

# Newsletter

3 / 2 0 1 3

mit Beiträgen zu:

Arbeitsrecht

Bau-, Architekten- und  
Ingenieurrecht

Handels- und  
Gesellschaftsrecht

Insolvenzrecht

Internet-Recht

Kartellrecht

Medizinrecht

Sozialversicherungsrecht

Vergaberecht

Versicherungsrecht

## BRP aktuell

Für unseren Standort Stuttgart konnten wir zum 01.08.2013 Herrn Prof. Dr. Christian Brenner, EMBA, als Of Counsel in den Bereichen Compliance und Gesellschaftsrecht gewinnen.

An unserem Standort Frankfurt hat bereits zum 01.07.2013 Frau Alexandra Heitmann als Rechtsanwältin im Bereich Kapitalmarktrecht begonnen.



BRP Renaud & Partner  
Rechtsanwälte Notare  
Patentanwälte

## Arbeitsrecht

### 1. Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrates bei Einstellung von Leiharbeitnehmern

Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass der Betriebsrat des Entleiherbetriebs die Zustimmung zur Einstellung von Leiharbeitnehmern verweigern kann, wenn der Arbeitgeber die Leiharbeitnehmer ohne zeitliche Begrenzung und damit nicht nur wie im Gesetz vorgesehen „vorübergehend“ statt einer Stammkraft einsetzen möchte. Nach wie vor ist offen, wann eine nur „vorübergehende“ Überlassung vorliegt. Arbeitgeber sollten daher auf den gesetzlichen Wortlaut abstellen und bei einem zeitlich nicht feststehenden Einsatz der Leiharbeitnehmer schlicht von einer „vorübergehenden“ Tätigkeit sprechen.

### 2. Bestimmtheit einer Kündigungserklärung

Das Bundesarbeitsgericht hat klargestellt, dass eine Kündi-

gung so eindeutig und unmissverständlich formuliert sein muss, dass der Empfänger erkennen kann, wann das Arbeitsverhältnis enden soll. Dafür genügt grundsätzlich die Angabe des Kündigungstermins oder der Kündigungsfrist. Im Streitfall hatte der Insolvenzverwalter ohne Nennung eines konkreten Endtermins oder einer bestimmten Kündigungsfrist „zum nächstmöglichen Zeitpunkt“ gekündigt und zusätzlich die gesetzlichen Regelungen zur Berechnung der Kündigungsfristen abgedruckt. Zwar hat das Bundesarbeitsgericht diese Erklärung für ausreichend bestimmt gehalten. Allerdings sollten Arbeitgeber zur Vermeidung unnötiger Risiken im Kündigungsschreiben deutlich machen, dass und zu welchem konkreten Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis enden soll. Für den Fall einer fehlerhaften Fristberechnung sollte sicherheitshalber auf den nächsten zulässigen Zeitpunkt gekündigt werden. Hierfür bietet sich etwa folgende Formulierung an: „Hiermit kündigen wir das mit Ihnen bestehende Arbeitsver-

hältnis zum nächstmöglichen Zeitpunkt, das ist der...". Gleiches gilt, wenn ein Arbeitgeber eine außerordentliche fristlose Kündigung mit einer hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung kombiniert. Auch bei der hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung sollte der aus Arbeitgebersicht nächste zulässige Beendigungszeitpunkt konkret genannt werden.

### 3. Reichweite arbeitsvertraglicher Ausschlussklauseln bei Vorsatzhaftung

Vereinbaren die Parteien eine arbeitsvertragliche Ausschlussfrist, so werden hierdurch grundsätzlich keine Ansprüche wegen Vorsatzes erfasst. In einem vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall hatten sich die Arbeitsvertragsparteien auf eine einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses geeinigt. Im Laufe der Kündigungsfrist machte die Arbeitnehmerin Ansprüche wegen angeblichen Mobbings geltend; diese unterfielen jedoch nicht der arbeitsvertraglichen Ausschlussfrist, da es sich hierbei gerade um eine Haftung des Arbeitgebers wegen Vorsatzes handelte, die nicht im Voraus – auch nicht durch eine arbeitsvertragliche Ausschlussklausel – abbedungen werden kann.

Arbeitgeber sind daher gut beraten, im Zuge einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses in einer Erledigungsklausel klarzustellen, dass keine weitergehenden Ansprüche bestehen und auch keine Tatsachen vorliegen, die solche Ansprüche begründen. Ist das Arbeitsverhältnis bei Abschluss dieser Vereinbarung bereits beendet oder erfolgt eine Freistellung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist, lässt sich das Risiko von Nachforderungen durch eine entsprechende

Erledigungsklausel minimieren. In jedem Fall wird Verhandlungsmasse geschaffen, falls der Mitarbeiter solche Ansprüche nachträglich geltend macht.

