

# Newsletter

## I. Quartal 2019

mit Beiträgen zu:

Arbeitsrecht  
Bau-, Architekten- und  
Ingenieurrecht  
Chinesische Desk  
Familienrecht  
Handels- und Gesell-  
schaftsrecht  
IT-Recht/Datenschutz  
Kartellrecht  
Medizinrecht  
Öffentliches Bau- und  
Planungsrecht  
Vergaberecht  
Versicherungsrecht

### BRP aktuell

Seit Januar 2019 verstärken in Stuttgart Herr Lukas Bachert als Rechtsanwalt im IT- und Datenschutzrecht und Herr Andreas Godel, M.Sc., als Patentanwalt unser Team.

BRP ist von The Legal 500 Deutschland, dem weltweit größten juristischen Handbuch, in der Rubrik Wirtschaftskanzlei Metropolregion Stuttgart zur „Top Kanzlei 2019“ ausgezeichnet worden.



BRP Renaud und Partner mbB  
Rechtsanwälte Patentanwälte  
Steuerberater

## Arbeitsrecht

### 1. Unwirksamkeit von Aufhebungsverträgen bei „unfairem“ Verhandeln

Für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ist der Abschluss von Aufhebungsverträgen ein beliebtes Mittel, um das Vertragsverhältnis ohne Kündigung und für beide Parteien im Einvernehmen abzuschließen. Mit Urteil vom 07.02.2019 hat das Bundesarbeitsgericht Fragen zu Aufhebungsverträgen beantwortet.

Es ging um einen Fall, in dem eine Arbeitnehmerin in ihrer Privatwohnung mit dem Arbeitgeber einen Aufhebungsvertrag abschloss. Dazu entschied das Bundesarbeitsgericht, dass die Grundsätze zu sogenannten „Haustürgeschäften“ nicht auf Arbeitsverträge anzuwenden sind, wonach ein Verbraucher einen außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Vertrag 14 Tage lang ohne Grund widerrufen kann. Zwar sind auch Arbeitnehmer Verbraucher im Sinne des Gesetzes, allerdings seien die Widerrufsrechte aufgrund des gesetzgeberischen Willens nicht auf arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge anzuwenden.

Allerdings gelte bei den Vertragsverhandlungen zu Aufhebungsverträgen das Gebot fairen Verhandeln. Es dürfe keine Situation geschaffen werden, in der eine freie und überlegte Entscheidung des Vertragspartners (hier der Arbeitnehmerin) erheblich erschwert wird. Wird dieses Gebot verletzt, kann Schadenersatz in dem Sinne verlangt werden, dass der Arbeitnehmer so gestellt wird, als sei der Aufhebungsvertrag nicht abgeschlossen worden – was zu einem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses führt. Beim Abschluss von Aufhebungsverträgen sind zahlreiche Besonderheiten und gesetzliche Vorgaben zu beachten. Es ist auf jedes Arbeitsverhältnis individuell einzugehen und ratsam, sich vor Abschluss rechtliche Unterstützung einzuholen.

### 2. „Divers“ – Einführung eines dritten Geschlechts

Durch einen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 10.10.2017 war der Gesetzgeber verpflichtet, Verstöße gegen das Personenstandsrecht zu unterbinden. Anlass für den Beschluss war, dass im Geburtenregister lediglich die Geschlechter „männlich“ und „weiblich“ angegeben werden konnten. Seit dem 22.12.2018 können Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung (auch „intersexuell“) ihr Geschlecht als „divers“ im Geburtenregister eintragen lassen. Bei diesen Menschen lässt sich das körperliche Geschlecht weder eindeutig dem Männlichen, noch dem Weiblichen zuordnen.

Dieses sogenannte „dritte Geschlecht“ stellt neue Herausforderungen an die arbeitsrechtliche Praxis. Durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) muss beispielsweise eine geschlechterneutrale Stellenausschreibung gewährleistet werden. Es sollte also unbedingt darauf geachtet werden, Ausschreibungen an alle (drei) Geschlechter zu richten. Dies lässt sich durch den Zusatz „(m/w/d)“ oder durch geschlechtsneutrale Bezeichnungen wie „Fachkraft für...“ umsetzen. Wird hierauf nicht geachtet, besteht die Gefahr von Schadenersatzansprüchen aufgrund einer Geschlechterdiskriminierung. Auch in Bewerbungsformularen sollte eine weitere Auswahl für „divers“ aufgenommen werden, um Entschädigungsforderungen zu entgehen.

Es gibt noch zahlreiche weitere Bereiche, in denen eine Sensibilisierung in Bezug auf die Geschlechterdiskriminierung stattfinden muss. Zu denken ist dabei an Minderheitsquoten, beispielsweise für Betriebsratswahlen, oder sanitäre Einrichtungen. Es bleibt abzuwarten, ob und wie in der Praxis Streitigkeiten zur Geschlechterdiskriminierung ausgetragen werden und wie die Rechtsprechung mit der Problematik umgeht. Es ist dringend zu empfehlen, zumindest Stellenausschreibungen und Bewerbungsverfahren anzupassen und auch in anderen Bereichen auf AGG-konformes Handeln zu achten.

