

# Newsletter

## IV. Quartal 2019

mit Beiträgen zu:

Arbeitsrecht

Bau, Architekten- und  
Ingenieurrecht

Familienrecht

Handels- und Gesell-  
schaftsrecht

Internationales Recht

IT-Recht/Datenschutz

Kartellrecht

Medizinrecht

Mietrecht

Vergaberecht

Versicherungsrecht



BRP Renaud und Partner mbB  
Rechtsanwälte Patentanwälte  
Steuerberater

### BRP aktuell



Zum 1. Dezember verstärkt Dr. Axel Neumahr als Partner den Corporate-Bereich am Stuttgarter Standort. Er besitzt langjährige Erfahrung im Bereich Gesellschaftsrecht und in der Gestaltung von M&A-Transaktionen und Joint Ventures sowie bei der Umstrukturierung und der Gründung von Unternehmen. Ferner werden das Handels- und Wirtschaftsrecht zu seinen Beratungsschwerpunkten bei BRP zählen.

Dr. Axel Neumahr ist Honorarkonsul der Republik der Philippinen für Baden-Württemberg. Somit wird sich mit seinem Zugang auch das Honorarkonsulat der Republik der Philippinen in den Kanzleiräumen befinden. Mit seiner internationalen Expertise und seinen Kontakten in den asiatischen Raum wird er auch das Chinese-Desk-Team von BRP verstärken.

Mit Dr. Axel Neumahr wechselt auch Associate Tobias Pfriendler zu BRP nach Stuttgart.

Herzlich willkommen bei BRP!

### Arbeitsrecht

#### 1. Zugang eines in den Hausbriefkasten eingeworfenen Kündigungsschreibens

Der Zugang von Kündigungen und Abmahnungen gegenüber Arbeitnehmern gehört zu den alltäglichen Problemen, mit denen Personalverantwortliche konfrontiert werden. Soweit entsprechende Schreiben nicht persönlich übergeben werden und der Betroffene Zeitpunkt der Übergabe und Kenntnisnahme des Inhalts quittiert, kann der Arbeitgeber das Schreiben in den Hausbriefkasten des Arbeitnehmers einlegen lassen. Dies sollte von einem Kurierdienst, notfalls durch Einschreiben geschehen. Der entscheidende Nachteil einer Ablage in den Hausbriefkasten ist die Feststellung des Zeitpunkts, zu dem das Schreiben als zugegangen gilt. Gerade beim Ausspruch von Kündigungen ist dies relevant, um den Beginn der 3-Wochen-Frist für die Einlegung von Kündigungsschutzklagen feststellen zu können.

Das Bundesarbeitsgericht hat sich in einem Urteil vom 22.08.2019 damit auseinandergesetzt, zu welchem Zeitpunkt ein Kündigungsschreiben als „zugegangen“ gilt, wenn es in den Briefkasten abgelegt wird. In dem Fall war einem alleinstehenden Arbeitnehmer um 13:25 Uhr und damit nach Ende der Postzustellungszeiten ein Kündigungsschreiben in den Briefkasten gelegt worden. Die durch den Arbeitnehmer eingelegte Kündigungsschutzklage wäre nur fristwährend bei Gericht eingegangen, wenn die Kündigung erst am Folgetag „zugegangen“ und damit wirksam geworden wäre.

Die Vorinstanz, das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, hatte angenommen, dass die Kündigung noch am selben Tag zugegangen sei. Denn nach der allgemeinen Verkehrsauffassung leere der (alleinstehende) Normalbürger seinen Briefkasten abends, wenn er von der Arbeit zurückkehre. Außerdem existieren eine Vielzahl von Postdienstleistern, die teilweise noch am späten Nachmittag Zustellungen veranlassen, sodass man bis 17:00 Uhr noch mit Posteingängen zu rechnen habe. Auf die klassischen Postlaufzeiten vor Ort komme es daher nicht an. Das Bundesarbeitsgericht ist dieser Sichtweise nicht gefolgt. Die Vorinstanz habe für die „Verkehrsauffassung“ nicht pauschal einen Arbeitnehmer in Vollzeit heranziehen dürfen, bei dem eine Leerung der Post abends erfolge. Ein großer Teil der Bevölkerung sei in Teilzeit oder im Homeoffice tätig. Außerdem bestehe selbst bei alleinstehenden Arbeitnehmern die Möglichkeit, dass ein Mitbewohner den Briefkasten leert.

