

# Newsletter

2 / 2 0 1 3

mit Beiträgen zu:

Arbeitsrecht

Bau-, Architekten- und  
Ingenieurrecht

Handels- und  
Gesellschaftsrecht

Insolvenzrecht

Internet-Recht

Kartellrecht

Medizinrecht

Mietrecht

Sozialversicherungsrecht

Vergaberecht

Versicherungsrecht

## BRP aktuell

Für unseren Standort Stuttgart konnten wir zwei weitere Kollegen gewinnen: Frau Angela Schmidt ist seit Mitte Mai im Bereich Wirtschaftsstrafrecht, Herr Elmar Meyer zu Bexten seit Anfang Juni als Patentanwalt tätig.

An unserem Standort Frankfurt hat bereits Anfang Mai Herr Paul Springstein als Wirtschaftsjurist sowie Mitte Mai Herr Tobias Weber als Rechtsanwalt im Kapitalmarktrecht begonnen.



BRP Renaud & Partner  
Rechtsanwälte Notare  
Patentanwälte

## Arbeitsrecht

### 1. Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei Berechnung des Schwellenwerts zur Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes

Das Kündigungsschutzgesetz gilt für nach dem 31.12.2003 eingestellte Arbeitnehmer nur in Betrieben, in denen „in der Regel“ mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden. Bei der Ermittlung dieses Schwellenwertes sind nach einem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 24.01.2013 auch Leiharbeitnehmer zu berücksichtigen, wenn deren Einsatz auf einem „in der Regel“ vorhandenen Personalbedarf beruht. Die Leiharbeitnehmer werden hingegen nicht mitgerechnet, wenn sie nur einen vorübergehend erhöhten, nicht regelmäßig auftretenden Geschäftsanfall abdecken. In Kleinbetrieben muss daher darauf geachtet werden, dass es durch den regelmäßigen Einsatz von Leiharbeitnehmern zu einem „Hineinwachsen“ in den Kündigungsschutz kommen kann.

### 2. Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern im Betriebsverfassungsgesetz

Das Bundesarbeitsgericht hat bereits am 18.10.2011 entschieden, dass Leiharbeitnehmer, die länger als drei Monate im Entleiherbetrieb eingesetzt sind, bei der Ermittlung der Schwellenwerte für Betriebsänderungen gemäß § 111 Be-

triebsverfassungsgesetz zu berücksichtigen sind. Mit bislang nur als Pressemitteilung vorliegendem Beschluss vom 13.03.2013 hat das Bundesarbeitsgericht unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung entschieden, dass „in der Regel“ beschäftigte Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb bei der Ermittlung der Größe des Betriebsrats mitzuzählen sind. In Betrieben von mehr als 100 Arbeitnehmern gilt dies unabhängig von der Wahlberechtigung der Leiharbeitnehmer.

### 3. Urlaubsabgeltung

Urlaub, der wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr genommen werden kann, ist gemäß des Bundesurlaubsgesetzes abzugelten. Nach früherer Rechtsprechung konnte auf diesen Anspruch selbst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht verzichtet werden. Mit Urteil vom 14.05.2013 hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass der Arbeitnehmer auf den bereits entstandenen Urlaubsabgeltungsanspruch verzichten kann. Dies müsse nicht ausdrücklich geschehen, sondern könne auch durch eine umfassende Erledigungserklärung in einer Abwicklungsvereinbarung oder in einem gerichtlichen Vergleich erfolgen. Vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses dürfte ein Verzicht auf den Urlaubsabgeltungsanspruch weiterhin unwirksam sein. Wegen der Einzelheiten ist die schriftliche Begründung des Urteils abzuwarten.

#### 4. Arbeitszeit bei fehlender vertraglicher Regelung

Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 15.05.2013 klargestellt, dass bei fehlender vertraglicher Regelung die betriebsübliche Arbeitszeit als vereinbart gilt. Geklagt hatte eine als „außertarifliche Mitarbeiterin“ eingestellte Arbeitnehmerin mit entsprechender Vergütung. Im Arbeitsvertrag war keine bestimmte Arbeitszeit festgelegt, sondern nur ausgeführt worden, die Arbeitnehmerin müsse „auch außerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeit tätig werden“. Nachdem die Mitarbeiterin deutlich weniger als die betriebsüblichen 38 Wochenstunden gearbeitet hatte, kürzte der Arbeitgeber das Gehalt entsprechend der aufgelaufenen Minusstunden. Hiergegen wandte sich die Klägerin mit der Argumentation, sie sei arbeitsvertraglich nicht zur Ableistung einer bestimmten Arbeitszeit verpflichtet, sondern müsse nur ihre Aufgaben erledigen. Dieser Sichtweise hat das Bundesarbeitsgericht – wie auch schon die Vorinstanzen – eine Absage erteilt und die Gehaltskürzung gebilligt.