## Bau, Architekten- und Ingenieurrecht

### Wer baut schafft Risiken

Das Oberlandesgericht Stuttgart hat mit Urteil vom 13.12.2018 sowohl ein Bauunternehmen als auch dessen Bauleiter persönlich zur Zahlung von Schadenersatz und Schmerzensgeld an einen selbstständigen Monteur verurteilt, der sich beim Sturz durch eine nicht gesicherte Aussparung in einer Zwischendecke schwer verletzt hatte. Unternehmen und Bauleiter hatten eingewandt, der Rohbau sei fertiggestellt und die Aussparung bei Abschluss der eigenen Arbeiten abgesichert gewesen, außerdem sei der Monteur selbst für den Sturz verantwortlich, da er vom Bauherrn mit Absicherungsarbeiten – wenn auch an anderer Stelle – beauftragt war und deshalb um die Gefahren im Rohbau hätte wissen müssen.

Dieser Argumentation ist das Gericht nur teilweise gefolgt: Zwar ende die Verkehrssicherungspflicht grundsätzlich mit dem Abschluss der eigenen Arbeiten. Dies gelte aber nur, wenn die Baustelle in einem verkehrssicheren Zustand verlassen werde, sonst dauere die Verkehrssicherungspflicht fort. Dass die Aussparung bei Abschluss der Arbeiten gesichert war, konnten die Beklagten nicht nachweisen, weshalb das Gericht von einem nicht verkehrssicheren Zustand ausging. Allerdings nahm das Gericht ein Mitverschulden des Monteurs von 1/3 an, da er die Aussparung hätte erkennen können.

Von einem hälftigen Mitverschulden des Verletzten geht das Oberlandesgericht München in einem Urteil vom 26.09.2018 aus. In dem entschiedenen Fall war der Koch eines Restaurants auf dem Weg von der Küche über einen unbeleuchteten Innenhof zu Müllcontainern in eine nicht abgesperrte Baugrube gestürzt. Das Gericht hat sowohl den Bauherrn als auch den von ihm beauftragten Generalunternehmer zum Schadenersatz verurteilt. Der Bauherr hatte die Bauarbeiten veranlasst und damit auch die Gefahrenstelle. Zwar hatte der Bauherr die Verkehrssicherungspflicht auf den Generalunternehmer übertragen. Er hätte jedoch überwachen müssen, ob der Generalunternehmer seiner Verkehrssicherungspflicht auch tatsächlich nachkommt. Da der Bauherr den Generalunternehmer und dessen Nachunternehmer nicht überwacht hatte, blieb er dem Verletzten gegenüber in der Verantwortung. Der Generalunternehmer war haftbar, da er die Verkehrssicherungspflicht zwar übernommen hatte, ihr aber nicht nachgekommen war.

Beide Fälle zeigen, wie umfangreich die Haftung bei einer Verletzung der Verkehrssicherungspflicht sein kann: Neben dem Bauherrn können ein Generalunternehmer, das die Arbeiten ausführende Bauunternehmen sowie die verantwortlichen Mitarbeiter persönlich haftbar sein. Daneben kommt die Verantwortung eines mit der Bauüberwachung beauftragten Architekten oder eines Sicherheits- und Gesundheitskoordinators in Frage. Wer die Baustelle nach Abschluss seiner Arbeiten verlässt, muss einen verkehrssicheren Zustand hinterlassen und sollte diesen auch unbedingt dokumentieren, um ihn gegebenenfalls beweisen zu können.

## Chinese Desk

### Wichtige Verwaltungsregeln für den Zugang ausländischer Investoren in China (Negativliste)

Die chinesische nationale Entwicklungs- und Reformkommission (NDRC) und das Handelsministerium der Volksrepublik China (MOFCOM) haben am 28.06.2018 das „Special Administrative Measures On Access To Foreign Investment“ (Negativliste) erlassen. Damit werden einige Beschränkungen für ausländische Investoren beseitigt.

Die Negativliste ist eine Liste von Industriesektoren, in denen ausländische Investitionen entweder verboten oder eingeschränkt sind. Zusätzlich verfügen die Freihandelszonen (Free-Trade Zones, FTZs) über eine erleichterte Negativliste. Diese folgt der gleichen Logik, ist aber weniger restriktiv als die nationale Liste und gilt nur für die chinesischen FTZs. Für die Industriesektoren, die nicht in der Negativliste aufgeführt sind, erhalten ausländische Investoren eine Inländerbehandlung. Investitionen in diesen Sektoren benötigen keine Genehmigung des MOFCOM mehr, die Erfüllung von Rekordanforderungen reicht aus. Eingeschränkte Industriesektoren sind für ausländische Investoren in der Regel nur über Joint Venture mit chinesischen Unternehmen zugänglich, Beteiligungen sind nur eingeschränkt möglich. In anderen Fällen benötigen ausländische Investoren möglicherweise eine vorherige Genehmigung des MOFCOM, um in einem eingeschränkten Sektor zu investieren.