Das Bundesarbeitsgericht führt aus, dass es für die Ermittlung des Zugangszeitpunkts von Willenserklärungen notwendig sei, tatsächliche Feststellungen darüber zu treffen, wann am Wohnort nach der allgemeinen Verkehrsauffassung mit einer Leerung der Postbriefkästen zu rechnen sei. Hierfür sei derjenige beweisbelastet, der sich auf den für ihn günstigen Zeitpunkt des Zugangs beruft. Dies war der Arbeitgeber, der sich auf das Wirksamwerden der Kündigung am Tag des Einlegens und die daher verspätete Einlegung der Klage berief. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wird es in Zukunft faktisch unmöglich sein, den Zugang eines Schreibens nach Ablauf der Postzustellungszeiten zu beweisen. Dies würde nämlich voraussetzen, dass der Arbeitgeber die „allgemeine Verkehrsauffassung“ hinsichtlich des Zeitpunkts der Briefkastenleerung am Wohnort des Arbeitnehmers darlegen und beweisen kann. Für den Zugang eines Schreibens ist daher auch in Zukunft auf die gewöhnlichen Postzustellungszeiten abzustellen, die in der Regel bis 11:00 Uhr laufen.

## 2. Freistellungen während der Kündigungsfrist richtig gestalten – Abbau von Zeitkonten/Überstunden

Eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 20.11.2019 befasst sich mit der Frage, wie mit angesammelten Überstunden umzugehen ist, wenn ein Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist freigestellt wird. Oftmals entscheiden sich Arbeitgeber dazu, einen Arbeitnehmer im gekündigten Arbeitsverhältnis „unter Anrechnung seiner Urlaubsansprüche“ freizustellen. Der Vorteil dieses Vorgehens liegt u. a. darin, dass dem Arbeitnehmer dann regelmäßig zum Zeitpunkt des Ausscheidens kein Urlaub mehr verbleibt und somit keine Urlaubsabgeltung anfällt. Voraussetzung für die Gewährung des Urlaubs während der Freistellung ist allerdings, dass diese unwiderruflich erfolgt. Behält sich der Arbeitgeber vor, die Freistellung zu beenden und wieder auf die Arbeitskraft des Arbeitnehmers zuzugreifen, kann ein Abbau des Resturlaubs nicht erfolgen.

Das Bundesarbeitsgericht hat nun klargestellt, dass während einer Freistellung das Arbeitszeit- bzw. Überstundenkonto des Arbeitnehmers nicht automatisch abgebaut wird. Erforderlich sei hierzu der ausdrückliche Hinweis, dass Zeitguthaben oder Überstunden durch die Freistellung ausgeglichen werden. In der Freistellung selbst ist daher keine pauschale Erledigung aller offenen Urlaubs- und Überstundenansprüche zu sehen.

## Bau-, Architekten- und Ingenieurrecht

### 1. Abriss und Neubau können verhältnismäßig sein!

Mit Urteil vom 02.02.2017, zu dem der Bundesgerichtshof die eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde am 04.09.2019 zurückgewiesen hat, hat das Oberlandesgericht Dresden einem Bauherrn einen Vorschuss auf die Kosten zugesprochen, die der Bauherr für Abriss und Neubau eines Rohbaus benötigt. Der Rohbau wies einige Mängel auf wie partiell fehlenden Klebemörtel, unterschrittene Überbindemaße, Winkelabweichungen am Grundriss usw. Ein in erster Instanz vom Landgericht dazu befragter Sachverständiger meinte auf der einen Seite, die Mängel könnten lokal nachgebessert werden. Auf der anderen Seite räumte er ein, dass die Mängel streng genommen nur durch Abbruch

und Neubau beseitigt werden könnten. Während das Landgericht den Rohbauunternehmer nur verurteilte, die Kosten für die lokale Nachbesserung in Höhe von etwa 14.000,00 € zu bezahlen, hielt das Oberlandesgericht Abriss und Neubau für erforderlich und verurteilte den Unternehmer zur Zahlung von rund 150.000,00 €.

Den Einwand des Unternehmers, Abriss und Neubau seien unverhältnismäßig, ließ das Gericht nicht gelten, da die lokale Nachbesserung zu keiner vollständigen Übereinstimmung der Leistung mit den anerkannten Regeln der Technik führen würde und einige Mängel gar nicht behoben werden könnten. So wäre nicht die vollständige Nutzbarkeit erreicht worden, Betriebs- und Instandhaltungskosten wären erhöht, die Lebensdauer des Objekts dagegen reduziert gewesen. Hierdurch hätte sich der Wert des Objekts um 25 % reduziert, darüber hinaus wäre ein merkantiler Minderwert verblieben. Angesichts dessen konnte der Bauherr Abriss und Neubau fordern bzw. die dafür erforderlichen Kosten.

## 2. (Zu) Viel hilft nicht immer!

Auftraggeber fordern in Bauverträgen von ihrem Auftragnehmer regelmäßig die Stellung von Sicherheiten für die Vertragserfüllung und für Mängelansprüche (Gewährleistung). Hiergegen bestehen grundsätzlich auch dann keine Bedenken, wenn die Sicherungsabreden in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des Auftraggebers enthalten sind. So hat das Oberlandesgericht Rostock in einem Beschluss vom 17.07.2019 klargestellt, dass die Forderung in den AGB des Auftraggebers nach Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 5 % der Auftragssumme und einer Sicherheit für Mängelansprüche in Höhe von 3 % der Abrechnungssumme nicht zu beanstanden sei. Trotzdem musste der Auftraggeber in dem entschiedenen Fall die bereits erhaltene Bürgschaft zurückgeben.

