

# Newsletter

## III. Quartal 2020



BRP Renaud und Partner mbB  
Rechtsanwälte Patentanwälte  
Steuerberater

mit Beiträgen zu:

Bau-, Architekten- und  
Ingenieurrecht

Compliance

IT-Recht/Datenschutz

Kartellrecht

Medizinrecht

Vergaberecht

Versicherungsrecht

## BRP aktuell

Seit August ist Frau Kami-  
la Wojcik als Rechtsanwältin  
im Bereich IT-Recht/Daten-  
schutz sowie Streitbeilegung  
und Schiedsverfahren (Dispute  
Resolution) in Stuttgart tätig.  
Herzlich willkommen bei BRP!

## FOCUS-Auszeichnung „Top Anwalt 2020“

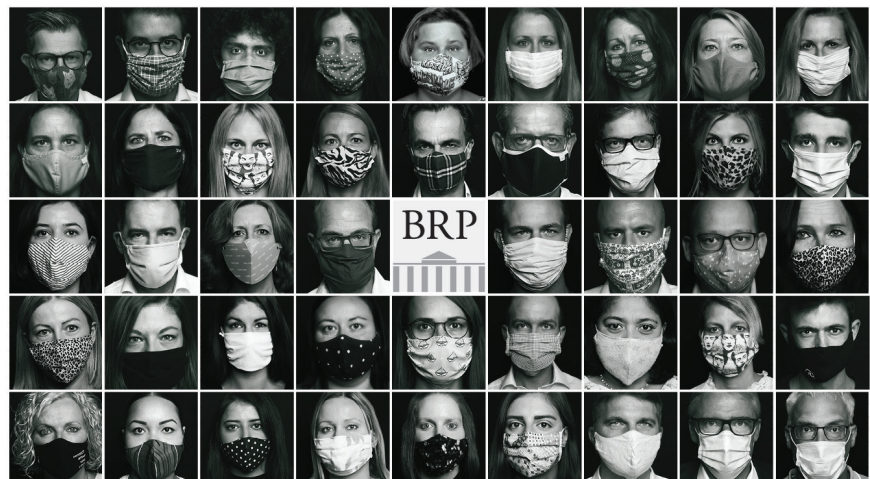
Anja Groeneveld, Fachanwältin für Familienrecht, zählt laut FOCUS-SPEZIAL „Ihr Recht 2020“ zu Deutschlands Top-Anwälten im Bereich Familienrecht. Die Liste basiert auf Empfehlungen von über 2800 Kollegen und wurde in Zusammenarbeit mit dem Marktforschungsinstitut Statista zum achten Mal in Folge veröffentlicht. Wir gratulieren herzlich zu dieser Auszeichnung!

## Veranstaltungsinformation

Sie wissen nicht, wie Sie die Themen Testament, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in Angriff nehmen sollen? Dr. Barbara Ackermann-Sprenger, Fachanwältin für Familien- und Erbrecht, beantwortet Ihre Fragen in der kostenfreien telefonischen Erstberatung am 07.10.2020 von 15.00 Uhr bis 18.00 Uhr unter der Telefonnummer 0711/16445-290.

## Fotoshooting für den guten Zweck

Seit der Maskenpflicht gehören in Baden-Württemberg die Mund-Nasen-Masken zum Alltag. Der Fotograf Markus Schwarz dokumentiert das neue Erscheinungsbild in Zeiten von Corona bereits seit Anfang April in seinem Projekt „AUGENBLICKE 2020“. Dazu porträtiert er Menschen mit ihren individuellen Masken in Schwarz-Weiß und sammelt parallel Spenden für den Verein Future 4 Kids. An zwei Tagen gastierte Markus Schwarz bei BRP im Königsbau in Stuttgart und foto-



grafierte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Das Ergebnis ist eine Collage mit allen Porträtierten, die das aktuelle Zeitgeschehen auch bei uns festhält.