#### 5. Auskunftsanspruch vermeintlich diskriminierter Bewerber

Arbeitgeber dürfen Stellenbewerber aufgrund ihrer Religion, Weltanschauung, Behinderung, ihres Alters oder sexuellen Identität nicht benachteiligen. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hatte bereits mit Urteil vom 19.04.2012 entschieden, dass der abgelehnte Stellenbewerber grundsätzlich keinen Auskunftsanspruch gegen den Arbeitgeber bezüglich der Einstellungsentscheidung hat, allerdings könne die Verweigerung jeglicher Informationen eine Diskriminierung indizieren.

Nach einer Entscheidung des EuGH vom 25.04.2013 kann der Anschein einer Diskriminierung – im konkreten Fall die Äußerung eines sich als Entscheidungsträger eines Fußballclubs generierenden „Patrons“, es würden keine homosexuellen Spieler eingestellt – durch ein Bündel übereinstimmender Indizien widerlegt werden. Hierzu könnten eine klare Distanzierung von solchen Äußerungen sowie die Existenz interner Bestimmungen zählen, die ausdrücklich die Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei Einstellungen gewährleisten sollen. Arbeitgeber sollten daher interne Bestimmungen zu einer diskriminierungsfreien Einstellungspolitik aufstellen und sich von etwaigen diskriminierenden Äußerungen ihrer Mitarbeiter klar distanzieren.

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

### Bau-, Architekten- und Ingenieurrecht

#### 1. Preisbildung gemäß § 2 VOB/B bei überhöhten Einheitspreisen

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteilen vom 07.03. und 14.03.2013 seine Rechtsprechung zur Preisbildung bei Massenmehrungen (§ 2 Abs. 3 VOB/B) sowie geänderten Leistungen (§ 2 Abs. 5 VOB/B) auf Basis überhöhter Einheitspreise fortgeführt. Den Entscheidungen lagen Sachverhalte zugrunde, bei denen zu einzelnen Positionen Einheitspreise vereinbart waren, die den üblichen Preis um das 8- bzw. 22-fache überstiegen. Für auftraggeberseits angeordnete oder nachträglich anerkannte Leistungsänderun-

gen mussten neue Preise gebildet werden. Da es zu erheblichen Mehrmengen gegenüber den in den Vergleichspositionen vorgegebenen Massen kam, hätte sich der Abrechnungsgegenüber dem Angebotspreis bei einer Preisbildung auf Grundlage der Urkalkulation erheblich erhöht. In einem Urteil vom 18.12.2008 hatte der Bundesgerichtshof einem Auftragnehmer eine Preisanpassung für Mehrmengen auf Basis der Urkalkulation verwehrt, da diese Anpassung auf Basis eines mehr als 800-fach über dem Üblichen liegenden Preises sittenwidrig sei; der Auftragnehmer erhielt für die Mehrmengen nur den ortsüblichen Preis zugesprochen.

Hieran knüpft der Bundesgerichtshof an und dehnt seine Rechtsprechung im Urteil vom 07.03.2013 auf die Preisbildung für zusätzliche Leistungen nach § 2 Abs. 6 VOB/B aus. Gleichzeitig stellt er klar, dass bereits eine 8-fache Überhöhung wucherähnlich sein und die Vermutung eines sittenwidrigen Gewinnstrebens des Auftragnehmers begründen kann. Voraussetzung hierfür ist nicht nur ein auffälliges Missverhältnis zwischen Einheitspreis und objektivem Wert der Leistung, sondern auch, dass der Preisanteil für die zusätzliche Leistung (Gleiches gilt für geänderte Leistungen und Massenmehrungen) so erheblich ist, dass er nicht mehr hingenommen werden kann. Im konkreten Fall hätte die – ursprünglich untergeordnete – Position etwa ein Drittel des Abrechnungsvolumens ausgemacht. Deshalb durfte der sittenwidrig kalkulierende Auftragnehmer für die über die Ausschreibung hinausgehende Mengen nur den ortsüblichen Preis abrechnen.

Dem Urteil vom 14.03.2013 lag ein Fall zugrunde, bei dem der vereinbarte Preis für T-Ver-

bindungen für Trockenbauwände den üblichen 22-fach überstieg. Die T-Verbindungen wurden nicht nur wie ausgeschrieben neun Mal verbaut, sondern 261 Mal. Ein sittenwidriges Gewinnstreben konnte der Auftragnehmer widerlegen, da er zum einen auf eine verrutschte Dezimalstelle im Rahmen einer Tabellenkalkulation verweisen konnte, zum anderen waren die Mehrmengen nicht vorhersehbar, da sie auf nachträgliche Anordnungen des Auftraggebers zurückgingen. Trotzdem hat der Bundesgerichtshof dem Auftragnehmer für (261-9=) 252 T-Verbindungen nur den üblichen Preis zugesprochen: Der Auftragnehmer verstoße gegen Treu und Glauben, wenn er für Mehrmengen und geänderte Leistungen einen Preis verlange, der auf einem Einheitspreis beruhe, der in einem auffälligen, wucherähnlichen Missverhältnis zum Wert der Bauleistung stehe. Mit einem solchen Verlangen setze er sich in Widerspruch zu seiner Behauptung, bei der Kalkulation kein sittlich verwerfliches Gewinnstreben verfolgt zu haben. Die Beschränkung der Preisanpassung nach Treu und Glauben greife aber nur, wenn der Preisanteil der betroffenen Leistung insgesamt so erheblich sei, dass er von der Rechtsordnung nicht mehr hingenommen werden könne. Es kommt also auf den absoluten Preis für die Position an und auf das Verhältnis zur Gesamtauftragssumme.