Denn wie das Gericht feststellte, sollte sowohl die in den bauseitigen AGB geforderte Bürgschaft für die Vertragserfüllung als auch die Gewährleistungsbürgschaft Ansprüche wegen solcher Mängel sichern, die bei der Abnahme festgestellt werden. Da der Auftraggeber die Vertragserfüllungsbürgschaft erst nach Erfüllung aller gesicherten Ansprüche hätte zurückgeben müssen und der Auftragnehmer die Bürgschaft für Mängelansprüche unmittelbar nach der Abnahme hätte stellen sollen, wäre eine „Übersicherung“ denkbar: Dem Auftraggeber hätten zeitgleich beide Bürgschaften

vorliegen können, sodass ihm zur Sicherung von Ansprüchen wegen der bei Abnahme festgestellten Mängel Bürgschaften im Wert von zusammen 8 % der Auftragssumme zur Verfügung hätten stehen können. Da die Regelung zur Rückgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft diese Interpretation zuließ, nahm das Oberlandesgericht Rostock an, dass der Auftragnehmer unangemessen benachteiligt werde. Aufgrund der Benachteiligung hielt das Gericht die Sicherungsabrede für insgesamt unwirksam. Der Auftraggeber hatte daher keinen Anspruch auf die bereits erhaltene Bürgschaft und musste diese folglich zurückgeben.

Sicherungsabreden in den AGB des Auftraggebers können den Auftragnehmer unangemessen benachteiligen und deshalb insgesamt unwirksam sein. Häufig beruft sich nicht der Auftragnehmer auf die Unwirksamkeit, sondern der in Anspruch genommene Bürge. Der Auftraggeber steht insbesondere dann mit leeren Händen dar, wenn der Auftragnehmer insolvent ist und berechtigte Ansprüche des Auftraggebers nicht bedienen kann. Deshalb ist bei der Formulierung von Sicherungsabreden Vorsicht geboten; hier kann weniger manchmal mehr sein!

## Familienrecht

### 1. Einkünfte aus Gesellschaftsbeteiligungen

Das Oberlandesgericht Dresden hat sich in einem Beschluss vom 29.08.2019 mit der Auskunftspflicht eines Unterhaltsschuldners über Einkünfte aus Gesellschaftsbeteiligungen befasst. Selbstständige und Gewerbetreibende sind gehalten, Einnahmen und Ausgaben geordnet zusammenzustellen und die Gewinneinkünfte auszuweisen. Die Grundsätze der Einkommensermittlung für Selbstständige sind auch auf den Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft oder Personengesellschaft anzuwenden, wenn es sich bei dem Gesellschafter um einen sogenannten beherrschenden Gesellschafter handelt, der aufgrund der Quote seiner Beteiligung oder seiner Position die Geschäfte der Gesellschaft oder die Gewinnausschüttung steuern oder in seinem Interesse maßgeblich beeinflussen kann. Der Auskunftsanspruch erstreckt sich in diesem Fall grundsätzlich auch auf die Gewinnermittlung der Gesellschaft.

Soweit der Gesellschafter/Mitgesellschafter die Gewinnermittlung (Einnahmen und Ausgaben der Gesellschaft) in der Auskunft darzustellen hat,

muss er nach Auffassung des Gerichts grundsätzlich auch die Gesellschaftsverträge bzw. die Gesellschafterbeschlüsse vorlegen, die die Gewinnverteilung unter den Gesellschaftern regeln. Das Interesse eventueller Mitgesellschafter an der Geheimhaltung von Gesellschaftsverträgen und an der Gewinnermittlung des Unternehmens hat in der Regel hinter den Auskunftsanspruch zurückzutreten.

## 2. Höheres Einkommen bei Karrieresprung

In einem Beschluss vom 03.06.2019 hat das OLG Brandenburg klargestellt, dass im Rahmen des Trennungsunterhalts ein erhöhtes Einkommen unberücksichtigt bleibt, wenn die Einkommensentwicklung unerwartet ist und vom Normalfall erheblich abweicht. In diesem Fall liegt ein Karrieresprung vor, der unterhaltsrechtlich unbeachtet bleibt. Beim Trennungsunterhalt ist die Einkommensentwicklung nur beachtlich, wenn sie zum Zeitpunkt der Trennung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten war und diese Erwartung bereits die ehelichen Lebensverhältnisse bis zur Trennung geprägt haben. Beruht die Einkommensverbesserung dagegen auf Veränderungen nach der Trennung, die auf einer unerwarteten und vom Normalfall abweichenden Entwicklung beruhen, ist das höhere Einkommen nicht Eheprägend. Ein solcher Karrieresprung bleibt außer Betracht.