„Die Porträts in Schwarz-Weiß begeistern wirklich – jeder Einzelne strahlt trotz Maske durch die Augen so viel Stärke und Persönlichkeit aus“, stellt Thomas Glöckle, Managing Partner bei BRP, fest und ergänzt: „Es hat mich gefreut, dass unsere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter während des Shootings so fleißig gespendet haben – wir runden den Betrag auf 3.000,00 € auf und hoffen, damit einen kleinen Beitrag leisten zu können, um Schulkinder im Jemen mit der dringend benötigten Nahrung versorgen zu können.“



Weiterführende Informationen und Spendenmöglichkeiten zu Future 4 Kids und dem Projekt finden Sie unter [www.future4kids.de/augenblicke2020](http://www.future4kids.de/augenblicke2020)

## Bau-, Architekten- und Ingenieurrecht

### 1. Wer zu viel will, bekommt nichts!

Bauverträge bestehen aus Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), soweit Regelungen vorformuliert werden und mehrfach Verwendung finden sollen. Derjenige Vertragspartner, der Vertragsbedingungen in Form von AGB vorgibt, muss beachten, dass die Regelungen den anderen Vertragspartner nicht unangemessen benachteiligen. Denn solche benachteiligende Regelungen sind nach § 307 BGB unwirksam und werden durch gesetzliche Regelungen ersetzt. In einem Urteil vom 16.07.2020 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass Sicherungsabreden in den AGB des Auftraggebers unwirksam sind, wenn sie den Auftragnehmer verpflichten können, für einen nicht unerheblichen Zeitraum über die Abnahme hinaus wegen möglicher Mängelansprüche eine Sicherheit zu stellen, die 8 % der Auftragssumme beträgt.

In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall hatte der öffentliche Auftraggeber auf Basis des Vergabehandbuchs des Bundes – Ausgabe 2008 – eine Sicherheit für die Vertragserfüllung in Höhe von 5 % der Auftragssumme verlangt. Für Mängelansprüche hatte der Auftragnehmer eine Sicherheit in Höhe von 3 % der Abrechnungssumme zu leisten. Weiter sahen die AGB vor, dass der Auftragnehmer nach Abnahme und Erfüllung aller bis dahin erhobenen Ansprüche verlangen könne, dass die Sicherheit für die Vertragserfüllung in eine Sicherheit für Mängelansprüche umgewandelt werde. Darin sieht der Bundesgerichtshof eine Fälligkeitsregelung: Die Sicherheit für die Vertragserfüllung könne nicht zurückverlangt werden, solange nicht alle geltend gemachten Ansprüche erfüllt seien. Dies könne dazu führen, dass der Auftraggeber die Vertragserfüllungssicherheit für einen nicht unerheblichen Zeitraum nach der Abnahme behalten könne. Nach dem Inhalt der Sicherungsabrede deckte die Sicherheit der Vertragserfüllung auch Mängelansprüche, für die dem Auftraggeber nach der Abnahme eine eigene Sicherheit zustehen sollte. In der Addition hätten dem Auftraggeber somit Sicherheiten in Höhe von 8 % der Auftragssumme zustehen können. Darin sieht der Bundesgerichtshof eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers. Der Bundesgerichtshof hat die Sicherungsabrede daher für insgesamt unwirksam erklärt.

Im entschiedenen Fall hat der Auftraggeber aufgrund der unwirksamen Sicherungsabrede nicht nur jegliche Sicherheit verloren, da er die vom Auftragnehmer gestellte Bürgschaft zurückgeben musste. Darüber hinaus muss er dem Auftragnehmer die von diesem an den Bürgen gezahlten Avalgebühren erstatten. Bei der Formulierung von Sicherungsabreden in AGB ist daher größte Sorgfalt erforderlich.

