei Behandlung in Privatkliniken

Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg hat in einer aktuellen Entscheidung über den Beihilfeanspruch einer Beamtin entschieden, die auch Hinweise für die Abrechnungsvoraussetzungen ärztlicher Leistungen enthält. Die Patientin war in einer Privatklinik stationär aufgenommen worden. Von der Klinik wurde eine Rechnung für die stationäre Unterkunft und Verpflegung gestellt, die ihr in vollem Umfang erstattet wurde. Nach der mit der Patientin getroffenen Vereinbarung waren in dieser Rechnung nicht die Kosten für ärztliche oder therapeutische Leistungen enthalten. Diese wurden von den behandelnden Ärzten mit einer gesonderten Liquidation abgerechnet, ohne dass dabei eine Minderung nach § 6 a GOÄ vorgenommen wurde. Die Beihilfestelle erstattete nur einen um 25 % geminderten Betrag auf die ärztliche Abrechnung. Die dagegen erhobene Klage der Patientin wurde vom Verwaltungsgerichtshof abgewiesen. Nach Ansicht des Gerichts gibt es keinen Anspruch der Patientin gegenüber der Beihilfestelle, weil die Patientin gegenüber den Ärzten nur

zur Bezahlung einer Rechnung verpflichtet war, die um 25 % gemindert wurde.

§ 6 a GOÄ sieht vor, dass bei voll- und teilstationärer sowie vor- und nachstationärer privatärztlicher Behandlung die Gebühren einschließlich der darauf entfallenden Zuschläge um 25 % zu mindern sind, wobei für Belegärzte und niedergelassene andere Ärzte ein niedrigerer Minderungssatz von 15 % gilt. Die Abrechnung von Auslagen gemäß § 10 GOÄ ist daneben möglich (vgl. Newsletter 1/2011).

Die Argumentation der Patientin, sie sei wegen einer psychischen Erkrankung behandelt worden und die Kalkulation des Privatkrankenhauses sei getrennt von den ärztlichen und sonstigen therapeutischen Leistungen nach Art eines Pensionsbetriebes erfolgt, verfiel nicht: Es stellt sich dann die Frage, ob überhaupt eine Behandlung in einer Klinik notwendig war oder nicht eine ambulante Maßnahme ausgereicht hätte, wenn nur eine Aufnahme in einer Pension nötig war. Das Gericht erkannte insofern aber an, dass bei einer psychischen Erkrankung eine stationäre Behandlung notwendig ist.

Im Falle der stationären Aufnahme seien die Voraussetzungen des § 6 a GOÄ erfüllt und es gebe keinen Grund, eine in der Verordnung nicht vorgesehene Ausnahme zu machen. Weder der Umstand, dass die Klinik nicht dem Krankenhausentgeltgesetz unterliegt, sondern seine Kalkulation selbst vornimmt, noch der Umstand, dass die Klinik bei den selbst kalkulierten Tagessätzen keinerlei ärztliche Leistung berücksichtigt hat, lässt Raum für eine einschränkende Auslegung von § 6 a GOÄ. Die Entscheidung liegt damit auf einer Linie mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der eine Ausnahme von § 6 a GOÄ weder für die zugelassenen Konsiliarärzte, die ihre Praxiskosten selbst tragen und keine Einrichtungen und kein Personal des Kranken-

hauses in Anspruch nehmen, noch für Chefärzte anderer Krankenhäuser, die bei der Behandlung zugezogen werden, anerkannt.

Fazit: Unabhängig davon, ob vom Privatkrankenhaus in der Kalkulation für das vom Patienten zu entrichtende Entgelt ärztliche Leistungen berücksichtigt werden oder nicht, ist die Abrechnung privatärztlicher Leistungen nach § 6 a GOÄ zu mindern. Das Krankenhaus hat freilich die Möglichkeit, seine Vergütung für die Aufnahme des Patienten anders zu kalkulieren, solange die Grenzen der Sittenwidrigkeit nicht überschritten werden.