Die allgemeine Negativliste führt Maßnahmen zur Marktöffnung in den Bereichen Finanzen, Infrastruktur, Verkehr, Kultur, Automobil, Schifffahrt, Luftfahrt, Landwirtschaft, Energie sowie Rohstoffe ein und reduziert die restriktiven Maßnahmen um ein Viertel. Die Negativliste für FTZs führt weiterhin „Stress Tests“ zur Marktöffnung von Kultur, Rohstoffen, Saatgut, Telekommunikation und anderen Sektoren durch. Die neuen Listen sind transparenter und gerechter. Die beiden Negativlisten skizzierten besondere administrative Maßnahmen, wie z. B. Anforderungen an das Eigenkapital und das Management. Was die nicht unter die Negativliste fallenden Sektoren betrifft, sollen die örtlichen Behörden den ausländischen Investoren keine Beschränkungen für den Zugang auferlegen und gleiche Wettbewerbsbedingungen für in- und ausländische Investitionen schaffen.

## Familienrecht

### Vorsicht bei der Vorsorgevollmacht

In einem vom Bundesgerichtshof am 31.01.2018 durch Beschluss entschiedenen Fall versuchte die Tochter der Betroffenen, für ihre Mutter eine Kontrollbetreuung errichten zu lassen. Die im Jahr 1922 geborene Betroffene hatte ihrer Tochter und ihrer Schwiegertochter 2003 eine General- und Altersvorsorgevollmacht erteilt. In der Vollmachtsurkunde hatte sie bestimmt, dass die Vollmacht nur gemeinschaftlich ausgeübt werden könne. Die Vollmacht berechnete die Bevollmächtigten, umfassend tätig zu werden, insbesondere in den Bereichen Vermögenssorge, Aufenthaltsbestimmung und Gesundheitsvorsorge.

Anfang 2015 erkrankte die Betroffene an Demenz. Mitte September 2016 wandte sich deren Tochter an das Amtsgericht mit dem Ziel, eine Kontrollbetreuung einzurichten. Ihre Schwägerin, die in der Nähe der Betroffenen lebte, treffe alle wichtigen Entscheidungen alleine und bereichere sich auf Kosten der Betroffenen. So habe sie bis Dezember 2014 insgesamt 145.000,00 € mit ihrer Kontovollmacht abgehoben und für sich verbraucht.

Der Bundesgerichtshof gab der Tochter dem Grunde nach recht und begründete seine Entscheidung wie folgt: Eine Betreuung dürfe zwar grundsätzlich nur eingerichtet werden, wenn sie erforderlich sei. Erforderlich sei sie dann nicht, wenn die Angelegenheiten des Betroffenen ebenso gut durch einen Bevollmächtigten besorgt werden können. Aus diesem Grund stehe eine wirksam errichtete Vorsorgevollmacht einer Betreuung grundsätzlich entgegen. Da vorliegend in der Vorsorgevollmacht festgelegt wurde, dass beide Bevollmächtigte die Vertretung nur gemeinschaftlich ausüben dürfen, müsse aber ein Mindestmaß an Kooperationsbereitschaft und -fähigkeit vorliegen. Andernfalls könne das für eine wirksame gemeinschaftliche Vertretung benötigte Einvernehmen nicht hergestellt werden. Eine derartige Kooperation sei aber zwischen den beiden Bevollmächtigten nicht erkennbar.

Ganz im Gegenteil sei das Verhältnis der beiden so belastet, dass sie nicht zum Wohl der Betroffenen gemeinschaftlich handeln könnten. Für den Bereich der Vermögenssorge müsse zudem geklärt werden, ob aufgrund der Verfügungen der Schwiegertochter eine Kontrollbetreuung im Ver-

mögensbereich erforderlich ist. Die notwendigen Tatsachen muss nun das Landgericht ermitteln.

## Handels- und Gesellschaftsrecht

### Verschmelzung einer insolventen GmbH: Keine Differenzhaftung der Gesellschafter, jedoch mögliche Haftung für existenzvernichtenden Eingriff