2. Kein Vertrag ohne übereinstimmende Willenserklärungen

### 2. Kein Vertrag ohne übereinstimmende Willenserklärungen

Mit Urteil vom 03.07.2020 hat der Bundesgerichtshof über einen Streit zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Auftragnehmer über den Abschluss eines Bauvertrags entschieden. Der Auftragnehmer hatte im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung das wirtschaftlichste Angebot abgegeben. In den vorgegebenen Vertragsbe-

dingungen war ein Ausführungsbeginn ab Anfang April 2018 vorgesehen und eine Fertigstellung bis zum 11.07.2018. Da sich das Vergabeverfahren verzögerte und der Zuschlag nicht innerhalb der ursprünglich vorgesehenen Bindefrist erteilt werden konnte, übersandte die Vergabestelle dem Auftragnehmer am 13.04.2018 – und damit innerhalb der verlängerten Bindefrist – ein Zuschlagschreiben, in dem der Ausführungsbeginn auf Anfang Mai und die Fertigstellung auf den 15.08.2018 festgelegt wurde. Der Auftragnehmer wurde in dem Schreiben gemäß § 18 Abs. 2 VOB/A aufgefordert, die Annahme des Zuschlagschreibens zu erklären. In seiner Antwort teilte der Auftragnehmer mit, den gewünschten Realisierungszeitraum nicht bestätigen zu können. Hierauf hob die Vergabestelle das Vergabeverfahren auf.

Die Klage des Auftragnehmers auf Feststellung, dass ein Bauvertrag zustande gekommen sei, wies der Bundesgerichtshof zurück. Zwar habe der Auftraggeber als Vergabestelle die Ausführungstermine nicht einseitig neu festlegen dürfen, dies stelle einen Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot dar. Jedoch habe auf der einen Seite die Vergabestelle eindeutig zum Ausdruck gebracht, nicht das Angebot beauftragen, sondern neue Termine vorgeben zu wollen. Der Auftragnehmer habe auf der anderen Seite in seiner Antwort eindeutig erklärt, sich auf diese neuen Termine nicht einlassen zu wollen. Daher hätten keine übereinstimmenden Willenserklärungen vorgelegen; ein Vertrag sei nicht zustande gekommen.

Auch außerhalb von Vergabeverfahren muss beachtet werden, ob sich Angebot und Annahme decken. Sonst kommt regelmäßig kein Vertrag zustande. Dem Auftragnehmer, der trotzdem Bauleistungen erbringt, steht in diesen Fällen regelmäßig kein eindeutig definierter Vergütungsanspruch zu. Der (vermeintliche) Auftraggeber hat ohne wirksamen Vertrag keine durchsetzbaren Ansprüche auf Fertigstellung und Mängelbeseitigung.

## Compliance

### DOJ: Bewertung von Compliance-Programmen

Das US Department of Justice (DOJ), Criminal Division, hat seinen Leitfaden „Evaluation of Corporate Compliance Programs“ auf Stand Juni 2020 aktualisiert (abrufbar über <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>). Der

Leitfaden soll den Strafverfolgungsbehörden in den USA bei strafrechtlichen Ermittlungen helfen, Compliance-Programme von Unternehmen zu bewerten. Diese Bewertung hat insbesondere Auswirkungen auf die Strafzumessung und die Art der Beendigung des Strafverfahrens. Auch für Unternehmen außerhalb der USA ist der Leitfaden ein wichtiger Maßstab bei der Gestaltung von Compliance-Programmen und der Bewertung der Frage, welche Anforderungen Gerichte und Behörden an ein wirksames Compliance Management System stellen („best practice“). Das wird vermutlich auch für deutsche Unternehmen künftig so bleiben, wenn das geplante Verbandssanktionengesetz keine konkreten Anforderungen an ein Compliance-System definiert.