## Handels- und Gesellschaftsrecht

### 1. Unwirksamkeit einer „Hinauskündigungsklausel“ für Gesellschafter-Geschäftsführer

Unter sogenannten „Hinauskündigungsklauseln“ versteht man Regelungen, die es einem oder mehreren Gesellschaftern erlauben, einen anderen Gesellschafter ohne das Vorliegen eines wichtigen Grundes aus der Gesellschaft auszuschließen. Da der betroffene Gesellschafter aus Angst vor einem Ausschluss, der im freien Ermessen seiner Mitgesellschafter steht, von der Wahrnehmung seiner Gesellschafterrechte absehen könnte, geht die Rechtsprechung grundsätzlich von der Unwirksamkeit solcher „Hinauskündigungsklauseln“ aus, es sei denn, es liegen besondere Umstände vor, die eine solche Ausschlussmöglichkeit rechtfertigen. Ein bekanntes Beispiel für eine ausnahmsweise wirksame „Hinauskündigungsklausel“ ist das sogenannte „Managermodell“, bei dem einem Geschäftsführer für die Dauer seiner Bestellung eine Minderheitsbeteiligung an der Gesellschaft einge-

räumt wird, mit der er am wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft beteiligt ist und so ein (weiterer) Anreiz für eine erfolgreiche Tätigkeit geschaffen wird. Endet die Bestellung als Geschäftsführer, hat dieser seine Beteiligung je nach Regelung etwa auf die Mitgesellschafter oder die Gesellschaft zu übertragen. Das Landgericht München I hatte in einer Entscheidung vom 15.03.2019 zu klären, ob die Voraussetzungen für eine wirksame „Hinauskündigungsklausel“ im konkreten Fall vorlagen. Das Landgericht stellte in seinem Urteil maßgeblich darauf ab, ob die Gesellschafterstellung lediglich als Annex zur Geschäftsführerstellung eingeräumt worden war. Dies sei dann der Fall, wenn es sich um eine Minderheitsbeteiligung handelt, mit der eine Ausübung eines maßgeblichen Einflusses praktisch ausgeschlossen ist, und für die der Geschäftsführer lediglich ein Entgelt in Höhe des Nennwerts zu zahlen hat. Im konkreten Fall waren diese Voraussetzungen nach Ansicht des Landgerichts nicht gegeben, da der Geschäftsführer für die Beteiligung an der Gesellschaft nicht nur den Nennwert, sondern zudem eine erhebliche Zahlung in die freie Kapitalrücklage der Gesellschaft geleistet, also ein durchaus beachtenswertes wirtschaftliches Risiko übernommen hatte. Zudem hielt der Geschäftsführer mit 25 % am Stammkapital das größte Einzelinvestment. Er hatte zwar keine Sperrminorität inne, konnte aber jedenfalls auf Grundlage der Satzung eine Gesellschafterversammlung einberufen.

In der Praxis ist für die wirksame Vereinbarung eines derartigen „Managermodells“ daher darauf zu achten, dass die Gesellschafterstellung lediglich einen Annex zur Geschäftsführerstellung darstellt. Dabei kann als Faustformel ein Satz aus dem Urteil des Landgerichts dienen: „Je größer das wirtschaftliche Engagement und je höher die Beteiligung an der Gesellschaft ist, desto weniger wird die Gesellschafterstellung als Annex zur Geschäftsführerstellung verstanden werden können.“

### 2. Meldepflicht von Kommanditgesellschaften zum Transparenzregister: Mitteilungsfiktion greift nicht zugunsten von Kommanditisten!

Nach einer jüngst veröffentlichten Ansicht des Bundesverwaltungsamts lassen die Eintragungen im Handelsregister nicht die Pflicht der Kommanditgesellschaften entfallen, ihre wirtschaftlich berechtigten Kommanditisten zum Transparenzregister zu melden.

Gemäß § 20 Abs. 1 GwG haben juristische Personen des Privatrechts und eingetragene Personen-

gesellschaften bestimmte Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten dem Transparenzregister mitzuteilen. Andernfalls droht den mitteilungspflichtigen Vereinigungen sowie deren Leitungsgorgane persönlich ein Bußgeld. Wirtschaftlich Berechtigter ist die natürliche Person, in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle die mitteilungspflichtige Vereinigung steht. Dies ist jede natürliche Person, die unmittelbar oder mittelbar mehr als 25 % der Kapitalanteile hält, mehr als 25 % der Stimmrechte kontrolliert oder auf vergleichbare Weise Kontrolle auf die Gesellschaft ausübt. Kontrolle auf vergleichbare Weise wird insbesondere ausgeübt, wenn eine natürliche Person beherrschenden Einfluss auf die Vereinigung hat. Kontrolle kann auch mittelbar ausgeübt werden, etwa über eine zwischengeschaltete Beteiligungsgesellschaft, die wiederum von einer natürlichen Person kontrolliert wird.