Der Bundesgerichtshof befasst sich in einem Urteil vom 06.11.2018 mit den möglichen Folgen der Verschmelzung einer insolventen GmbH auf eine zuvor solvente GmbH. Folgender Sachverhalt lag zugrunde: Der Kläger war Insolvenzverwalter über das Vermögen einer GmbH („Schuldnerin“), an der die Beklagten als Gesellschafter beteiligt waren. Die Schuldnerin als übernehmende GmbH schloss mit einer weiteren GmbH als übertragender Gesellschaft einen Verschmelzungsvertrag ab. Alleiniger Gesellschafter der übertragenden GmbH war einer der beiden Beklagten. Im Rahmen der Verschmelzung wurde bei der übernehmenden GmbH das Stammkapital erhöht, und zwar unter Ausgabe von neuen Geschäftsanteilen an einen der beiden Beklagten als Gesellschafter der übertragenden GmbH. Acht Monate nach der Verschmelzung wurde über das Vermögen der übernehmenden GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet. Die übertragende GmbH war sowohl bei Abschluss des Verschmelzungsvertrags als auch am Verschmelzungstichtag zahlungsunfähig sowie überschuldet. Der Insolvenzverwalter machte Ansprüche gegen die Gesellschafter der übernehmenden GmbH sowie gegen einen der Beklagten als Gesellschafter der übertragenden GmbH geltend und führte zur Begründung aus, dass die übertragende GmbH bei der Verschmelzung zahlungsunfähig sowie überschuldet gewesen und durch die Verschmelzung vorsätzlich eine Insolvenz der bis dahin solventen übernehmenden GmbH herbeigeführt worden sei.

Eine Differenzhaftung des Alleingeschafters der übertragenden GmbH aus §§ 56 Abs. 2, 9 GmbHG i.V.m. § 55 Abs. 1 UmwG wurde vom Bundesgerichtshof zwar verneint, weil der Gesellschafter einer übertragenden GmbH im Fall der Verschmelzung mit einer anderen GmbH weder durch den Abschluss des Verschmelzungsvertrags noch durch den Verschmelzungsbeschluss eine Kapitaldeckungszusage abgebe. Für eine Differenzhaftung des Alleingeschafters der übertragenden GmbH sei jedoch eine Kapitaldeckungszusage erforderlich. Eine Kapitaldeckungszusage sei

bei der Neugründung einer GmbH im Wege der Sacheinlage zwar mit der Übernahme der Geschäftsanteile verbunden, nicht aber bei einer Verschmelzung mit Kapitalerhöhung. Eine Übernahmemeerkklärung, aus der sich eine Kapitaldeckungszusage für den Fall einer Neugründung bzw. Kapitalerhöhung durch Sacheinlage zwangsläufig ergebe, sei insoweit gerade nicht erforderlich, nachdem für die Verschmelzung die Anwendung des § 55 Abs. 1 GmbHG gemäß § 55 UmwG ausdrücklich ausgeschlossen sei. Nach dem Verschmelzungsvertrag sei von der übertragenden Gesellschaft lediglich die Übertragung ihres gesamten Gesellschaftsvermögens geschuldet. Der Bundesgerichtshof sah durch die Verschmelzung jedoch die Voraussetzungen einer Existenzvernichtungshaftung der Beklagten als Gesellschafter der übernehmenden GmbH gemäß § 826 BGB als erfüllt an. Im Rahmen der sogenannten Existenzvernichtungshaftung ist der Vermögensentzug erfüllt, wenn die den Gesellschaftergläubigern zur Verfügung stehende Masse zielgerichtet und zu betriebsfremden Zwecken verkürzt wird. Bislang war nicht entschieden, ob durch eine Erhöhung der Verbindlichkeiten eine solche Verkürzung der Haftungsmasse herbeigeführt werden kann. Diese Frage wurde vom Bundesgerichtshof jetzt bejaht. Ein solcher Vermögensentzug könne auch in einer Erhöhung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft durch Einbringung eines nicht überlebensfähigen Unternehmens begründet sein. Auch die Sittenwidrigkeit des Vermögensentzugs wurde vom Bundesgerichtshof bejaht. Prägende Merkmale für das Vorliegen eines existenzvernichtenden Eingriffs seien die Verkennung der Prinzipien der Trennung des Gesellschaftsvermögens vom Vermögen der Gesellschafter und die strikte Bindung des Gesellschaftsvermögens zur Befriedigung der Gläubiger. Bei der Gewährung von Geschäftsanteilen an der übernehmenden GmbH, die nicht dem Wert der Geschäftsanteile der übertragenden GmbH entsprechen, komme es zu einer Vermögensverschiebung auf der Ebene der Gesellschafter zugunsten des Geschafters, der im Zuge der Kapitalerhöhung die neuen Geschäftsanteile erhalte. Die Sittenwidrigkeit des Vermögensentzugs wurde vom Bundesgerichtshof weiter damit begründet, dass durch die Verschmelzung ein geordnetes Liquidationsverfahren bzw. Insolvenzverfahren umgangen und auf die übernehmende GmbH verlagert wurde. Die Gesellschafter hätten die Verschmelzung genutzt, um die Verbindlichkeiten einer insolventen GmbH zulasten der übernehmenden GmbH auf diese zu verlagern. Dies sei nur zulässig, wenn im Zuge der Verschmelzung die Existenz der übernehmenden GmbH nicht in Frage

gestellt werde. In der Praxis wird das Verschmelzen einer nicht mehr benötigten und häufig zumindest bilanziell überschuldeten Gesellschaft nicht selten als Alternative zu einer länger dauernden Liquidation gesehen. Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 06.11.2018 kommt dieser Weg nur noch in Betracht, wenn die aufnehmende Gesellschaft finanziell entsprechend stark ausgestattet ist und deren Existenz durch die Verschmelzung nicht in Frage gestellt wird.