Die im aktualisierten Leitfaden genannten Kriterien führen zu keinen wesentlichen Änderungen. Die entscheidenden Fragen sind weiterhin, ob das Compliance-Programm (1) gut konzipiert ist, (2) ernsthaft umgesetzt ist, d.h. vor allem ausreichend mit Ressourcen ausgestattet ist, und (3) in der Praxis tatsächlich funktioniert. Die Aktualisierung bringt aber einige interessante Konkretisierungen mit sich: Zu der für das DOJ wichtigen Frage, ob ein Compliance-Programm effektiv umgesetzt wurde, hebt der Leitfaden nunmehr hervor, dass es dafür (auch) auf die adäquate Ausstattung mit Ressourcen und Befugnissen ankommt. Die Compliance-Beauftragten sollten unter anderem hinreichenden Zugang zu relevanten Informationsquellen haben, um effektiv und rechtzeitig die Richtlinien, Kontrollmechanismen und Transaktionen überwachen und prüfen zu können. Der Leitfaden stellt zudem ausdrücklich darauf ab, ob ein Unternehmen das Compliance-Programm auf Basis sogenannter „lessons learned“ überprüft und anpasst. Dabei soll das Unternehmen sowohl die Erkenntnisgewinne aus Vorfällen im eigenen Unternehmen als auch in solchen Unternehmen, die ähnlichen Risiken ausgesetzt sind (z.B. gleiche Industrie und/oder Region) berücksichtigen. Ein weiterer Aspekt ist die Frage, ob aufgrund regelmäßiger Risikobewertungen die Richtlinien, Verfahren und Kontrollmechanismen im Unternehmen aktualisiert werden. Bei der Geschäftspartner-Compliance sollten effektive Compliance-Programme nicht nur eine einmalige Überprüfung bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung vorsehen, sondern für die gesamte Dauer der Geschäftsbeziehung ein Risikomanagement beinhalten. Der Leitfaden hebt außerdem konkret die Wichtigkeit einer Ethik- und Compliance-Kultur auf allen Ebenen eines Unternehmens hervor und dazu insbesondere das Commitment des mittleren und oberen Manage-

ments. Schließlich stellt der Leitfaden zu einzelnen Aspekten des Compliance-Programms konkrete Fragen, wie z.B.: Überprüft das Unternehmen, ob Mitarbeiter die Compliance-Hotline kennen und sich bei deren Nutzung sicher fühlen? Wird die Effektivität der Compliance-Hotline und von Schulungsmaßnahmen regelmäßig überprüft? Gibt es Rückfragemöglichkeiten im Nachgang zu Schulungen? Sind Richtlinien einfach auffindbar und durchsuchbar? Was investiert das Unternehmen in die Fortbildung des Compliance-Personals?

Unternehmen können die Konkretisierungen im Leitfaden auch mit Blick auf die zu erwartenden zusätzlichen Risiken durch das Verbandssanktionengesetz zum Anlass nehmen, das eigene Compliance-Programm auf seine Aktualität und Effektivität hin zu überprüfen.

## IT-Recht/Datenschutz

### Aufhebung des EU-US Privacy Shield-Abkommens

Mit Urteil vom 16.07.2020 hat der Europäische Gerichtshof das EU-US Privacy Shield-Abkommen zwischen der EU und den USA ab sofort für ungültig erklärt. Eine Übermittlung von personenbezogenen Daten in die USA auf dieser Grundlage ist damit nicht mehr möglich. Hintergrund der Entscheidung war ein Rechtsstreit über die Zulässigkeit der Übermittlung personenbezogener Daten durch Facebook Irland an die Facebook Inc. mit Sitz in den USA.

Der Europäische Gerichtshof begründete seine Entscheidung zum einen mit den weitreichenden Zugriffsbefugnissen der US-Geheimdienste und US-Behörden auf personenbezogene Daten, die von dort ansässigen Unternehmen nach den geltenden US-Gesetzen nicht abgewehrt werden könnten. Zum anderen würden betroffenen Personen nach amerikanischem Recht keine durchsetzbaren Abwehransprüche gegen US-Behörden eingeräumt, ein Rechtsweg stünde nicht hinreichend offen. Mangels eines angemessenen Schutzes für die in die USA übermittelten Daten sei der EU-US Privacy Shield ungültig und die Übermittlung in die USA auf seiner Grundlage nicht mehr möglich.