§ 20 Abs. 2 GwG sieht Mitteilungsfiktionen vor, die eine Meldepflicht ausnahmsweise entfallen lassen. Für die meisten mitteilungspflichtigen Vereinigungen entfällt die Mitteilungspflicht, wenn sich die Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten aus den Dokumenten und Eintragungen in öffentlichen Registern (Handels-, Partnerschafts-, Genossenschafts-, Vereins- sowie Unternehmensregister) ergeben.

Das Bundesverwaltungsamt hat nun entschieden, dass die Eintragungen im Handelsregister nicht ausreichen, um eine Mitteilungsfiktion zugunsten der Kommanditgesellschaft und ihrer Kommanditisten zu begründen. Denn die im Handelsregister einzutragende Haftsumme lasse keine Rückschlüsse auf die Einlage und somit die Kapitalanteile der Kommanditisten zu. Die Pflichteinlage der Kommanditisten und die prozentuale Verteilung der Kapitalanteile können erheblich von den eingetragenen Haftsummen abweichen. Zudem lasse sich ohne Kenntnis der Einlage des Komplementärs nicht die genaue prozentuale Beteiligung der Kommanditisten an der Gesellschaft ermitteln.

Kommanditgesellschaften (einschließlich der GmbH & Co. KG), an denen mindestens ein Kommanditist unmittelbar oder mittelbar mehr als 25 % der Kapitalanteile hält, mehr als 25 % der Stimmrechte kontrolliert oder auf vergleichbare Weise Kontrolle ausübt, sollten zur Vermeidung jeglichen Risikos eines Bußgeldes eine entsprechende Meldung zum Transparenzregister veranlassen. Dies umso dringender, als das Bundesverwaltungsamt jüngst Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen Kommanditgesellschaften eingeleitet hat.

## Internationales Recht

### Schadenersatz für Klage an abbedungenem ausländischem Gerichtsstand

Am 17.10.2019 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass ein Vertragspartner die Kosten ersetzt verlangen kann, die ihm dadurch entstanden sind, dass er entgegen einer ausschließlichen Gerichtsstandsvereinbarung vor dem Gericht eines anderen Staates verklagt worden ist.

## IT-Recht/Datenschutz

### Bußgeld über 14,5 Mio. € für Datenschutzverstoß

Die Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit hat am 30.10.2019 ein Bußgeld in Höhe von rund 14,5 Mio. € gegen eine ortsansässige Wohnungsgesellschaft wegen Verstößen gegen die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) verhängt. Hintergrund der Sanktion ist die Nutzung eines Archivsystems für die Speicherung personenbezogener Daten von Mieterinnen und Mietern, das keine Möglichkeit zur Löschung nicht mehr erforderlicher Daten vorsieht.

Die Entscheidung könnte den Startschuss für eine schärfere Sanktionierung von Datenschutzverstößen geben. Bereits im Juni 2019 hatte sich die Datenschutzkonferenz, ein unabhängiges Gremium der Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder, für ein neues Konzept zur Bußgeldbemessung bei Verstößen gegen die DSGVO ausgesprochen. Wir empfehlen den Einsatz geeigneter Systeme, um Löschrufen zu überprüfen und nicht mehr benötigte personenbezogene Daten entfernen zu können. Bei der Ermittlung der einschlägigen Löschrufen können wir Sie gerne unterstützen.

## Kartellrecht

### 1. OLG Düsseldorf: Zur Einflussnahme auf Wiederverkaufspreise eines Händlers

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat mit Urteil vom 18.09.2019 die Klage der Händlerin Reuter GmbH abgewiesen, die gegen ihren ehemaligen Lieferanten, einen Möbelhersteller, auf Schadenersatz wegen einer angeblichen Preisbindung der zweiten Hand geklagt hatte. Nachdem der Liefere

rant den Partnervertrag mit Reuter gekündigt hatte, behauptete Reuter, die Kündigung sei erfolgt, weil Reuter nicht die Preisempfehlungen des Lieferanten befolgt habe. Zuvor hatten sich diverse andere Händler beim Lieferanten über die Preissetzung von Reuter beschwert, woraufhin es Gespräche zwischen Lieferant und Reuter dazu gab.

Im Ergebnis sah das Oberlandesgericht Düsseldorf das Verhalten des Lieferanten nicht als kartellrechtswidrig an. Das Gericht konnte keine unzulässige Nachteilsandrohung erkennen. Es könne „nicht ohne Weiteres und immer schon dann, wenn Lieferant und Abnehmer über die Preisbildung des letzteren sprechen, von einer kartellrechtlich verbotenen Einwirkung auf die Willensbildungs- und Entscheidungsfreiheit“ des Händlers ausgegangen werden. Wenn der Lieferant den Händler lediglich darum bitte, bei der eigenen Preissetzung auch auf die Belange des Lieferanten Rücksicht zu nehmen, wirke er nicht in einer verbotenen Art und Weise auf die Preisbildung ein, sondern respektiere die Preissetzungshoheit des Händlers.