### 4. (Un-) Zulässiger Einsatz von GPS-Geräten

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass der heimliche Einsatz von GPS-Sendern oder vergleichbaren Geräten, durch die personenbezogene Daten, wie etwa der Aufenthaltsort einer Person erhoben werden, nicht nur ein erhebliches Bußgeld von bis zu 200.000,00 € pro Fall nach sich ziehen kann, sondern auch strafrechtlich relevant ist. Grundsätzlich ist etwa die heimliche Kontrolle eines Mitarbeiters durch GPS-Sender ein unzulässiger Eingriff in dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht. Nur wenn der Arbeitgeber kein anderes Mittel hat, um einen schon aufgrund anderer Tatsachen – am besten schriftlich – dokumentierten Verdacht einer Straftat gegen einen Mitarbeiter aufzuklären, darf ausnahmsweise ein GPS-Sender ohne Wissen des Mitarbeiters eingesetzt werden. Allerdings muss in jedem Einzelfall eine Interessenabwägung durchgeführt werden, bei der das Aufklärungsinteresse des Arbeitgebers unter Berücksichtigung der Schwere des vermeintlichen Verstoßes gegen das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers abgewogen wird.

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

## Bau-, Architekten- und Ingenieurrecht

### 1. Keine Mängelansprüche bei Schwarzarbeit

Mit Urteil vom 01.08.2013 hat der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung bestätigt, dass „Ohne-Rechnung-Geschäfte“ gegen steuerrechtliche Vorschriften sowie das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz verstoßen und deshalb nichtig sind. Neu ist die sich daraus für den Auftraggeber ergebende Konsequenz: Ihm stehen keine Mängelansprüche zu, da solche Ansprüche einen wirksamen Vertrag voraussetzen.

In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall hatte der Unternehmer Pflasterarbeiten ausgeführt; die Bezahlung erfolgte bar ohne Rechnung. Durch die Vereinbarung eines „Ohne-Rechnung-Geschäfts“ hat der Unternehmer gegen steuerrechtliche Erklärungs-, Anmelde- und Rechnungsstellungspflichten verstoßen, der Auftraggeber hat dies bewusst zu seinem Vorteil ausgenutzt, da er auf diese Weise einen Teil des Werklohns in Höhe der anfallenden Umsatzsteuer eingespart hat. Um Schwarzarbeit in Gestalt von „Ohne-Rechnung-Geschäften“ wirkungsvoll zu bekämpfen, muss entsprechenden Vereinbarungen die Wirksamkeit versagt werden. Die Nichtigkeit des Gesamtvertrags hat zur Folge, dass keine Mängelansprüche geltend gemacht werden können.

### 2. Leistungsverweigerungsrecht in der Leistungskette

Mit weiterem Urteil vom 01.08.2013 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass dem Generalunternehmer we-

gen Mängeln an der vom Nachunternehmer erbrachten Leistung auch dann ein Zurückbehaltungsrecht am Werklohn des Nachunternehmers zusteht, wenn der Generalunternehmer vom Bauherrn trotz der Mängel vollständig bezahlt wurde und dem Bauherrn (z. B. wegen Verjährung) keine Ansprüche wegen dieser Mängel gegen den Generalunternehmer zustehen. Der Bundesgerichtshof nimmt in seinem aktuellen Urteil eine Abgrenzung zu zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2007 (vgl. Newsletter 3/2007) vor, in denen er einem Generalunternehmer Schadenersatzansprüche gegen den Nachunternehmer in Höhe der Nachbesserungskosten mit der Begründung versagt hat, dass der Generalunternehmer wegen Verjährung vom Bauherrn nicht mehr in Anspruch genommen werden konnte und dem Generalunternehmer bei einer erfolgreichen Inanspruchnahme des Nachunternehmers ein nicht gerechtfertigter Vorteil zufließen würde. Für Schadenersatz- und Minderungsansprüche des Generalunternehmers gegen den Nachunternehmer nimmt der Bundesgerichtshof also eine Vorteilsausgleichung vor, damit der Generalunternehmer durch die Mängel im Ergebnis nicht besser gestellt wird, als bei einer mangelfreien Leistungserbringung. Macht der Generalunternehmer dagegen von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch, greift die Vorteilsausgleichung nach der Entscheidung vom 01.08.2013 nicht.