Grundsätzlich weiterhin möglich ist nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs die Datenübermittlung ins EU-/EWR-Ausland auf Grundlage der EU-Standardvertragsklauseln. Da die Standardvertragsklauseln nur die Vertragspar-

teien und nicht die Behörden des jeweiligen Drittlandes binden, müsse geprüft werden, ob die nationale Gesetzgebung des Empfängerlandes eine angemessene Sicherheit dafür biete, dass die in den Datenschutzklauseln enthaltenen Pflichten auch eingehalten werden könnten. Sei dies – wie bei Übermittlungen in die USA – nicht der Fall, müssten unbedingt zusätzliche Maßnahmen zum Schutz der Daten ergriffen werden. Ansonsten müsse eine Übermittlung mangels ausreichenden Schutzes von den Datenschutzaufsichtsbehörden ausgesetzt oder untersagt werden.

Die Entscheidung hat damit nicht nur Auswirkungen auf Datenübermittlungen in die USA, sondern allgemein auf alle Fälle, in denen personenbezogene Daten in Drittländer außerhalb der EU bzw. des EWR übermittelt werden. Der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg veröffentlichte vor dem Hintergrund des Urteils am 25.08.2020 eine Orientierungshilfe für die Übermittlung personenbezogener Daten in das EU-/EWR-Ausland, die am 07.09.2020 modifiziert wurde. Darin wird noch einmal klargestellt, dass Übermittlungen auf Grundlage des EU-US Privacy Shield-Abkommens rechtswidrig und ohne Übergangsfrist zu unterlassen sind; bei Zuwiderhandlung drohen Bußgelder und Schadenersatzforderungen.

Der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit legt Verantwortlichen in seinen Orientierungshilfen zudem folgende Handlungsschritte nahe:

- Prüfung, ob personenbezogene Daten durch den Verantwortlichen selbst oder durch (Unter-) Auftragsverarbeiter in Drittländer übermittelt werden;
- Datenübermittlungen in die USA, die noch auf den EU-US Privacy Shield gestützt werden, sollen umgehend ausgesetzt werden;
- mit Dienstleistern/Vertragspartnern in Drittländern in Verbindung setzen;
- sich über die Rechtslage im Drittland informieren;
- alternative Rechtsgrundlagen des Drittlandtransfers vereinbaren (Standarddatenschutzklauseln samt Ergänzungen und zusätzliche Maßnahmen, Binding Corporate Rules);
- alternative Datenverarbeitung innerhalb der EU suchen, die Suche dokumentieren und nach Möglichkeit Alternativangebote nutzen, um so einen Drittlandtransfer generell zu vermeiden;
- Verarbeitungsverzeichnisse anpassen;
- Datenschutzzinformationen anpassen.

Sollten im Rahmen Ihrer geschäftlichen Prozesse personenbezogene Daten in Drittländer außerhalb von EU und EWR übermittelt werden, gehen Sie die Handlungsschritte Punkt für Punkt durch. Wir unterstützen Sie gerne dabei.

## Kartellrecht

### Kartellbehörde nutzt Preisbeobachtungssoftware zur Aufdeckung von Kartellverstößen

Das Kartellverbot untersagt es Herstellern, Einfluss auf den Wiederverkaufspreis ihrer Händler zu nehmen, um dadurch das Marktpreisniveau zu erhalten oder anzuheben. Fünf Hersteller von Musikinstrumenten (u.a. Roland und Yamaha) haben dieses Verbot in Großbritannien missachtet und wurden nun von der britischen Kartellbehörde mit Bußgeldern von insgesamt über 13 Mio. Pfund belegt.