Eine unzulässige Druckausübung auf den Händler liege erst dann vor, wenn die Würdigung der Umstände des Einzelfalls ergibt, „dass der Erklärungsempfänger die Äußerungen seines Gegenübers bei objektiver und vernünftiger Betrachtung dahin verstehen darf, dass von ihm ein bestimmtes Preisbildungsverhalten erwartet wird und er für den Fall der Nichterfüllung dieser Erwartung einen Nachteil zu besorgen hat“. Dabei kann auch ein etwaiges Machtgefälle zwischen Lieferant und Händler relevant sein. Die Drohung mit einer Liefersperre sei demnach grundsätzlich unzulässig, im konkreten Fall aber nicht erwiesen gewesen.

## 2. Bundeskartellamt: Studie zu Algorithmen und Wettbewerb

Gemeinsam mit der französischen Autorité de la Concurrence hat das Bundeskartellamt am 06.11.2019 eine Studie mit dem Titel „Algorithms and Competition“ veröffentlicht. Algorithmen sind innovativ, effizient und wichtige Treiber der Digitalisierung, bergen, wenn sie Einfluss auf das Wettbewerbsverhalten nehmen, aber auch Risiken für den Wettbewerb. Die Studie untersucht die mit dem Einsatz von Preissetzungsalgorithmen verbundenen Risiken. Sie stellt fest, dass Algorithmen traditionelle wettbewerbswidrige Verhaltensweisen unterstützen können, indem z. B. eine zwischen Unternehmen anderweitig getroffene Kartellvereinbarung automatisiert durchgeführt, getarnt oder überwacht wird. Weiter können Dritte

(z. B. Berater, Softwareentwickler) mehreren Wettbewerbern Algorithmen zur Verfügung stellen, die dann auch ohne direkte Kommunikation zwischen den Wettbewerbern zu kartellrechtswidrigen Koordinierungen führen.

Schließlich kann eine Kollusion durch die parallele Verwendung individueller, selbstlernender Algorithmen hervorgerufen werden. In dieser Konstellation würde die Koordinierung des Marktverhaltens allein auf der Interaktion von Computern beruhen.

Für alle Szenarien gilt, dass Unternehmen darüber nachdenken müssen, wie sie die Einhaltung des Kartellrechts sicherstellen, wenn sie Preissetzungsalgorithmen verwenden. Kartellbehörden werden künftig verstärkt darauf achten. Oder in den Worten von EU-Wettbewerbskommissarin Vestager: „I think we need to make it very clear that companies can't escape responsibility for collusion by hiding behind a computer program.“

## Medizinrecht

### 1. Keine Verpflichtung zum Bereitschaftsdienst am Ort der Zweigpraxis

In einer Entscheidung vom 13.02.2019 hat das Bundessozialgericht entschieden, dass die Kassenärztliche Vereinigung nicht berechtigt ist, Vertragsärzte zusätzlich und ohne Anrechnung auf die Bereitschaftsdienstverpflichtung am Vertragsarztsitz auch im Bereich der Zweigpraxis zum Bereitschaftsdienst heranzuziehen. Entsprechende Regelungen in den Bereitschaftsdienstordnungen sind insoweit mit dem Grundgesetz nicht vereinbar.

### 2. Abrechnungsbetrug durch MVZ-Gründung über einen „Strohmann“

Ein Verstoß gegen die Gründungsvoraussetzungen des § 95 Abs. 1a SGB V führt zur fehlenden Abrechnungsfähigkeit der vom MVZ jeweils erbrachten Leistungen. Dies hat das Landgericht Hamburg am 11.03.2018 entschieden. Danach führt ein Verstoß gegen leistungserbringerrechtliche Vorgaben – mit Ausnahme von bloßen Ordnungsverstößen – grundsätzlich zu einem Wegfall des Vergütungsanspruchs. Zu diesen Vorschriften gehört auch § 95 Abs. 1a Satz 1 SGB V, der den Kreis der gründungsberechtigten Leistungserbringer abschließend festlegt. Nach dieser Vorschrift