### 3. Comeback in der HOAI: Die mitzuverarbeitende Bausubstanz

Eine Rolle rückwärts vollzieht der Verordnungsgeber mit der Wiederaufnahme der mitzuverarbeitenden Bausubstanz bei der Bemessung der für das Ar-

chitekten- und Ingenieurhonorar maßgeblichen anrechenbaren Kosten: In der HOAI 2009 hatte der Gesetzgeber hierauf zu Gunsten der Möglichkeit verzichtet, einen höheren Umbauzuschlag zu vereinbaren. Hier von wurde in der Praxis wenig Gebrauch gemacht, sodass bei Umbauten unter dem Regime der HOAI 2009 häufig entgegen der Intention des Verordnungsgebers eine Honorarminderung eintritt. Dies veranlasste den Verordnungsgeber, zum alten System zurückzukehren. Gemäß § 4 Abs. 3 HOAI 2013 ist der Umfang der mitzuverarbeitenden Bausubstanz bei den anrechenbaren Kosten nun wieder angemessen zu berücksichtigen, dies entspricht dem „alten“ § 10 Abs. 3 a HOAI 1996. Mitzuverarbeitende Bausubstanz ist dabei der Teil des zu planenden Objekts, der bereits durch Bauleistungen hergestellt ist und durch Planungs- oder Überwachungsleistungen technisch oder gestalterisch mitverarbeitet wird. Wann der Umfang der mitzuverarbeitenden Bausubstanz bei den anrechenbaren Kosten „angemessen“ berücksichtigt ist, kann innerhalb der Leistungsphasen eines Leistungsbildes differieren. Der Auftragnehmer hat daher darzustellen, inwieweit er in jeder einzelnen Leistungsphase mit der vorhandenen Bausubstanz befasst ist. Damit einher geht nicht nur ein erheblich erhöhter Aufwand des Auftragnehmers bei der Honorarberechnung, sondern auch erhebliches Potential für den Planungs- und Bauablauf störende Meinungsverschiedenheiten. Auftraggebern und Auftragnehmern ist daher anzuraten, sich über den Umfang der bei den anrechenbaren Kosten mitzuverarbeitenden Bausubstanz bereits bei Auftragserteilung zu einigen.

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

## Handels- und Gesellschaftsrecht

### 1. Auslandsbeurkundung bei der Abtretung von Geschäftsanteilen: Ausschließliche Zuständigkeit der Geschäftsführer für die Erstellung und Unterzeichnung der Gesellschafterliste

Das Oberlandesgericht München hat mit Beschluss vom 06.02.2013 die Erstellung und Unterzeichnung der Gesellschafterliste bei einer Beurkundung der Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen im Ausland durch einen Notar im Ausland für unzulässig gehalten. Ein Notar in Basel hatte eine Anteilsübertragung beurkundet und im Folgenden eine aktualisierte Gesellschafterliste für die im Handelsregister von München eingetragene GmbH erstellt, diese unterschrieben und mit Apostille versehen zum Handelsregister eingereicht. Die Aufnahme der Gesellschafterliste ins Handelsregister wurde vom Registergericht mit der Begründung abgelehnt, dass eine Einreichung der Gesellschafterliste durch ausländische Notare nicht zulässig sei und die Unterzeichnung sowie Einreichung der Gesellschafterliste bei einer Auslandsbeurkundung durch die Geschäftsführer zu erfolgen habe. Das Oberlandesgericht München bestätigte die Entscheidung des Registergerichts in Abweichung von einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 02.03.2011: Seit den Änderungen durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Miss-

bräuchen (MoMiG) seien für die Einreichung der Gesellschafterliste grundsätzlich die Geschäftsführer zuständig. Die Zuständigkeit der Geschäftsführer entfalle nur dann, wenn ein Notar an einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfang ihrer Beteiligung mitwirke. In diesem Fall sei der Notar verpflichtet, die Gesellschafterliste an Stelle der Geschäftsführer zu unterzeichnen, zum Handelsregister einzureichen und eine Abschrift der geänderten Gesellschafterliste an die Gesellschaft zu übermitteln. Die Verpflichtung zur Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste trifft nach Ansicht des Oberlandesgerichts München jedoch nur einen inländischen Notar, der deutsche Gesetzgeber könne einem ausländischen Notar keine gesetzlichen Verpflichtungen auferlegen. Werde also ein ausländischer Notar im Rahmen der Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen tätig, bleibe die Verpflichtung der Geschäftsführer zur Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste bestehen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hatte diese Frage anders entschieden. Beide Oberlandesgerichte haben keinen Anstoß an der im Ausland erfolgten Beurkundung der Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen genommen, sondern diese als zulässig angesehen.