## 2. Werklohn ohne Abnahme

Grundsätzlich erhält der Auftragnehmer seine Vergütung erst nach der Abnahme seiner Leistung. Ohne Abnahme steht ihm die Vergütung nach § 641 Abs. 2 Nr. 1 BGB ausnahmsweise dann zu, wenn der Auftraggeber von seinem Auftraggeber (zum Beispiel dem Bauherrn) die Vergütung für die vom Auftragneh-

mer erbrachte Leistung erhält. Geschützt wird hierdurch der Nachunternehmer in einer Leistungskette. Nach einem Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 08.04.2011, zu dem der Bundesgerichtshof die Nichtzulassungsbeschwerde mit Beschluss vom 29.04.2013 zurückgewiesen hat, kann sich der Auftragnehmer auch dann auf § 641 Abs. 2 Nr. 1 BGB berufen, wenn seine Leistung nur einen Teil derjenigen darstellt, die der Auftraggeber seinem Auftraggeber schuldet. Die Entscheidung stärkt die Rechte von Nachunternehmern gegenüber Generalunternehmern, die ihren Werklohn auch ohne Abnahme einfordern können, sobald der Generalunternehmer seine Vergütung vom Bauherrn erhält. Über Zahlungen des Bauherrn muss der Generalunternehmer dem Nachunternehmer auf Verlangen Auskunft erteilen. Verweigert er die Auskunft, wird die Vergütungsforderung des Auftragnehmers fällig, ohne dass es auf Zahlungen des Bauherrn ankäme.

## 3. HOAI 2013 steht vor der Einführung

Die nächste Reform der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) liegt in den Endzügen, die Neufassung wird voraussichtlich noch vor der Bundestagswahl im September in Kraft treten. Hauptmotive der 7. Novellierung sind die Modernisierung und Vereinheitlichung der HOAI-Leistungsbilder sowie eine Aktualisierung der Honorarstruktur unter dem Blickwinkel des Wandels der von der HOAI erfassten Berufsbilder, der Umweltbelange und der Regeln der Technik. Die der HOAI bislang zugrunde liegenden Planungsprozesse und Büroabläufe entsprechen dem technischen Stand von 1976 und sind gekennzeichnet durch Zeichnungen mit der Hand am Reißbrett, Berechnungen mit Rechenschiebern, Leis-

tungsbeschreibungen per Schreibmaschine sowie Kommunikation mittels Brief und Telefon. Mit der Reform ist ferner eine Erhöhung der Honorare für Architekten und Ingenieure um durchschnittlich 17 % gegenüber der HOAI 2009 verbunden.

Die in den Leistungsbildern erfassten Grundleistungen erfahren vielfach eine neue Bewertung. Während zum Beispiel bei der Objektplanung für Gebäude Leistungsphase 1 nur noch mit 2% und Leistungsphase 4 mit 3% bewertet wird, entfallen künftig 15% des Honorars auf die in Leistungsphase 3 zu erbringenden Leistungen. Erstmals verlangt auch die HOAI eine Abnahme der Leistung des Architekten oder Ingenieurs für die Fälligkeit des Honorars. Bislang kam es hierauf nicht an, entscheidend war nur, dass die Leistungen erbracht wurden und dem Auftraggeber eine prüffähige Schlussrechnung vorlag.

Die vorgesehenen Änderungen der HOAI führen dazu, dass die erst mit Einführung der HOAI 2009 überarbeiteten Vertragsmuster ab Inkrafttreten der HOAI 2013 nicht mehr verwendet werden können. Hierauf sollten sich Auftraggeber und Auftragnehmer von Planungsleistungen rechtzeitig einrichten.