können MVZ alleine von zugelassenen Ärzten, von zugelassenen Krankenhäusern, von Erbringern nichtärztlicher Dialyseleistungen, von bestimmten gemeinnützigen Trägern und von Kommunen gegründet werden. Das Gericht hat diese Vorschrift dergestalt ausgelegt, dass die dort enthaltenen Vorgaben an taugliche „Gründer“ von MVZ nicht an die formale Stellung als Gesellschafter anknüpfen, sondern vielmehr auch solche Personen „Gründer“ sein können, die sich über einen Dritten als formalem Gesellschafter treuhänderisch an einem MVZ beteiligen. Im zu entscheidenden Fall hatte ein Apotheker dies getan und sich treuhänderisch über einen Vertragsarzt an einem MVZ beteiligt. Der Vertragsarzt sollte dabei Gesellschafter werden, sich aber weitestgehend passiv verhalten und seine Gesellschafterrechte ausschließlich gemäß den Weisungen des Apothekers ausüben. Für diese Tätigkeit erhielt der Vertragsarzt eine Vergütung. Der Apotheker stellte ihn außerdem von sämtlichen Risiken frei. Das Landgericht sah hierin eine Umgehung der in § 95 Abs. 1a SGB V normierten Gründungsvoraussetzungen, weil der Vertragsarzt als „Strohmann-Gesellschafter“ eingesetzt werde, über den – gleichsam als Marionette – eine dahinterstehende, nicht gründungsberechtigte Person einen solchen beherrschenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft ausübt, dass von den Gesellschafterrechten des „Strohmanns“ faktisch nichts mehr verbleibt.

## Mietrecht

### Betriebspflicht des gewerblichen Mieters: Präsenz-Apotheke vs. Versand-Apotheke

In einem Urteil vom 27.06.2019 hat das Oberlandesgericht Koblenz über eine mietvertragliche Betriebspflicht entschieden. Dabei hatte der Mieter in den Räumlichkeiten, die er zum Zwecke des Betriebs einer Apotheke angemietet hatte, statt einer Präsenz-Apotheke eine Versand-Apotheke betrieben. Das Oberlandesgericht Koblenz sah darin einen Verstoß gegen die Betriebspflicht des Mieters.

Grundsätzlich gilt, dass dem Mieter, der Räumlichkeiten zu gewerblichen Zwecken anmietet, keine Verpflichtung obliegt, den Mietgegenstand gemäß dem mietvertraglich vorgesehenen Betriebszweck auch tatsächlich zu betreiben. Da es aber regelmäßig im Interesse des Vermieters liegt, dass vermietete Räumlichkeiten nicht leer stehen, sondern dort tatsächlich auch das gemäß Mietzweck vorgesehene Geschäft betrieben wird, finden sich in ge-

werblichen Mietverträgen häufig Vereinbarungen dazu, dass dem Mieter die Pflicht obliegt, das Geschäft, zu dessen Betrieb er die Räumlichkeiten angemietet hat, tatsächlich auch zu betreiben hat. Solche Abreden über sogenannte Betriebspflichten sind auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig. Eine solche Betriebspflicht war im zu entscheidenden Fall vereinbart worden. Zwar enthielt der Mietvertrag nicht ausdrücklich die Bestimmung des Mietzweckes als „Präsenz-Apotheke“. Allerdings war die im Mietobjekt betriebene Apotheke, deren Geschäft der Mieter vom Vormieter übernommen hatte, immer schon als Präsenz-Apotheke betrieben worden, sodass das Gericht den Vertrag so auslegte, dass Mietzweck der Betrieb einer Präsenz-Apotheke war und sich die vereinbarte Betriebspflicht auch auf diesen Mietzweck bezog. Hiervon grenzte das Gericht den Betrieb einer reinen Versand-Apotheke ab mit der Folge, dass durch den Betrieb einer Versand-Apotheke die vertraglich vereinbarte Betriebspflicht nicht erfüllt werde und diese Möglichkeit dem Mieter daher nicht zustand.

Der Fall zeigt, dass bei mietvertraglichen Vereinbarungen sorgfältig auf die Ausgestaltung des Mietzweckes und damit korrespondierender Regelungen zu achten ist. Will sich der Mieter Flexibilität im Hinblick darauf vorbehalten, welches Geschäft er konkret im Mietgegenstand betreibt, muss dies geregelt werden, da er andernfalls an die mietvertraglichen Festlegungen gebunden ist.

## Vergaberecht

### Kündigung des Altvertrags führt zum Ausschluss bei der Neuausschreibung

Der EuGH hat in einem Urteil vom 19.06.2019 der Klage eines Konkurrenten stattgegeben, der den Ausschluss eines Bieters aus einem Vergabeverfahren der Stadt Neapel über Schulspeisen gefordert hat. Der auszuschließende Bieter hatte die Schulen aufgrund eines früheren Vertrags im vorangegangenen Schuljahr mit Speisen beliefert. Der Vertrag war vom Auftraggeber wegen in den gelieferten Essen festgestellter Kolibakterien gekündigt worden. Gegen die Kündigung hatte sich der Bieter gerichtlich gewehrt. Nach italienischem Recht ist der Ausschluss eines Bieters von einem Vergabeverfahren wegen vorangegangener Schlechtleistungen und einer darauf gestützten außerordentlichen Kündigung unzulässig, wenn