## 2. GmbH & Co. KG: Rückforderung gewinnunabhängiger Ausschüttungen

Mit Urteil vom 12.03.2013 hat der Bundesgerichtshof darüber entschieden, ob und unter welchen Voraussetzungen gewinnunabhängige Ausschüttungen an Kommanditisten zurückgefordert werden können. Zugrunde lag ein Fall, bei dem im Gesellschaftsvertrag einer Pub-

likums-GmbH & Co. KG gewinnunabhängige Ausschüttungen an die Kommanditisten vorgesehen waren. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass es für die Rückforderung solcher im Gesellschaftsvertrag zugelassener Ausschüttungen keinen gesetzlichen Anspruch gebe. Eine Rückzahlung könne nur dann von den Kommanditisten verlangt werden, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsehe. Dies war im entschiedenen Sachverhalt nach Auffassung des Bundesgerichtshofs nicht der Fall. Allein der im Gesellschaftsvertrag enthaltene Bestimmung, dass solche Ausschüttungen „auf Darlehenskonto gebucht“ werden und bei einem Verzicht des Gesellschafters auf diese Entnahmen „die Bildung einer Darlehensverbindlichkeit“ entfällt, ließe sich nicht mit der aus der Sicht eines beitretenden Gesellschafters erforderlichen Klarheit entnehmen, dass die Ausschüttung unter dem Vorbehalt der Rückforderung stehe.

## 3. Geschäftsführerhaftung: Darlegungs- und Beweislast und Ausschluss der Haftung bei Entlastung durch Gesellschafterbeschluss

In einem Urteil vom 27.02.2013 hat sich das Oberlandesgericht München mit Fragen der Darlegungs- und Beweislast bei Pflichtverletzungen eines GmbH-Geschäftsführers und der Wirkung von Entlastungsbeschlüssen der Gesellschafter auseinandergesetzt. Gegenstand der Entscheidung waren u.a. Schadenersatzansprüche der Gesellschaft wegen manipulierter Reisekostenabrechnungen gegen den ehemaligen Geschäftsführer. Die GmbH trifft nach dem in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ergangenen Urteil des

Oberlandesgerichts München die Darlegungs- und Beweislast nur dafür, dass und inwieweit ihr durch ein Verhalten des Geschäftsführers im Rahmen seines Pflichtenkreises ein Schaden entstanden ist. Demgegenüber muss der Geschäftsführer darlegen und erforderlichenfalls beweisen, dass er seinen Sorgfaltspflichten nachgekommen ist, ihn kein Verschulden trifft oder dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten wäre. Veranlasst der Geschäftsführer zu Unrecht die Auszahlung betrieblich nicht veranlasster Reisekosten an sich oder verhindert er dies nicht, stellt dies eine Pflichtverletzung dar, die einen Schadenersatzanspruch begründet. Insoweit genügt die GmbH ihrer Darlegungslast bereits dann, wenn sie im Einzelnen Reisekostenanforderungen über Flüge, Einkaufsrechnungen und Restaurantaufwendungen auflistet, bei denen es sich nach ihrer Beurteilung um Privataufwendungen handelt, weil keine betriebliche Veranlassung bestand oder Belege fehlen.

Gegenstand des Rechtsstreits war weiter die Wirkung von Entlastungsbeschlüssen der Gesellschafter im Hinblick auf Pflichtverletzungen des Geschäftsführers. Im entschiedenen Fall wurde dem Geschäftsführer für eine Reihe der zurückliegenden Geschäftsjahre Entlastung erteilt. Mit der Entlastung wird die Geschäftsführung für die Vergangenheit grundsätzlich gebilligt. Auch wenn die Rechtswirkungen der Entlastung im GmbH-Gesetz nicht näher geregelt sind, ist gleichwohl anerkannt, dass die Entlastung (Schadenersatz-) Ansprüche der GmbH gegen den Geschäftsführer ausschließt, sofern die Anspruchsvoraussetzungen den Gesellschaftern bei der Fassung

des Entlastungsbeschlusses bekannt oder bei sorgfältiger Prüfung für sie erkennbar waren und der Geschäftsführer den Gesellschaftern die hierfür erforderlichen Unterlagen und Informationen verfügbar gemacht hat. Wegen der Entlastungsbeschlüsse hat das Oberlandesgericht München für die betreffenden Geschäftsjahre die Klage der Gesellschaft abgewiesen.

*Dr. Werner Renaud,  
Achim Kinzelmann,  
Dr. Detlef Koch,  
Dr. Ulrich-Peter Kinzl,  
Dr. Lisa Ames, Daniela Rentz,  
Stuttgart,  
Dr. Rainer Bommert, Frankfurt*