## IT-Recht/Datenschutz

### 1. Erste Bußgelder wegen Datenschutzverstößen

Seit über einem halben Jahr findet die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) mittlerweile Anwendung. Die anfänglichen Befürchtungen einer „Bußgeld-Welle“ wegen Verstößen gegen das neue Datenschutzrecht haben sich (noch) nicht bewahrheitet. Dennoch ist Vorsicht geboten. Schon im November 2018 verhängte der Landesbeauftragte für den Datenschutz Baden-Württemberg ein Bußgeld in Höhe von 20.000,00 € gegen ein soziales Netzwerk. Das Unternehmen hatte Daten seiner Nutzer unverschlüsselt gespeichert, weshalb nach einem Hackerangriff über 330.000 E-Mail-Adressen und Passwörter veröffentlicht werden konnten. Im Januar 2019 wurde ein zweites Bußgeld – diesmal in Höhe von 80.000,00 € – verhängt, nachdem bei einem anderen Unternehmen versehentlich Gesundheitsdaten im Internet gelandet sind. Nach unseren Informationen sind bei mehreren Landesdatenschutzbehörden, darunter auch bei der baden-württembergischen Datenschutzaufsichtsbehörde, eine ganze Reihe weiterer Bußgeldverfahren anhängig, die nach und nach abgearbeitet werden. Der Datenschutz wird dementsprechend auch im Jahr 2019 ein wichtiges Thema bleiben.

### 2. EuGH-Urteil zu Facebook-Fanpages

Mit Urteil vom 05.06.2018 hat der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) eine sogenannte gemeinsame datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit von Facebook-Fanpage-Betreibern und Facebook festgestellt. Ein Verweis auf die (alleinige) Verantwortlichkeit von Facebook ist nicht mehr möglich. Als Konsequenz auf das Urteil bedarf es zwischen Facebook und den Fanpage-Betreibern einer Vereinbarung nach Art. 26 Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) in der festgelegt wird, wer welche Verpflichtungen gemäß der DSGVO erfüllt und wer welchen Informationspflichten nach-

kommt. Facebook hat bereits reagiert und eine „Seiten-Insights-Ergänzung bezüglich des Verantwortlichen“ erstellt. Doch auch die Fanpage-Betreiber sind in der Pflicht. In seinem Urteil hat der EuGH hervorgehoben, dass die Fanpage-Betreiber gegenüber Personen, die keine Facebook-Nutzer sind, eine besondere Verantwortung haben. Auch Nicht-Facebook-Nutzer müssten darüber informiert werden, welche Daten zu welchen Zwecken durch Facebook und die Fanpage-Betreiber verarbeitet werden. In aller Regel wird eine Anpassung der eigenen Datenschutzerklärung an die geänderte Rechtslage erforderlich sein. Auf der Info-Seite der Facebook-Fanpage ist zudem die Datenschutzerklärung zu verlinken.

### 3. Android-Apps übermitteln Daten an Facebook

Nach einer im Dezember 2018 veröffentlichten Studie der international tätigen Menschenrechtsorganisation Privacy International (PI), senden mindestens 61 % der getesteten Android-Apps automatisch Daten an Facebook. Betroffen von der Daten-Übermittlung sind dabei nicht nur eingeloggte, sondern auch ausgeloggte Facebook-Nutzer sowie Personen, die überhaupt kein Facebook-Profil besitzen. Der Grund hierfür ist Facebooks Software Development Kit (SDK), das App-Entwicklern von Facebook als sogenannte „open source“ kostenlos zur Verfügung gestellt wird. SDK ist so voreingestellt, dass automatisch eine Daten-Übermittlung an Facebook vorgenommen wird. Dies steht in klarem Widerspruch zu dem in Art. 25 Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) verankerten Grundsatz „Privacy by Design“. Hierunter versteht man, dass der Schutz der Privatsphäre auf allen Stufen der Produkt- und damit auch auf Stufe der App-Entwicklung Beachtung finden soll. Nach Art. 25 Abs. 2 DSGVO hat der Verantwortliche sicherzustellen, dass durch seine Voreinstellungen nur personenbezogene Daten verarbeitet werden, die für den jeweiligen Verarbeitungszweck erforderlich sind. Verstöße können mit einem Bußgeld geahndet werden. Wer also Apps entwickeln lässt, sollte mit seinen Entwicklern insoweit Rücksprache halten.