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

## Handels- und Gesellschaftsrecht

### 1. Geschäftsführender Gesellschafter einer GbR: Haftung wegen Ausnutzung einer Geschäftschance

Nach einem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 04.12.2012

kann die Geschäftschancenlehre auf den geschäftsführenden Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts anwendbar sein. In dem entschiedenen Fall hatte eine aus drei Geschwistern bestehende GbR den Erwerb, das Halten und das Verwalten von Wohn- und Geschäftsgebäuden sowie unbebauter Grundstücke zum Gegenstand. In seiner Funktion als geschäftsführender Gesellschafter plante der Beklagte in den Jahren 2004 und 2005 den Kauf von Grundstücken durch die Gesellschaft, um einen entgeltlichen Parkplatz zu betreiben. Er informierte seine Mitgesellschafter, stellte ihnen ein Bodengutachten zur Verfügung, besprach die Geschäftsmöglichkeit mit einem Architekten und dem Steuerberater der GbR und verhandelte mit den Behörden über die zukünftig geplante Nutzung. Im Jahr 2005 gründete der Beklagte gemeinsam mit seiner Ehefrau eine GmbH, die anschließend die fraglichen Grundstücke erwarb und darauf selbst einen Parkplatz betrieb. Die GbR, vertreten durch die Mitgesellschafter, nahm den Beklagten auf Schadenersatz in Anspruch. Der Schadenersatzanspruch wurde vom Bundesgerichtshof mit der Begründung bejaht, dass der Beklagte eine der GbR zugeordnete Geschäftschance unter Verstoß gegen die ihm obliegende Treuepflicht für sich selbst genutzt habe. Die Geschäftschancenlehre wird aus der Treuepflicht des geschäftsführenden Gesellschafters hergeleitet. Einem geschäftsführenden Gesellschafter ist es ohne ausdrückliche Erlaubnis nicht gestattet, im Geschäftszweig der Gesellschaft Geschäfte für eigene Rechnung zu tätigen oder tätigen zu lassen oder den Vollzug bereits von der Gesellschaft abgeschlossener Verträge durch Abwicklung auf eigene Rechnung oder in sonstiger Weise zu beeinträchtigen bzw. zu

vereiteln. Verstößt der geschäftsführende Gesellschafter hiergegen, hat er der Gesellschaft einen dadurch entstehenden Schaden zu ersetzen.

Die für die GmbH und OHG anerkannte Geschäftschancenlehre ist nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs auf den geschäftsführenden Gesellschafter einer GbR dann anwendbar, wenn diese eine Erwerbsgesellschaft oder unternehmenstragende Gesellschaft darstellt oder gewerblich tätig ist. Weitere Voraussetzung für eine Haftung des geschäftsführenden Gesellschafters ist die eindeutige Zuordnung der Geschäftschance zur Gesellschaft. Dies soll dann der Fall sein, wenn die Gesellschaft als Erste mit dem Geschäft in Berührung gekommen ist und der geschäftsführende Gesellschafter auf Seiten der Gesellschaft in Vertragsverhandlungen über ein bestimmtes Geschäft eingeschaltet wird. Die von dem Beklagten entwickelten Aktivitäten waren nach Ansicht des Bundesgerichtshofs ausreichend, um von der erforderlichen Zuordnung auszugehen. Die weitere Voraussetzung, wonach die Geschäftschance durch die Gesellschaft nicht freigegeben sein darf – die Beweislast hierfür liegt bei dem geschäftsführenden Gesellschafter – wurde ebenfalls bejaht. Die Schadenersatzpflicht geht dahin, dass die Gesellschaft von dem Beklagten die Übertragung der betroffenen Grundstücke gegen Aufwendungseratz verlangen kann.

## **2. Steuerberatungsvertrag zwischen GmbH und Steuerberater entfaltet keine Schutzwirkung für Geschäftsführer der GmbH bezüglich Vorliegens der Insolvenzreife**

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 07.03.2013 umfassend zu der Frage Stellung

genommen, ob ein Steuerberater, der von einer GmbH mit der üblichen steuerlichen Beratung beauftragt worden ist, auf eine Insolvenzzreife der GmbH hinzuweisen hat. Zugleich hat sich der Bundesgerichtshof auch mit der Frage beschäftigt, ob der Steuerberatungsvertrag zwischen GmbH und Steuerberater eine Schutzwirkung für den Geschäftsführer entfaltet, die es ihm ermöglichen könnte, eigene vertragliche Schadensersatzansprüche gegen den Steuerberater geltend zu machen. Der Bundesgerichtshof hat beide Fragen verneint. Einen Steuerberater, der keinen ausdrücklichen Auftrag zur Prüfung der Insolvenzzreife eines Unternehmens habe, sondern nur im Rahmen eines allgemeinen steuerlichen Beratungsverhältnisses tätig sei, treffe auch bei einer festgestellten Unterdeckung in der Handelsbilanz keine Verpflichtung, den Geschäftsführer darauf hinzuweisen, dass es seine Pflicht sein könnte, eine Prüfung der Insolvenzzreife der GmbH vorzunehmen. Zur Begründung verwies der Bundesgerichtshof auf die komplexen rechtlichen Voraussetzungen für das Vorliegen einer insolvenzrechtlichen Überschuldung. Insbesondere könne aus einer Handelsbilanz nicht ohne weiteres auf eine Überschuldung geschlossen werden. Hierfür sei vielmehr eine Überschuldungsbilanz aufzustellen und eine Fortführungsprognose zu erstellen. Eine Hinweispflicht aufgrund eines bloßen äußeren Verdachts für das Vorliegen einer Überschuldung sei einem Steuerberater nicht zuzumuten. Es bleibt damit originäre Aufgabe des Geschäftsführers, die Zahlungsunfähigkeit und eine etwaige Überschuldung der GmbH im Auge zu behalten und auf etwaige Anzeichen für eine Insolvenzzreife zu reagieren. Weist eine Handelsbilanz der Gesellschaft eine Überschul-