2. Ambulante Operationen im Krankenhaus durch Vertragsärzte

Das Bundessozialgericht hat die Möglichkeiten von Krankenhäusern eingeschränkt, Vertragsärzte als Operateure bei ambulanten Operationen des Krankenhauses einzusetzen. Ein Krankenhaus hatte ambulante Operationen durch niedergelassene Chirurgen durchführen lassen unter Mitwirkung eines beim Krankenhaus angestellten Anästhesisten. Die anästhesistischen Leistungen wurden nach dem Vertrag für ambulante Operationen (AOP-Vertrag) mit den Krankenkassen abgerechnet; die Vertragsärzte rechneten ihre Leistungen mit der Kassenärztlichen Vereinigung ab. Mit dem Krankenhaus im Wettbewerb stehende Vertragsärzte, die ein ambulantes Operationszentrum betrieben, machten Ansprüche auf Auskunft und Schadenersatz geltend, die das Bundessozialgericht für berechtigt hielt.

Das Bundessozialgericht hält es im Ausgangspunkt für erforderlich, dass das Krankenhaus Leistungen mit eigenem Personal, d.h. angestellten oder beamteten Ärzten erbringt. Ausnahmen davon seien etwa Belegärzte, wobei im vorliegenden Falle die niedergelassenen Ärzte keine Belegarztanerkennung hatten. Obwohl

der Gesetzgeber mit der Regelung von § 115 b SGB V und dem dann auf dieser Grundlage abgeschlossenen AOP-Vertrag die Sektorengrenzen überwinden wollte, legt das Bundessozialgericht die Regelungen im AOP-Vertrag eng aus. Ein freier Mitarbeiter sei kein Operateur des Krankenhauses im Sinne des AOP-Vertrages. Dies hat zur Konsequenz, dass ambulante Operationen erbracht und abgerechnet werden können, wenn die Operateure fest beim Krankenhaus angestellt sind oder wenn ein Belegarzt mit einem vom Krankenhaus angestellten Anästhesisten zusammenwirkt. Die anästhesistische Leistung muss nach Ansicht des Bundessozialgerichts stets von einem beim Krankenhaus angestellten Arzt erbracht werden.

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

Mietrecht

Betriebskosten/Wirtschaftlichkeitsgebot

Im Rahmen der Betriebskosten und ihrer Abrechnung trifft den Vermieter die vertragliche Nebenpflicht, das so genannte Wirtschaftlichkeitsgebot zu beachten. Das bedeutet, dass er bei Maßnahmen und Entscheidungen im Zusammenhang mit den vom Mieter zu tragenden Betriebskosten auf ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis achten muss. Verletzt der Vermieter diese Pflicht, steht dem Mieter unter Umständen ein Schadenersatzanspruch mit der Folge zu, dass er unter Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot entstandene Kosten nicht tragen muss. Bislang war nicht entschieden, welche der Mietvertragsparteien im Rahmen eines Rechtsstreits die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass das Wirtschaftlichkeitsgebot beachtet wurde. Mit Urteil vom 06.07.2011 hat der Bundesgerichtshof die Beweislast

dem Mieter zugewiesen. Erhebt also der Mieter gegen den Vermieter Ansprüche unter Berufung auf einen Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot, ist es Sache des Mieters, ein entsprechendes pflichtwidriges Verhalten des Vermieters darzulegen und zu beweisen.

Verena Gahn, Stuttgart

Vergaberecht

1. Aufbüdung eines ungewöhnlichen Wagnisses

Anders als die VOB/A kennt weder die VOL/A noch die SektVO das Verbot, dem Auftragnehmer ein ungewöhnliches Wagnis aufzubürden. In Rechtsprechung und Literatur ist es umstritten, ob ein solches Verbot, das die VOL/A 2006 noch vorsah, trotzdem im Anwendungsbereich der VOL/A 2009 und der SektVO zu beachten ist. Hiergegen hat sich das Oberlandesgericht Düsseldorf in einem Beschluss vom 07.11.2011 ausgesprochen und klargestellt, dass sich Bieter allenfalls gegen Ausschreibungen zur Wehr setzen können, in denen ihnen keine zumutbare kaufmännisch vernünftige Kalkulation möglich gemacht wird.

In dem vom Oberlandesgericht Düsseldorf entschiedenen Fall hatte sich ein Apotheker gegen die Ausschreibung von Rahmenverträgen zur Belieferung von Vertragsarztpraxen mit bestimmten Zubereitungen gewandt, da das Auftragsvolumen nicht feststand. Das Gericht meinte, diese Unklarheit stehe einer kaufmännisch vernünftigen Kalkulation nicht entgegen. Denn zum einen hatte die ausschreibende Stelle das voraussichtliche Auftragsvolumen auf Basis der Absatzzahlen der vergangenen Jahre so konkret wie möglich angegeben, zum anderen liege das Absatzrisiko auf Grund der Apotheken-Wahlfreiheit der Versicherten typischerweise beim Apotheker.

Eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation wäre dagegen ausgeschlossen, wenn dem Auftragnehmer typischerweise beim Auftraggeber liegende Risiken überbürdet werden. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf wird es Bietern künftig erschweren, sich gegen Ausschreibungen im Bereich der VOL/A und der SektVO zur Wehr zu setzen, in denen dem Auftragnehmer ungewöhnliche Wagnisse aufgebürdet werden.

2. Keine Mindestanforderungen für Nebenangebote im Unterschwellenbereich

In einem Urteil vom 30.08.2011 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass außerhalb des Anwendungsbereichs des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen – also im so genannten Unterschwellenbereich – keine Pflicht der ausschreibenden Stelle bestehe, für Nebenangebote Mindestanforderungen vorzugeben. Denn anders als § 16 a VOB/A für den Oberschwellenbereich sehe § 16 VOB/A für den Unterschwellenbereich keine entsprechende Verpflichtung vor. Für Ausschreibungen mit Binnenmarktrelevanz, also solchen Aufträgen, die in Anbetracht ihres Volumens und des Ortes der Auftragsdurchführung auch für ausländische Anbieter interessant sein können, seien zwar die Grundfreiheiten des EU-Vertrags zu beachten. Aber auch hieraus ergebe sich keine Pflicht, im Unterschwellenbereich Mindestanforderungen an Nebenangebote zu benennen.

Dr. Lars Knickenberg, Stuttgart

Versicherungsrecht

Obliegenheitsverletzungen

Versicherungsbedingungen enthalten Pflichten des Versicherungsnehmers, so genannte „Obliegenheiten“, die dieser u.a. in Bezug auf die versicherte Sache oder nach dem Eintritt des Versicherungsfalls einhalten muss. Bedingungen für Leitungswasserversicherungen schreiben z.B. vor, in nicht genutzten Gebäuden sämtliche wasserführenden Leitungen abzusperren und zu entleeren. Hat der Versicherungsnehmer Obliegenheiten vorsätzlich oder grob fahrlässig missachtet, hatte dies nach alter Rechtslage regelmäßig zur Folge, dass der Versicherer keine Leistungen erbringen musste. Diese Rechtsfolge hat der Gesetzgeber im Rahmen der Reform des Versicherungsvertragsgesetzes zum 01.01.2008 abgemildert. Seither führen grob fahrlässige Obliegenheitsverletzungen nur noch zu einer Kürzung der Versicherungsleistung, deren Umfang von der Schwere des Verschuldens abhängt.

Die Versicherer hatten bis zum 01.01.2009 Gelegenheit, auch bei bereits bestehenden Versicherungsverträgen ihre Versicherungsbedingungen an die neue Rechtslage anzupassen. Viele Versicherer haben jedoch wegen des damit verbundenen hohen Aufwandes auf eine Bedingungsanpassung für die Bestandsverträge verzichtet. Es war bislang umstritten, welche Rechtsfolgen eine unterbliebene Bedingungsanpassung im Rahmen von Obliegenheitsverletzungen hat. Diesen Meinungsstreit hat der Bundesgerichtshof nun mit Urteil vom 12.10.2011 entschieden. Danach kann ein Versicherer wegen einer grob fahrlässigen Obliegenheitsverletzung die Versicherungsleistung weder verweigern noch kürzen, wenn er keine Bedingungsanpassung vorgenommen hat.

Eine Leistungskürzung soll nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs jedoch möglich bleiben, wenn der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall grob fahrlässig herbeigeführt hat (nicht zu verwechseln mit der grob fahrlässigen Obliegenheitsverletzung). Für den konkret vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall einer Leitungswasserversicherung bedeutet dies, dass der Versicherer nicht allein deshalb die Leistung kürzen durfte, weil die Leitungen in einem leer stehenden Gebäude nicht abgestellt und entleert waren. Der Bundesgerichtshof hat den Rechtsstreit jedoch an das Berufungsgericht zurückverwiesen und diesem aufgegeben, zu prüfen, ob eine grob fahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalls vorlag, weil der Versicherungsnehmer das Gebäude in der Frostperiode nicht ausreichend beheizt hatte, wodurch es zu dem streitigen Leitungswasserschaden gekommen war.

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: 23. November 2011