Die Besonderheit dieses Falls liegt in der Bedeutung von Software zur Beobachtung von Preisen im Internet. Zum einen verwendeten die geahndeten Hersteller solche Software, um „Preisbrecher“ unter den Händlern zu identifizieren. Dabei wird man den Einsatz der Software für sich genommen in aller Regel nicht als Kartellverstoß ansehen können. Werden die mit der Software gewonnenen Informationen aber eingesetzt, um Einfluss auf das Preissetzungsverhalten der Händler zu nehmen, ist jedenfalls diese Einflussnahme kartellrechtlich problematisch.

Im konkreten Fall wurde Preisbeobachtungssoftware zum anderen von der britischen Kartellbehörde eingesetzt, um den Kartellrechtsverstoß aufzudecken. Die Behörde entwickelte zu diesem Zweck eine Software, die in der Lage ist, Märkte systematisch zu beobachten und auffällige Preisbewegungen im Markt zu identifizieren. Damit hat die Behörde ein Werkzeug in der Hand, mit dem Informationen zu Kartellrechtsverstößen auch ohne Hinweise von Marktbeteiligten systematisch gewonnen werden können. Es ist damit zu rechnen, dass solche Software auch von anderen Kartellbehörden und auch mit Bezug zu anderen Produkten zum Einsatz kommen wird.

### Investitionskontrolle: Zusätzliche Hürden für Transaktionen

Das deutsche Recht zur Kontrolle von ausländischen Direktinvestitionen spielte bisher nur bei wenigen Transaktionen eine Rolle. Das wird sich nach einer Reform im Sommer 2020 nun ändern. Ausgelöst wurde die Reform primär durch Vorgaben der EU-Screening-Verordnung aus dem Jahr 2019. Auch die politischen Entwicklungen in Folge der Corona-Pandemie haben bereits ihre Spuren hinterlassen. Insgesamt wird das Außenwirtschaftsrecht deshalb künftig eine deutlich wichtigere Rolle bei Transaktionen einnehmen.

Dies ist vor allem auf die Hinzunahme zusätzlicher Sektoren zurückzuführen, innerhalb derer strenge Regeln für die Prüfung von Unternehmensbeteiligungen gelten. Dazu gehören nun auch Hersteller und Dienstleister im Gesundheitssektor, etwa Hersteller von persönlicher Schutzausrüstung, bestimmter Medizinprodukte oder Arzneimittel. In absehbarer Zeit sollen weitere Sektoren aufgenommen werden, nämlich solche mit Bezug zu kritischen Technologien wie Künstliche Intelligenz, Robotik, Halbleiter, Cybersicherheit, Quanten- und Nukleartechnologie, Nano- und Biotechnologie.

Für alle diese Sektoren gilt beim Erwerb von Beteiligungen durch Unternehmen von außerhalb der EU/EFTA ein verschärftes Regime. Beispielsweise besteht bereits ab einer Beteiligung von 10% eine Meldepflicht gegenüber dem Bundesministerium für Wirtschaft. Bis zur Genehmigung darf die Beteiligung zudem nicht vollzogen werden. Rechtswidrige Vollzugshandlungen sind schwebend unwirksam und können strafrechtlich sanktioniert werden. Außerdem wurde der Prüfungsmaßstab für die Investitionsprüfung verschärft. Eine Untersagung ist künftig bereits möglich, wenn die öffentliche Ordnung oder Sicherheit „voraussichtlich beeinträchtigt“ wird; eine „tatsächliche Gefährdung“, die bisher maßgeblich war, muss nicht mehr vorliegen.

Für Unternehmen bedeutet dies, dass bereits in einer frühen Phase jeder Transaktion neben der kartellrechtlichen Fusionskontrolle auch die außenwirtschaftsrechtliche Investitionskontrolle zum Prüfungsprogramm gehören sollte, um insbesondere das Timing der Transaktion auf eventuell bestehende Meldepflichten abzustimmen.