## Insolvenzrecht

### Anforderungen an ein schlüssiges Sanierungskonzept

Vor kurzem hatte der Bundesgerichtshof über anfechtungs- und gesellschaftsrechtliche Ansprüche eines Insolvenzverwalters zu entscheiden, die im Zuge einer gescheiterten GmbH-Sanierung entstanden waren. Die GmbH (Schuldnerin) gehörte einer Beteiligungsgesellschaft, die wiederum dem Träger einer Unternehmensgruppe gehörte. Zum Vermögen der Schuldnerin zählten insbesondere wertvolle Spritzgussmaschinen. Zwischen der Schuldnerin und dem Träger der Unternehmensgruppe bestand ein Cash-Management. Das Bankkonto der Schuldnerin wurde täglich zugunsten oder zulasten des Kontos der Unternehmensgruppe automatisch auf null gestellt. Die Umsätze wurden bei der Unternehmensgruppe als täglich fälliges Guthaben bzw. Darlehen der Schuldnerin verwaltet. Später trat die Beteiligungsgesellschaft statt der Trägergesellschaft der Unternehmensgruppe in das Cash-Management

ein. In der Folge musste die Beteiligungsgesellschaft mehrfach auf Forderungen aus dem Cash-Management verzichten und Rangrücktrittserklärungen abgeben. Schließlich gründete die Beteiligungsgesellschaft eine Auffanggesellschaft, die von der Schuldnerin alle Aktiva und Passiva übernahm, die sich auf die Spritzgussmaschinen bezogen. Die Gegenleistung (den vereinbarten Kaufpreis) erbrachte die Auffanggesellschaft durch schuldbefreiende Übernahme der Verbindlichkeiten der Schuldnerin gegenüber der Beteiligungsgesellschaft.

Im Insolvenzverfahren forcht der Insolvenzverwalter die Übertragung der Spritzgussmaschinen und die damit zusammenhängende Verrechnungsabrede an und verlangte von der Beteiligungsgesellschaft die Zahlung des für die Spritzgussmaschinen vereinbarten Kaufpreises. Das Berufungsgericht hatte die Klage abgewiesen, da dem Vertrag über die Übertragung der Spritzgussmaschine ein schlüssiges Sanierungskonzept zugrunde gelegen habe, so dass die vom Insolvenzverwalter geltend gemachte Vorsatzanfechtung nicht begründet sei. Der Bundesgerichtshof hob diese Entscheidung auf und konkretisierte seine Anforderungen an das Vorliegen eines schlüssigen Sanierungskonzepts. Nur wenn diese (strengen) Anforderungen gewahrt sind, können ansonsten für die Anfechtbarkeit sprechende Gesichtspunkte (etwa die drohende Zahlungsunfähigkeit oder die Erbringung einer inkongruenten Leistung) ihre Bedeutung als Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners verlieren, da die mit dem Sanierungskonzept verbundenen Rechtshandlungen von einem anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen geleitet sind. Ein Sanierungskonzept

muss ein in sich geschlossenes Konzept zur Bereinigung sämtlicher Verbindlichkeiten des Schuldners erkennen lassen. Es muss erkennbar geeignet sein, die wirtschaftliche Lage des Schuldners dauerhaft zu stabilisieren, eine bloße Hoffnung genügt hierfür nicht. Das Sanierungskonzept muss auf tatsächlichen Gegebenheiten basieren und im Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung zumindest in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt sein. Die Schlüssigkeit bzw. Geeignetheit des Sanierungskonzepts ist objektiv zu bestimmen. Sie ist gegeben, wenn das Konzept nicht offensichtlich undurchführbar ist. Zudem wird ein gewisser Detaillierungsgrad des Konzepts gefordert sowie eine dem Konzept zugrunde liegende Analyse der wirtschaftlichen Lage des Schuldners im Rahmen seiner Wirtschaftsbranche einschließlich der Krisenursachen sowie der Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage. Das Erfordernis einer dauerhaften Stabilisierung der wirtschaftlichen Lage des Schuldners kann nicht dadurch gelöst werden, dass der Finanzbedarf durch die Einbindung in einen jederzeit kündbaren Cash-Pool gedeckt werden kann.

*Dr. Christian Wittmann,  
Stuttgart*

## Internet-Recht

### 1. Bei Datenschutzverstößen droht Abmahnung

Mit Urteil vom 27.06.2013 entschied das Oberlandesgericht Hamburg, dass Webseiten-Betreiber abgemahnt werden können, wenn keine ordnungsgemäße Unterrichtung über Art, Umfang und Zweck der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten erfolgt.

Praxistipp: Bei der Verwendung einer Webseite – insbesondere aber, wenn diese nicht nur als reine Präsentationsseite für das Unternehmen verwendet wird – sollte eine sorgfältig gestaltete Datenschutzerklärung vorgehalten werden. Ebenso ist bei der Verwendung von Kontaktformularen und bei der Möglichkeit, Newsletter zu abonnieren, auf eine datenschutzrechtskonforme Information für Kunden zu achten.