derung aus, hat der Geschäftsführer eine Überschuldungsprüfung selbst vorzunehmen oder gesondert in Auftrag zu geben. Auf den Steuerberater der Gesellschaft kann er diese Aufgabe nicht ohne besonderen Auftrag abwälzen. Mit der fehlenden Hinweispflicht des Steuerberaters gegenüber der GmbH hat der Bundesgerichtshof auch die Frage nach einer Einbeziehung des Geschäftsführers in den Schutzbereich des Steuerberatungsvertrags verneint. Die drittschützenden Pflichten aus einem steuerlichen Beratungsmandat können nicht weiter reichen als die dem Steuerberater gegenüber seiner eigentlichen Vertragspartei obliegenden Warn- und Hinweispflichten. Der Dritte, der selbst keine vertraglichen Beziehungen zu dem Berater hat, kann nicht erwarten, dass dieser ihn über Gefahren und mögliche Risiken aufklärt, auf die er im Rahmen seines allgemeinen Mandats nicht hinzuweisen hat.

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

*Dr. Rainer Bommert, Frankfurt*

## Insolvenzrecht

### Insolvenzanfechtung bei Androhung eines Insolvenzantrags

Wer zur Durchsetzung seiner Ansprüche einen Insolvenzantrag androht, riskiert, empfangenes Geld im Falle einer Insolvenzanfechtung an den Insolvenzverwalter herausgeben zu müssen. Die Drohung mit dem Insolvenzantrag macht die Zahlung zu einer inkongruenten Deckung. Der Bundesgerichtshof hat nun die Grenze zwischen ei-

ner unbedenklichen Mahnung und einer die Inkongruenz begründenden Drohungen genauer abgesteckt. In dem einem Urteil vom 07.03.2013 zugrundeliegenden Fall hatte der Gläubiger dem Schuldner zum einen mit Klageerhebung, darüber hinaus aber auch mit einem Insolvenzantrag gedroht: „... behalten wir uns ausdrücklich vor, Insolvenzantrag zu stellen.“ Der Bundesgerichtshof sah dies als unzulässige Drohung an, obwohl der Insolvenzantrag lediglich „vorbehalten“ wurde. Die Drohung wirke schon dann, wenn der Schuldner zur Zeit der Leistung aus seiner objektivierten Sicht ernsthaft damit rechnen müsse, der Gläubiger werde nach Ablauf der gesetzten Zahlungsfrist Insolvenzantrag stellen.

*Dr. Christian Wittmann, Stuttgart*

## Internet-Recht

### 1. Auch bei Online-Seminaren besteht ein Widerrufsrecht

Kurse im Internet anzubieten spart im Vergleich zu traditionellen Kursangeboten erhebliche Kosten. Nach einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm vom 21.02.2013 muss darauf geachtet werden, Online-Angebote richtig zu gestalten, um Abmahnungen zu vermeiden. Landläufig gibt es die Annahme, dass Online-Kurse als „Dienstleistung im Bereich der Freizeitgestaltung“ im Sinne des § 312b Abs. 3 Nr. 6 BGB keine Fernabsatzverträge darstellen. Dem erteilt das Oberlandesgericht Hamm eine Absage und stellt fest, dass Online-Kurse nicht unter diese Ausnahme fallen, solange beim Online-Kurs lediglich ein Zugang für einen bestimmten Zeitraum, nicht aber für ein zu einer konkreten Uhrzeit angegebene Seminar gebucht wird.

Praxistipp: Soweit Online-Seminare angeboten werden, die nicht zu einem bestimmten Zeitpunkt stattfinden, sondern bei denen der Kunde lediglich einen Zugang erwirbt und die Inhalte zu einer beliebigen Zeit abrufen kann, muss über das Bestehen eines Widerrufsrechts informiert und belehrt werden.

### 2. Schadenersatz für den Ausfall eines Internetanschlusses

Störungen von Telefon und Internet führen häufig nicht nur zu erheblichem persönlichen Ärger, sondern auch zu einem Nutzungsausfall, welcher bisher nicht als ersatzfähig galt. Mit Urteil vom 24.01.2013 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass Kunden eines Telekommunikationsdienstleisters Schadenersatz zustehen kann, soweit der Internetanschluss längere Zeit ausfällt. Ein Schadenersatzanspruch besteht dem gegenüber nicht bei Kommunikationsmitteln, die auf anderem Wege ersetzt werden können. So kann – da der Postweg verwendet werden kann – kein Schadenersatz für den Ausfall eines Telefaxes verlangt werden und Ausfall für einen Festnetzanschluss nur dann, wenn kein Mobiltelefon zur Verfügung steht. Anders ist dies laut Bundesgerichtshof jedoch beim Internetzugang, da dieser nicht entsprechend ersetzt werden könne. Beim Ausfall eines Internetanschlusses können daher die Kosten verlangt werden, die in dem betreffenden Zeitraum für die Bereitstellung eines Anschlusses mit der vereinbarten Kapazität ohne Telefon- und Faxnutzung angefallen wären.