## Kartellrecht

### 1. Kein Anscheinsbeweis im Kartellschadenersatzprozess

Mit Urteil vom 11.12.2018 („Schienenkartell“) hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass bei

einem Quoten- und Kundenschutzkartell ein Anscheinsbeweis weder für den Eintritt eines Schadens noch für die Kartellbefangenheit einzelner Aufträge besteht.

Damit stellt sich der Bundesgerichtshof gegen eine Vielzahl instanzgerichtlicher Urteile. Diese gingen bislang zugunsten der Kläger in zweierlei Hinsicht von einem Anscheinsbeweis aus: Erstens spreche bei bestimmten Kartellabsprachen der erste Anschein dafür, dass sich die Absprache allgemein preissteigernd ausgewirkt hat und ein Abnehmer einen Schaden erlitten hat. Zweitens spreche bei Kartellen, denen allgemein preissteigernde Wirkung zukommt, ein weiterer Anschein dafür, dass ein konkreter Beschaffungsvorgang, der in den sachlichen, räumlichen und zeitlichen Zusammenhang eines Kartells fällt, vom Kartell betroffen ist.

Beide Anscheinsbeweise hat der Bundesgerichtshof nun abgelehnt. Es fehle aufgrund der Vielgestaltigkeit und Komplexität von Kartellabsprachen an dem für den Anscheinsbeweis erforderlichen „typischen Geschehensablauf“. Stattdessen nimmt der Bundesgerichtshof „nur“ eine „tatsächliche Vermutung“ dafür an, dass bei Kartellen ein Schaden entsteht und dass ein Beschaffungsvorgang kartellbetroffen ist. Während beim Anscheinsbeweis eine Tatsache als bewiesen gilt, wenn der Beklagte diesen nicht erschüttert, kommt der „tatsächlichen Vermutung“ lediglich „starke indizielle Bedeutung“ im Rahmen der umfassenden Beweiswürdigung durch das Gericht zu.

Ob das Urteil – wie teilweise prognostiziert – erhebliche Auswirkungen auf Kartellschadenersatzprozesse haben wird, darf bezweifelt werden. Die Instanzgerichte werden sich die konkreten Umstände des Einzelfalls künftig zwar genauer anschauen (müssen). Es ist jedoch fraglich, in welchem Umfang das Urteil in laufenden und künftigen Prozessen zu anderen Ergebnissen führen wird. Der Bundesgerichtshof selbst hat den Leitsatz auf „Quoten- und Kundenschutzkartelle“ beschränkt und damit insbesondere Preiskartelle nicht ausdrücklich angesprochen. Abgesehen davon wird es in Fällen, in denen die Kläger Kartellschäden mit Hilfe von ökonomischen Gutachten darlegen, ohnehin häufig nicht auf die Anscheinsbeweise ankommen. Zudem bedeutet auch die vom Bundesgerichtshof angenommene tatsächliche Vermutung eine Beweiserleichterung zugunsten der Geschädigten. Und schließlich wird die Thematik für Kartellschadenersatzansprüche, die nach dem 26.12.2016 entstehen, keine Bedeutung

haben, da insoweit zugunsten von Kartellschadenersatzklägern die durch die 9. GWB-Novelle eingeführte gesetzliche Schadensvermutung (§ 33a Abs. 2 GWB) Anwendung findet.

## 2. EU-Kommission: Bußgeld gegen Guess wegen Beschränkungen von Händlern

Mit Entscheidung vom 17.12.2018 hat die EU-Kommission gegen den Modehersteller Guess eine Geldbuße in Höhe von knapp 40 Mio. € verhängt, weil Guess insbesondere Online-Verkäufe und Online-Werbung an Verbraucher in andere Mitgliedsstaaten verhindert und damit gegen EU-Kartellrecht verstoßen hat („Geoblocking“). Die EU-Kommission stellte mehrere Kartellrechtsverstöße fest, weil Einzelhändler an folgenden Handlungen gehindert wurden: (1) Der Verwendung von Markennamen und Warenzeichen von Guess für die Zwecke der Werbung auf Online-Suchmaschinen; (2) einem Online-Verkauf ohne vorherige Genehmigung durch Guess; (3) dem Verkauf an Verbraucher außerhalb des einem Händler zugewiesenen Verkaufsgebiets; (4) dem Querverkauf zwischen den im selektiven Vertriebssystem zugelassenen Großhändlern und Einzelhändlern sowie (5) der unabhängigen Festsetzung der Einzelhandelspreise für Guess-Produkte.

Die Entscheidung bestätigt den Fokus der Kartellbehörden auf die Verfolgung von Wettbewerbsbeschränkungen in Vertriebsverträgen, speziell im Bereich e-commerce. Außerdem verweist die EU-Kommission ausdrücklich auf die seit Dezember 2018 bei grenzüberschreitenden Verkäufen zusätzlich geltenden Anforderungen der Geoblocking-Verordnung (siehe hierzu auch unseren Beitrag im Newsletter 3/2018).