## 2. Hinweisklauseln zur „Aktualität der Homepage“ abmahnbare

Auf vielen Homepages wird der Hinweis verwandt, dass die Inhalte der Webseite mit größter Sorgfalt erstellt worden seien, aber keine Garantie für Aktualität und Vollständigkeit übernommen werden könne. Mit Urteil vom 10.12.2012 entschied das Oberlandesgericht Hamburg, dass derartige Klauseln gegen das Transparenzgebot verstoßen. Damit sind diese abmahnbare und sollten unbedingt vermieden werden. Das Gericht begründet dies mit der Verwendung des Terminus „Garantie“, wodurch – insbesondere bei Online-Shops – auch dargestellte Angebote unter den Vorbehalt einer eventuellen Änderung gestellt würden. Der Verbraucher würde im Unklaren gelassen, ob eine weitgehende inhaltliche Unverbindlichkeit der präsentierten Angebote erstrebt werde.

*Dr. Thomas Weimann,  
Daniel Nagel, Stuttgart*

## Kartellrecht

### Änderung der Bußgeldbemessung

Das Bußgeld wegen eines Kartellverstoßes darf nach dem Gesetz 10 % des konzernweiten

Vorjahresumsatzes nicht überschreiten. Diese 10 %-Schwelle wurde bisher – und wird im EU-Recht weiterhin – als Kapfungsgrenze verstanden. Im Februar 2013 hat der Bundesgerichtshof diesem Verständnis in seinem Beschluss in Sachen Grauzement widersprochen. Er legt die 10 %-Schwelle als Obergrenze eines Sanktionsrahmens aus, innerhalb dessen der angemessene Wert ermittelt werden muss. Das heißt, dass die Obergrenze nur dann erreicht werden kann, wenn der Verstoß so schwerwiegend war, dass er dem denkbar schwersten Verstoß entspricht.

Aufgrund der geänderten Rechtsprechung hat das Bundeskartellamt seine Leitlinien für die Bemessung von Bußgeldern im Kartellordnungswidrigkeitenrecht geändert und am 15.06.2013 veröffentlicht. Die Leitlinien erschöpfen sich nicht darin, die 10 %-Schwelle als Obergrenze eines Sanktionsrahmens einzuführen. Sie führen daneben eine weitere, unternehmensindividuelle Schwelle ein, die sich aus dem tatbezogenen Umsatz und einem vom Konzernumsatz abhängigen Faktor ergibt. Zur weiteren Bußgeldbemessung wird die jeweils niedrigere Schwelle als Obergrenze des Sanktionsrahmens zugrunde gelegt. Innerhalb des so bestimmten Rahmens wird dann die konkrete Bußgeldhöhe anhand der traditionellen tatbezogenen und täterbezogenen Kriterien bestimmt.

Damit wird die Struktur der Bußgeldbemessung massiv verändert. Zwar gibt das Bundeskartellamt an, die geänderte Praxis führe nicht zu einer generellen Erhöhung der Bußgelder. Es räumt aber ein, dass die Änderungen zumindest für große Mehrproduktunternehmen nachteilig sein werden, wäh-

rend kleine Einproduktunternehmen profitieren könnten. Zu dieser Einschätzung passt, dass bereits unmittelbar nach dem oben genannten Beschluss des Bundesgerichtshofs einige große Unternehmen Rechtsmittel gegen Bußgeldentscheidungen zurückgenommen haben, um eine befürchtete Erhöhung ihrer noch unter alter Rechtslage verhängten Bußgelder durch das Oberlandesgericht Düsseldorf zu vermeiden.

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

## Medizinrecht

### 1. Änderungen von Abrechnungsobergrenzen bei Job-Sharing-Praxen

Das Bundessozialgericht hat in einer Entscheidung grundsätzliche Hinweise zur Möglichkeit der Änderung von Punktzahlobergrenzen bei Job-Sharing-Praxen gegeben. Zunächst gilt allgemein, dass bei Änderungen, die die gesamte Fachgruppe betreffen, nach einem von der Kassenärztlichen Vereinigung errechneten Faktor die Punktzahlobergrenze zu dynamisieren ist. Daneben sieht die Bedarfsplanungsrichtlinie für Ärzte vor, dass bei einer Änderung des EBM oder vertraglicher Vereinbarungen mit spürbarer Auswirkung auf die Berechnungsgrundlage (nunmehr §44 Bedarfsplanungsrichtlinie), die Punktzahlvolumina neu zu bestimmen sind. Bei dieser auf Antrag des Vertragsarztes oder der Kassenärztlichen Vereinigung bzw. der Kassen zu berechnenden neuen Punktzahl-obergrenze greifen vorrangig die Vorgaben zur Dynamisierung ein. Eine Durchbrechung der einmal festgesetzten Punktzahl-obergrenze ist dagegen die eng zu verstehende Ausnahme.