Praxistipp: Beim Ausfall der Internetverbindung ist dies so genau wie möglich zu dokumentieren. Es empfiehlt sich, mit dem Internetanbieter schriftlich zu kommunizieren, damit später



der Nachweis des Ausfalls einfacher geführt werden kann.

*Dr. Thomas Weimann,  
Daniel Nagel, Stuttgart*

## Kartellrecht

### Bundeskartellamt verhängt hohe Bußgelder gegen Hersteller von Süßwaren

Das Bundeskartellamt hat in einem Verfahren gegen mehrere Süßwarenhersteller Geldbußen in Höhe von insgesamt ca. 63 Mio. € verhängt. Die Bußgelder richteten sich unter anderem gegen Preisabsprachen zwischen unmittelbaren Wettbewerbern auf den jeweiligen Einzelmärkten für Tafelschokolade und Schokoladenriegel. Außerdem ahndete das Bundeskartellamt den Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen in informellen Gesprächskreisen und Verbandssitzungen. Einige Süßwarenhersteller hatten sich gegenseitig über Stand und Verlauf der Jahresgespräche, über Konditionen- und Rabattforderungen des Einzelhandels wie auch über ihre jeweiligen Reaktionen auf diese Forderungen informiert. Das Bundeskartellamt bekräftigte, dass es sich bei derartigen Informationen um sensible Geschäftsgeheimnisse handele, deren Austausch eine Anpassung der Verhandlungsstrategien ermögliche und daher kartellrechtlich unzulässig sei.

Aus kartellrechtlicher Sicht bemerkenswert ist, dass das Bundeskartellamt auch den Informationsaustausch von Süßwarenherstellern aus unterschiedlichen Produktmärkten (also zum Beispiel Tafelschokolade und Gummibärchen) als kartellrechtswidrig ansieht, obwohl diese Unternehmen nach üblichem Verständnis unter-

schiedliche Verbraucherbedürfnisse befriedigen und deshalb keine unmittelbaren Wettbewerber sind. Das Bundeskartellamt begründete seine Bewertung damit, dass diese Unternehmen um den Regalplatz und insbesondere um Sonderplatzierungen auf Sonder- und Aktionsflächen im Lebensmitteleinzelhandel konkurrierten und daher in einer mittelbaren Wettbewerbsbeziehung zueinander stünden. Deshalb müssten auch für sie die strengen kartellrechtlichen Regeln für das Verhältnis zwischen Wettbewerbern gelten. Insbesondere für Unternehmen, die ihre Produkte über Handelsunternehmen mit umfassendem Portfolio absetzen, bedeutet dies eine Ausweitung ihrer kartellrechtlichen Pflichten.

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

## Medizinrecht

### 1. Grenzen beim Outsourcing eines Dentallabors

Der Bundesgerichtshof hat sich mit der berufsrechtlichen Zulässigkeit eines Vertrages zwischen Zahnärzten und einem Dentallabor beschäftigt. In einem auf zehn Jahre geschlossenen Vertrag hatten sich Zahnärzte zur exklusiven Zusammenarbeit mit einem Dentallabor verpflichtet. Die Zahnärzte hatten daraufhin ihr Eigenlabor aufgelöst und sämtliche Patienten von diesem Dentallabor versorgen lassen, sofern nicht die Patienten durch „aktive“ Auswahl selbst das Labor bestimmten. Die Zahnärzte versuchten in der Folgezeit mehrmals den Vertrag vor Ablauf der 10-Jahresfrist zu kündigen. Während das Oberlandesgericht Düsseldorf die Vereinbarung trotz der langen Bindung als wirksam ansah,

hat der Bundesgerichtshof die Nichtigkeit des Kooperationsvertrags festgestellt. Denn (Zahn-)Ärzte sind nach ihrem Berufsrecht verpflichtet, die Beauftragung Dritter allein am Patienteninteresse auszurichten. Dies beziehe sich nicht allein auf Patienten, die aktiv einen Leistungserbringer bestimmen, sondern auch und gerade auf Patienten, die keine eigenen Vorstellungen über die Auswahl eines Labors äußern und auf die ärztliche Unabhängigkeit vertrauen.

Sofern der Zahnarzt für die Beauftragung des Dentallabors zwar nicht aus dem Kooperationsvertrag selbst, aber auf Grund weiterer Vereinbarungen neben dem Kooperationsvertrag wirtschaftliche Vorteile erlange, sei auch der Kooperationsvertrag nichtig, obwohl er einen gesonderten Vertrag darstelle. Im vorliegenden Falle hatten weitere Beteiligte, die den Betrieb des Dentallabors organisierten, den Zahnärzten die Möglichkeit eingeräumt, indirekt eine Gegenleistung für die ausschließliche Kooperation mit dem Dentallabor zu erlangen. Deshalb hat der Bundesgerichtshof den Kooperationsvertrag für unwirksam erklärt, so dass die Zahnärzte jederzeit mit anderen Dentallaboren kooperieren können. Über eine Sanktion für das berufsrechtswidrige Verhalten der Zahnärzte wurde vom Bundesgerichtshof nicht entschieden.