Beachtlich an der Entscheidung ist auch, dass die EU-Kommission (erst zum dritten Mal überhaupt) in einem Vertikalverfahren eine Geldbußenermäßigung (50 %) vorgenommen hat. Damit honorierte sie die Kooperation von Guess bei der Aufklärung der Verstöße. Grundsätzlich sehen die Leitlinien der EU-Kommission und des Bundeskartellamts Ermäßigungen bei Geldbußen nur bei „horizontalen“ Kartellen unter Wettbewerbern vor. Beide Behörden haben in jüngerer Zeit wiederholt aber auch bei „vertikalen“ Verstößen Nachlässe gewährt. Ob in solchen Vertikalfällen Kooperationsnachlässe gewährt werden, wollen die Kartellbehörden von Fall zu Fall entscheiden.

## Medizinrecht

### 1. Keine gleichzeitige Zuordnung zur hausärztlichen und fachärztlichen Versorgung

Das Bundessozialgericht hat am 13.02.2019 entschieden, dass ein Arzt nicht gleichzeitig auf einer hälftigen fachärztlich-internistischen und aufgrund einer hälftigen hausärztlich-internistischen Zulassung vertragsärztlich tätig sein kann. Die im entschiedenen Fall begehrte Anstellungsgenehmigung eines medizinischen Versorgungszentrums zur Beschäftigung eines angestellten Arztes auf einer halben hausärztlich-internistischen und einer halben fachärztlich-internistischen Arztstelle ist nach Ansicht des Bundessozialgerichts mit der gesetzlichen Zuordnung von Arztgruppen entweder zur hausärztlichen oder zur fachärztlichen Versorgung nicht vereinbar. Ein Arzt könne im Rahmen seines Anstellungsverhältnisses bei einem Arzt, einer Berufsausübungsgemeinschaft oder bei einem medizinischen Versorgungszentrum nur entweder hausärztlich oder fachärztlich tätig sein. Dem stehe auch nicht die Möglichkeit zweier hälftiger Versorgungsaufträge entgegen. Die Erfüllung der besonderen Aufgaben von Hausärzten soll nach dem Willen des Gesetzgebers nicht durch die Möglichkeit gleichzeitiger fachärztlicher Tätigkeit beeinträchtigt werden.

### 2. Dokumentation anästhesiologischer Leistungen: Dokumentationsfehler berechtigen zur Rückforderung ausbezahlten ärztlichen Honorars

Nach einem Urteil des Sozialgerichts München berechtigen über mehrere Jahre hinweg festgestellte Mängel in der Dokumentation zur Rückforderung bereits ausgezahlten ärztlichen Honorars. Gegenstand des zu entscheidenden Falls war die Klage eines Facharztes für Anästhesiologie, der sich über mehrere Jahre hinweg mit Plausibilitätsprüfungen und Honorarrückforderungen, insbesondere im Hinblick auf die Abrechnung der GOP 05330 (Anästhesie/Kurznaarkose) inklusive Nebenleistungen konfrontiert sah. Konkret wurde dem Vertragsarzt unter anderem vorgeworfen, Parallelnarkosen inklusive Nebenleistungen abgerechnet zu haben. Die vom Kläger dokumentierte Schnitt-Naht-Zeit hat die Anästhesiezeiten teilweise sowohl unterschritten als auch überschritten. Soweit die sich aus dem EBM ergebenden Mindestzeiten nicht eingehalten waren, sah das Gericht die Leistungslegende als nicht vollständig erfüllt an. Im Hinblick auf die Überschreitung der Schnitt-Naht-Zeit in ihrem Verhältnis zur Anästhesiezeit gab es

Überschneidungen von bis zu fünf Minuten, obwohl es sich bei diesen abgerechneten Leistungen um höchstpersönliche, nicht delegierbare Leistungen handelte. Daher sei im Hinblick auf die festgestellten Parallelnarkosen eine ordnungsgemäße Leistungserbringung zu bezweifeln, weil die Anästhesiezeit normalerweise der Schnitt-Naht-Zeit entspreche.

Das Gericht betonte, dass der Dokumentation ärztlicher Leistungen große Bedeutung zukommt. Die ärztliche Dokumentation muss gewisse Mindestanforderungen an Klarheit und Bestimmtheit erfüllen. Sie muss aus sich heraus verständlich, nachvollziehbar und ohne Widersprüche sein. Liegen Widersprüche und Ungereimtheiten vor, zu denen der Arzt selbst beigetragen hat, ist es seine Aufgabe, diese zu entkräften. Pauschale Begründungen genügen hierfür nicht. Erfolgt demzufolge keine Dokumentation oder kann der Nachweis einer Dokumentation nicht geführt werden, gelten die Leistungen als nicht erbracht und hierauf gezahlte Honorare können dementsprechend regressiert werden.