Das Bundessozialgericht definiert dafür drei Voraussetzungen:

Zunächst muss die Änderung das Punktzahlvolumen berühren und eine besondere Auswirkung in der Praxis im Gegensatz zur Fachgruppe haben. Dies ist regelmäßig nicht der Fall, wenn etwa Änderungen der Punktzahlrelationen im EBM vorgenommen werden. Dieser Umstand wird bereits die gesamte Fachgruppe betreffen und deshalb im Wege der Dynamisierung erfasst. An dieser Stelle können sich aber Änderungen auswirken, die wegen eines besonders zusammengesetzten Patientengutes und dessen besonderem Behandlungsspektrum, vergleichbar einer Praxisbesonderheit, eine Auswirkung in der Job-Sharing-Praxis zeitigen. Daneben können nach Ansicht des Bundessozialgerichts auch Änderungen beim Zuschlag für Berufsausübungsgemeinschaften oder die Abänderung sonstiger vertraglicher Vereinbarungen in Betracht kommen. Dabei muss allerdings immer auf die besondere Situation der Job-Sharing-Praxis abgestellt werden und nicht auf eine abstrakte Betrachtungsweise.

Weiter muss die Veränderung der Berechnungsgrundlage zu einer nicht gerechtfertigten Bevorzugung oder Benachteiligung der Job-Sharing-Praxis gegenüber der Fachgruppe führen. Und schließlich muss für eine spürbare Veränderung nach Auffassung des Bundessozialgerichts eine Grenze von 10% nach oben bzw. nach unten überschritten werden. Darunter liegende Veränderungen führen nicht zu einer Neuberechnung.

Die Grundlagen zur Feststellung dieser drei Voraussetzungen müssen von dem Antragsteller substantiiert den

Zulassungsgremien dargelegt werden. Es ist deshalb empfehlenswert, sich bereits in einem frühen Stadium über die Möglichkeiten der Antragstellung anwaltlich beraten zu lassen.

## 2. Mitgliederzeitschrift als Pranger und Druckmittel?

Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg hat sich in einer Entscheidung vom 15.04.2013 mit der Frage beschäftigt, ob eine Krankenkasse Teile einer mit einer Arztpraxis geführten Korrespondenz über die Abrechenbarkeit von Leistungen in einer Mitgliederzeitschrift veröffentlichen darf.

Eine Arztpraxis hatte nach Ansicht der Postbeamtenkrankenkasse wiederholt medizinisch nicht notwendige Leistungen gegenüber den Versicherten abgerechnet. Sie wies in einem Schreiben den betreffenden Praxisinhaber auf ihre Rechtsansicht hin und drohte damit, das Schreiben unter Nennung des Praxisnamens allen Mitgliedern zur Kenntnis zu geben. Sie wolle so die Mitglieder vor einer ungerechtfertigten Inanspruchnahme durch die Arztpraxis schützen.

Dagegen wandte sich der betroffene Arzt mit Erfolg im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes, der Verwaltungsgerichtshof hat der Krankenkasse die Veröffentlichung untersagt. Es fehlt für die Kasse an einer Rechtsgrundlage, um die personenbezogenen Daten zu veröffentlichen. Wegen der damit verbundenen Prangerwirkung sei eine solche Veröffentlichung im Übrigen unverhältnismäßig, weil nicht zuletzt die Frage nach der Notwendigkeit ärztlicher Leistungen zwischen den Beteiligten unterschiedlich beurteilt wurde und hierzu keine rechtsverbindliche Entscheidung vor-

lag. Es ist zu begrüßen, dass das Druckpotenzial der Kassen zur Durchsetzung ihrer Vorstellung über die Abrechnung ärztlicher Leistungen begrenzt wurde.

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

## Sozial- versicherungsrecht

### Honorarärzte in Krankenhäusern sozialversicherungspflichtig

In Krankenhäusern kommen häufig auf selbstständiger Basis tätige Honorarärzte zum Einsatz, um z. B. vorübergehende Vakanz zu überbrücken oder einen zusätzlichen ärztlichen Personalbedarf zu bestimmten Zeiten abzudecken. Das Landessozialgericht Baden-Württemberg hat mit Urteil vom 17.04.2013 entschieden, dass in Krankenhäusern tätige Honorarärzte stets als sozialversicherungspflichtige Beschäftigte anzusehen sind, gleichgültig welche vertragliche Gestaltung ihrem Einsatz zugrunde liegt. Begründet wird die Entscheidung mit Bestimmungen des Krankenhausentgeltgesetzes und der Eingliederung der Honorarärzte in den Krankenhausbetrieb. Zumindest in Baden-Württemberg ist daher der Einsatz von Honorarärzten in Krankenhäusern bis auf weiteres mit ganz massiven sozialversicherungsrechtlichen Risiken verbunden, solange keine Entscheidung des Bundessozialgerichts vorliegt, die die Rechtsprechung des Landessozialgerichts aufhebt bzw. relativiert. Es ist bereits jetzt zu beobachten, dass die Betriebsprüfer mit Verweis auf die

Rechtsprechung Sozialversicherungsbeiträge von Krankenhäusern in großem Umfang nacherheben. Auch beim Einsatz selbstständiger Ärzte durch andere Auftraggeber als Krankenhäuser ist künftig mit einer härteren Gangart der Betriebsprüfer zu rechnen.