der Bieter gerichtlich gegen diese Kündigung vorgeht und noch keine gerichtliche Entscheidung über die Zulässigkeit der Kündigung vorliegt. Diese Regelung verstößt nach dem Urteil des EuGH gegen Europarecht und ist daher unwirksam. Denn der Auftraggeber als ausschreibende Stelle ist nach den einschlägigen EU-Vergaberichtlinien Herr des Vergabeverfahrens und muss deshalb befugt sein, Integrität und Zuverlässigkeit eines Bieters unter Berücksichtigung auch eines Fehlverhaltens in der Vergangenheit zu beurteilen. Die Entscheidung der ausschreibenden Stelle über den Ausschluss eines Bieters kann daher nicht von dem Urteil eines Gerichts abhängig gemacht werden. Das Urteil des EuGH stärkt öffentliche Auftraggeber, die Bieter wegen Schlechtleistungen in der Vergangenheit von einem Vergabeverfahren ausschließen wollen. Bieter sollten deshalb Kündigungen bestehender Verträge vermeiden, um nicht ihre Zuverlässigkeit in folgenden Vergabeverfahren zu gefährden. Im Falle einer außerordentlichen Kündigung sollten sie Maßnahmen der Selbstreinigung ergreifen.

## Versicherungsrecht

### Befristetes Anerkenntnis in der Berufsunfähigkeitsversicherung

Häufig werden Leistungen aus einer Berufsunfähigkeitsversicherung zunächst nur befristet bewilligt, beispielsweise weil der Versicherer mit einer baldigen Besserung des Gesundheitszustands rechnet. Das Versicherungsvertragsgesetz und die üblichen Versicherungsbedingungen lassen die einmalige Befristung eines Leistungsanerkennnisses zu. Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 09.10.2019 entschieden, dass die Versicherer von der Möglichkeit der Befristung nur beim Vorliegen eines sachlichen Grundes Gebrauch machen dürfen und dass die Begründung dem Versicherungsnehmer mitgeteilt werden muss. Die Nichtbeach-

tung dieser Vorgaben führt zur Unwirksamkeit der Befristung, sodass der Versicherer auch nach dem Ablauf der Befristung leistungspflichtig bleibt. Von der Leistungspflicht kann sich der Versicherer dann nur im Rahmen des sogenannten Nachprüfungsverfahrens wieder lösen, indem er die Beweislast dafür trägt, dass die Berufsunfähigkeit weggefallen ist. Das Urteil des Bundesgerichtshofs hat große praktische Bedeutung, weil die Versicherer bislang regelmäßig keine Begründung für die Befristung mitgeteilt haben, sodass in vielen Fällen mit der Unwirksamkeit von Befristungen zu rechnen ist.

## Unser soziales Engagement 2019

Wir tragen als Kanzlei nicht nur Verantwortung gegenüber Mandanten und Mitarbeitern, sondern übernehmen ebenso soziale Verantwortung. Auch dieses Jahr verzichteten wir deshalb auf Weihnachtspräsente und spenden stattdessen als „Frühstücks-Pate“ an den gemeinnützigen Verein future4kids. Durch unsere Unterstützung werden die Kinder dort täglich mit einem gesunden Frühstück versorgt. Die Kinder kaufen mit dem Betreuungsteam regelmäßig auf dem Wochenmarkt ein und bereiten gemeinsam Gurkensticks, Apfelschnitze oder Müsli vor. So starten sie mit einem ausgewogenen und gesunden Frühstück in den Tag. Nähere Informationen und die Möglichkeit, selbst eine Frühstücks-Patenschaft zu übernehmen, finden Sie unter [future4kids.de](http://future4kids.de).

Wir bedanken uns bei unseren Mandanten und Geschäftspartnern für die gute und erfolgreiche Zusammenarbeit sowie das ausgesprochene Vertrauen und verbinden damit die besten Wünsche für ein glückliches neues Jahr.

Impressum  
BRP Renaud und Partner mbB  
[info@brp.de](mailto:info@brp.de) · [www.brp.de](http://www.brp.de)  
Stand Dezember 2019

Königstraße 28  
70173 Stuttgart  
T +49 711 16445-0  
F +49 711 16445-100

Beethovenstraße 12-16  
60325 Frankfurt  
T +49 69 133734-0  
F +49 69 133734-34

Verantwortlicher Redakteur  
Dr. Lars Knickenberg  
Königstraße 28  
70173 Stuttgart

Briem-Druck  
GmbH & Co. KG  
Hintere Gasse 70  
70794 Filderstadt

Sie können sich jederzeit mit Wirkung für die Zukunft von einem Newsletter abmelden, indem Sie sich über die E-Mail-Adresse [newsletter-cancel@brp.de](mailto:newsletter-cancel@brp.de) an uns wenden. Wenn Sie künftig einen unserer Newsletter per E-Mail beziehen möchten, melden Sie sich bitte unter [www.brp.de/newsletter-anmeldung](http://www.brp.de/newsletter-anmeldung) an.