### 3. Samstagszuschlag auch für Strahlentherapeuten und Radiologen

Der Bewertungsausschuss hat am 12.12.2018 mit der Aufnahme der GOP 01102 in die Präambel des Kapitels 25.1 Nr. 2 EBM beschlossen, dass auch Strahlentherapeuten und Radiologen ab dem 01.01.2019 einen Zuschlag erhalten, wenn sie an Samstagen zwischen 07:00 Uhr und 14:00 Uhr Patienten behandeln. Fachärzte für diagnostische Radiologie und Fachärzte für Strahlentherapie konnten bisher nur ihre Behandlungsleistungen an Samstagen abrechnen, nicht aber den Samstagszuschlag nach der GOP 01102 wie andere Ärzte und Psychotherapeuten. Der Samstagszuschlag ist mit 101 Punkten bewertet (10,93 €).

## Öffentliches Bau- und Planungsrecht

### Bebauungszusammenhang

Ob ein Grundstück, das sich außerhalb des Geltungsbereichs eines Bebauungsplans befindet, bebaubar ist, richtet sich in erster Linie danach, ob es dem sogenannten unbeplanten Innenbereich oder dem Außenbereich zuzuordnen ist. Nach der maßgeblichen Gesetzesvorschrift ist vom Innenbereich nur dann auszugehen, wenn das Grundstück „innerhalb der im Zusammenhang bebauten

Ortsteile“ liegt. Gerade wegen der – für den Eigentümer insbesondere auch finanziellen – Bedeutung hat die Auslegung dieser Formulierung besonderes Gewicht; zu dieser Frage existieren unzählige Gerichtsentscheidungen.

Das Bundesverwaltungsgericht befasst sich in einem Urteil vom 16.07.2018 mit Fragen zum Bebauungszusammenhang. Konkret ging es um ein Wohngebäude, das auf einem unbebauten Grundstück zwischen einem Doppelhaus und einem Einfamilienwohnhaus im Westen und östlich unmittelbar angrenzenden große Gewerbehallen errichtet werden sollte. Diese Andersartigkeit der Bebauung war nach Auffassung des Gerichts nicht geeignet, den Bebauungszusammenhang zu unterbrechen. Der Bebauungszusammenhang ist rein äußerlich und faktisch danach zu bestimmen, ob die vorhandene Bebauung den Eindruck der Geschlossenheit und der Zusammengehörigkeit vermittelt. Zwar mag eine sich nicht in den Bebauungszusammenhang einpassende Bebauung einen Fremdkörper darstellen, der als solcher nicht die Eigenart der näheren Umgebung prägt. Eine Unterbrechung des Bebauungszusammenhangs indes bewirke sie nicht.

## Vergaberecht

**Vorgaben der Vergabestelle an Signaturen sind einzuhalten!**

Nach § 53 Abs. 1 VgV sind Interessensbekundungen, Interessensbestätigungen, Teilnahmeanträge und Angebote (nachfolgend: Angebote) grundsätzlich in Textform zu übermitteln. Das Angebot muss demnach keine Unterschrift enthalten, sondern lediglich den Aussteller erkennen lassen. Der Auftraggeber kann aber nach § 53 Abs. 3 VgV

statt der Textform eine Übermittlung mit fortgeschriebener oder qualifizierter elektronischer Signatur bzw. mit fortgeschriebenem oder qualifiziertem elektronischen Siegel fordern, um die Sicherheit zu erhöhen. Macht der Auftraggeber von dieser Möglichkeit Gebrauch und erfüllt ein Angebot nicht die Vorgaben des Auftraggebers, so ist das Angebot nach einem Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 05.09.2018 zwingend auszuschließen. Eine Nachforderung von Signatur oder Siegel ist nicht zulässig. Bewerber und Bieter sollten deshalb unbedingt die Vorgaben des Auftraggebers beachten und einhalten.

## Versicherungsrecht

**Prämienerhöhung der privaten Krankenversicherung**

Private Krankenversicherer dürfen ihre Versicherungsbeiträge erhöhen, wenn die Erhöhung von einem unabhängigen Treuhänder überprüft wurde und dieser der Erhöhung zugestimmt hat. Es war bislang in der Rechtsprechung umstritten, ob die Frage der „Unabhängigkeit“ eines Treuhänders von den Gerichten überprüft werden kann, wenn ein Versicherungsnehmer gegen eine Prämienenerhöhung klagt. Bejaht man dies, wäre eine Beitragserhöhung schon dann unwirksam, wenn der vom Versicherer beauftragte Treuhänder vom Gericht nicht als ausreichend unabhängig eingestuft wird. Der Bundesgerichtshof ist dieser Auffassung jedoch mit Urteil vom 19.12.2018 nicht gefolgt. Er hat entschieden, dass die Frage der Unabhängigkeit des Treuhänders von den Gerichten nicht zu überprüfen ist. Die ausreichende Begründung und die Angemessenheit der Prämienenerhöhung sind jedoch gerichtlich voll überprüfbar.