*Dr. Volker Nill, Stuttgart*

## Vergaberecht

### 1. Vorgaben des Auftraggebers zum Angebot sind zwingend einzuhalten!

Unter anderem gemäß §16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A und §16 Abs. 2 VOL/A kann der Auftraggeber fehlende Erklärungen und Nachweise zum Angebot von den Bietern nachfordern. Mit Beschluss vom 11.03.2013 hat die Vergabekammer Lüneburg klargestellt, dass nachfordern nicht nachbessern heißt. Dementsprechend dürfen Erklärungen und Nachweise, die nicht den Vorgaben des Auftraggebers entsprechen, nicht nachgebessert werden, vielmehr sind nicht den Vorgaben des Auftraggebers entsprechende Angebote zwingend von der Wertung auszuschließen. Diese Konsequenz ist nicht nur bei abweichenden Erklärungen und Nachweisen zwingend, sondern auch dann, wenn das Angebot in technischer Hinsicht nicht den Vorgaben der Ausschreibung entspricht. So hat die Vergabekammer Lüneburg in einem Beschluss vom 14.06.2013 das Angebot eines Bieters ausgeschlossen, der unter anderem Türschlösser angeboten hat, die der Klasse 4 für Einbruchshemmungen entsprachen, obwohl im Leistungsverzeichnis die Klasse 5 verlangt wurde. Deshalb ist bei der Abgabe der Angebote weiterhin größte Sorgfalt geboten, da Er-

klärungen und Nachweise sowie technische Angebote, die nicht den Vorgaben des Auftraggebers entsprechen, nicht nachgebessert werden können, sondern ausgeschlossen werden müssen.

### 2. Rüge durch Bietergemeinschaft

Beteiligt sich eine Bietergemeinschaft (BIEGE) an einem Vergabeverfahren, so sind vermeintliche Vergabeverstöße der ausschreibenden Stelle grundsätzlich durch die BIEGE zu rügen. Erhebt ein BIEGE-Partner die Rüge, so ist diese Rüge nur dann für die BIEGE wirksam, wenn der BIEGE-Partner hierzu ermächtigt ist und die Ermächtigung spätestens mit der Rüge offen legt. In einem vom Oberlandesgericht Dresden am 23.07.2013 entschiedenen Fall hatte ein BIEGE-Partner auf eigenem Briefpapier eine Rüge erhoben und seine Bevollmächtigung durch die BIEGE erst nachträglich offen gelegt. Das darauf gestützte Nachprüfungsverfahren der BIEGE hat das Oberlandesgericht Dresden mangels einer der BIEGE zuzurechnender Rüge als unzulässig verworfen.

*Dr. Lars Knickenberg,  
Stuttgart*

## Versicherungsrecht

### Rechtsschutzversicherung: Prospekthaftungsklausel unwirksam

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 08.05.2013 eine so genannte „Effekten- und Prospekthaftungsklausel“ in Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung für unwirksam erklärt. Nach der Klausel sollte die Wahrnehmung recht-

licher Interessen in ursächlichem Zusammenhang mit der Anschaffung und Veräußerung von Effekten (z. B. Anleihen, Aktien, Investmentanteilen) sowie der Beteiligung an Kapitalanlagemodellen, auf die die Grundsätze der Prospekthaftung anwendbar sind (z. B. Abschreibungsgesellschaften, Immobilienfonds), vom Versicherungsschutz ausgeschlossen sein. Der Bundesgerichtshof hat diese Klausel als nicht ausreichend klar und verständlich angesehen und ihr wegen Intransparenz die Wirksamkeit versagt. Auch Rechtsstreite aus dem Bereich des Kapitalmarktrechts können daher rechtsschutzversichert sein, wenn in den Versicherungsbedingungen eine derartige unwirksame Klausel enthalten ist.

*Dr. Volker Nill, Stuttgart*

## Impressum

BRP Renaud & Partner

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

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

verantwortlicher Redakteur

Dr. Lars Knickenberg  
Königstraße 28  
70173 Stuttgart

info@brp.de  
www.brp.de

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

Stand: 16. September 2013