### 2. Beihilfefähigkeit pauschalierter Tagessätze in Privatkliniken

Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg hat in einem aktuellen Urteil die Beihilfeverordnung des Landes für teilweise unwirksam erklärt. Das Gericht erkennt im Ausgangspunkt an, dass es möglich ist, den Beihilfeanspruch eines Landesbeamten auf den Umfang zu begrenzen, den er bei

einer Behandlung in einem öffentlich geförderten Krankenhaus erhalten würde. Allerdings schließt die aktuelle Fassung der Beihilfeverordnung jede Erstattung in Fällen aus, in denen privat betriebene, nicht durch Steuermittel finanzierte Kliniken Pauschalen abrechnen. Ein Ausschluss der privat betriebenen Krankenhäuser aus dem Kreis der erstattungsfähigen Beihilfeleistungen sei nicht sachlich zu rechtfertigen. Eine wirksame Begrenzung auf eine bestimmte Höhe des Erstattungsanspruches setze eine konkrete Vorgabe durch den Ordnungsgeber voraus, an der es derzeit fehle. Die in der Verordnung vorgesehene Prüfung jeder Abrechnung auf Angemessenheit sei wegen der unterschiedlichen Struktur der Abrechnung von öffentlich geförderten und privaten Krankenhäusern keine ausreichende Grundlage. Der Umstand, dass in der Verwaltungspraxis durchaus auch privat geführte Krankenhäuser bei der Erstattung im Rahmen der Beihilfe berücksichtigt und den Gesamtkosten gegenübergestellt werden, die bei einer (fiktiven) Behandlung in dem Krankenhaus der Maximalversorgung (regelmäßig das Katharinenhospital Stuttgart) anfallen würden, sei nicht geeignet, die Beihilfeverordnung zu ergänzen.

### 3. Keine Klagbefugnis von Leistungserbringern gegen Beschlüsse des Gemeinsamen Bundesausschusses

Das Bundessozialgericht hat eine Klagbefugnis von Leistungserbringern gegen Beschlüsse des Gemeinsamen Bundesausschusses (GBA) verneint. Das Bundessozialgericht erkennt im Ausgangspunkt an, dass die Beschlüsse des GBA erhebliche Bedeutung für die Tätigkeit von Leistungserbringern haben. Da es sich bei den

Beschlüssen um Normsetzungsakte handelt, gebe es keine Pflicht zur Begründung durch den GBA und keine Möglichkeit, die Normsetzung gerichtlich zu kontrollieren. Der einzelne Leistungserbringer sei durch die Normsetzung nicht in seinen eigenen Rechten betroffen, erst bei einer konkreten Anwendung, insbesondere im Rahmen eines Honorarbescheides, gebe es dann Rechtsschutz. Dabei gebe es allerdings wegen des Normsetzungscharakters und des weiten Ermessensspielraumes des GBA regelmäßig keinen Anspruch auf Erlass eines bestimmten Beschlusses. Sofern ein Beschluss des GBA allgemein bestimmte Behandlungsmethoden ausschließe, könne aber ausnahmsweise bei einem „Systemversagen“ ein Anspruch von Patienten auf Erstattung von Kosten gegen die Krankenkasse bestehen.

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

## Mietrecht

### Kein absolutes Verbot der Hunde- und Katzenhaltung in Miet-AGB

Mit einem Urteil vom 20.03.2013 hat der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung fortgeführt, nach der es dem Vermieter nicht freisteht, seinem Mieter die Tierhaltung im Mietgegenstand ohne sachlichen Grund zu verbieten. Im zu entscheidenden Fall enthielt der Mietvertrag ein generelles Verbot der Haltung von Hunden und Katzen, das nach dem Urteil des Bundesgerichtshofes in Miet-AGB nicht vereinbart werden kann. Eine solche Klausel benachteilige den Mieter unangemessen, weil berechnete Be-

lange des Mieters an einer Tierhaltung völlig ausgeblendet würden. Außerdem würde das Hunde- und Katzenhaltungsverbot uneingeschränkt sogar dann gelten, wenn überhaupt kein Interesse des Vermieters an dem Verbot erkennbar sei, zum Beispiel weil von den Tieren keine Beeinträchtigung des Mietgegenstandes oder Störungen anderer Hausbewohner oder sonstiger Nachbarn ausgingen.

Aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs folgt, dass sich Vermieter auf Tierhaltungsverbote, die in Formularverträgen vereinbart sind, nicht berufen können, also zum Beispiel nicht berechnete sind, vom Mieter die Entfernung eines Hundes oder einer Katze aus der Wohnung zu verlangen. Wichtig ist der Hinweis, dass bei einer solchen unwirksamen vertraglichen Klausel der Mieter nicht automatisch zu jeder Tierhaltung im Mietgegenstand berechnete ist. Vielmehr hängt die Zulässigkeit einer Tierhaltung dann von einer umfassenden Abwägung der jeweiligen Einzelfallumstände ab. Zu berücksichtigen sind insbesondere Art, Größe, Verhalten und Anzahl der Tiere sowie Art, Größe, Zustand und Lage der Wohnung sowie berechnete Interessen des Mieters auf der einen und der Mitbewohner, Nachbarn und des Vermieters auf der anderen Seite. Auf der Grundlage dieser Einzelfallabwägung muss dann entschieden werden, ob die Tierhaltung im Mietgegenstand zulässig ist oder nicht.

*Verena Gahn, Stuttgart*

## Sozial- versicherungsrecht

### Befreiung von der Rentenversicherungspflicht wegen berufsständischer Versorgung

Wir hatten bereits in unserem Newsletter 1/2013 von den Urteilen des Bundessozialgerichts vom 31.10.2012 berichtet. Inzwischen liegen die Urteilsbegründungen vor und es hat sich bestätigt, dass Freiberufler, die wegen Mitgliedschaft in einem berufsständischen Versorgungswerk von der Rentenversicherungspflicht befreit sind, bei jedem Arbeitgeberwechsel einen neuen Befreiungsantrag bei der Deutschen Rentenversicherung stellen müssen. Die Deutsche Rentenversicherung gewährt jedoch bei einem Arbeitgeberwechsel vor dem 31.10.2012 regelmäßig „Vertrauensschutz“, d. h. ein neuer Befreiungsantrag ist erst bei einem weiteren Arbeitgeberwechsel notwendig. Dennoch sollte in allen Fällen, in denen kein Befreiungsbescheid vorliegt, der sich explizit auf die aktuell ausgeübte Beschäftigung bezieht, eine Klärung mit der Deutschen Rentenversicherung vorgenommen werden.

Dringender Handlungsbedarf besteht bei einem Arbeitgeberwechsel nach dem 31.10.2012. Für diese Fälle ist mit einem „Vertrauensschutz“ nicht mehr zu rechnen, so dass auf den Arbeitgeber hohe Nachforderungen in Bezug auf die Rentenversicherungsbeiträge zukommen können.

*Dr. Volker Nill, Stuttgart*

## Vergaberecht

### Eignungsprüfung nur auf Basis gesicherter Erkenntnisse

Aufgrund einer eingeholten Creditreform-Auskunft, die einem Bieter eine „sehr schwache Bonität“ bescheinigte, schloss die ausschreibende Stelle den Bieter mangels wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit vom Vergabeverfahren aus. Zu Unrecht, wie die Vergabekammer Baden-Württemberg mit Beschluss vom 09.04.2013 entschied. Zwar sei die Verwertung von Creditreform-Auskünften im Vergabeverfahren nicht ausgeschlossen, jedoch müsse dem betroffenen Bieter die Gelegenheit eingeräumt werden, zu einer negativen Auskunft Einwände und Korrekturen anzubringen. Eine ungeprüfte Übernahme einer Bonitätsauskunft ohne eigene Prüfung und Kontrolle sei dagegen keine ausreichende Basis für die Entscheidung über die Eignung eines Bieters, die nur auf gesicherter Erkenntnisgrundlage getroffen werden dürfe. Der Beschluss der Vergabekammer bestätigt den Grundsatz, dass Entscheidungen über den Ausschluss eines Bieters regelmäßig erst nach dessen Anhörung getroffen werden dürfen.

*Dr. Lars Knickenberg, Stuttgart*

## Versicherungsrecht

### D&O-Versicherung

Vermögensschaden-Haftpflichtversicherungen von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern („D&O-Versicherungen“) enthalten in ihren Versicherungsbedingungen häufig Klauseln, nach denen der Versicherungsschutz automatisch endet, wenn das Unternehmen liquidiert oder neu beherrscht

wird. Nach einem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 12.09.2012 sind derartige „Change-of-control-Klauseln“ unwirksam.

Weiter ist dem Urteil des Bundesgerichtshofs zu entnehmen, dass dem Versicherer nach einer häufig anzutreffenden Formulierung in den Versicherungsbedingungen eine Neubeherrschung nur „auf Befragen“ hin mitgeteilt werden muss. Nicht zu entscheiden hatte der Bundesgerichtshof hingegen darüber, ob der Versicherer den Versicherungsvertrag bei einer Änderung in den Beherrschungsverhältnissen aufgrund einer Gefahrerhöhung kündigen kann.

*Dr. Volker Nill, Stuttgart*

### Impressum

BRP Renaud & Partner

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

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

verantwortlicher Redakteur

Dr. Lars Knickenberg

Königstraße 28  
70173 Stuttgart

info@brp.de  
www.brp.de

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