## Medizinrecht

### 1. Kein Gestaltungsmissbrauch durch Sitzverlegung und Neugründung einer überörtlichen Berufsausübungsgemeinschaft

Das Bundessozialgericht hat in einer Entscheidung vom 12.02.2020 in Fortführung der bisherigen Rechtsprechung des 6. Senats entschieden, dass Dritte die Genehmigung und Sitzverlegung einer überörtlichen Berufsausübungsgemeinschaft unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt angreifen können. Dies gilt auch dann, wenn die überörtliche Berufsausübungsgemeinschaft erkennbar (auch) zu dem Zweck gebildet worden war, um auf die Nachbesetzung des Sitzes eines der Partner der gerade erst neu gebildeten überörtlichen Berufsausübungsgemeinschaft Einfluss zu nehmen.

Im zu entscheidenden Fall wurden die Sitzverlegung und die Genehmigung der überörtlichen Berufsausübungsgemeinschaft im Vorfeld eines Nachbesetzungsverfahrens unter anderem erkennbar auch deshalb beantragt, um über § 103 Abs. 6 Satz 2 SGB V eine Privilegierung im Rahmen der Nachbesetzung zu erreichen. Nach Ansicht des Bundessozialgerichts sind die Rechte Dritter durch eine solche Einflussnahme auf das Nachbesetzungsverfahren nicht tangiert. Nichts anderes gelte für die Rechte der an einer Sitzübernahme im Wege einer geplanten oder bevorstehenden Nachbesetzung interessierten Ärzte. Diese Ärzte seien nicht anfechtungsberechtigt und könnten ihre Rechte im Auswahlverfahren wahrnehmen. Zwar sind bei der Entscheidung über Sitzverlegungen nach § 24 Abs. 7 Ärzte-ZV – anders als bei der Genehmigung einer Berufsausübungsgemeinschaft nach § 33 Abs. 2 Ärzte-ZV – auch Versorgungsgesichtspunkte zu berücksichtigen. Jedoch hat die Norm jedenfalls keinen drittschützenden Charakter zu Gunsten solcher Ärzte, die nicht im Einzugsbereich des neuen Standortes praktizieren, sondern die Sitzverlegung allein deshalb angreifen, um ihre Chancen im Rahmen eines Nachbesetzungsverfahrens zu erhalten oder zu verbessern.

### 2. Zur Individualvereinbarung zwischen (Zahn-)Ärzten und Patienten über erhöhte Steigerungssätze

Das Oberlandesgericht Köln hat sich zu Beginn des Jahres mit einer Individualvereinbarung zwischen einem Zahnarzt und einem Patienten zu beschäftigen, wobei der Patient seine Krankenversiche-

rung in Anspruch nahm. Das Gericht hat in einer ausführlich begründeten Entscheidung wichtige Hinweise zur praktischen Anwendung der zuvor ergangenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Wahrung der Berufsfreiheit von Ärzten gegeben.

Obwohl die Entscheidung eine zahnärztliche Behandlung betroffen hat, ist sie auch für die Handhabung im ärztlichen Bereich einschlägig, da die Regelungen in den Gebührenordnungen für Zahnärzte bzw. für Ärzte inhaltlich die gleichen Kriterien voraussetzen.

Beide Gebührenordnungen setzen ein persönliches Gespräch zwischen (Zahn-) Arzt und Patient vor Beginn der Behandlung voraus. Es kann eine schriftliche Individualvereinbarung nur getroffen werden, sofern es sich nicht um eine Notfallbehandlung handelt. Grundsätzlich bleibt der (Zahn-) Arzt an die Gebührenordnungspositionen gebunden. In der Vereinbarung kann aber der Steigerungssatz erhöht werden über die sonst in der Gebührenordnung vorgesehene Höchstgrenze hinaus. In der schriftlichen Vereinbarung muss also neben der Gebührenordnungsposition aus der Gebührenordnung für Ärzte bzw. der Gebührenordnung für Zahnärzte auch deren Bezeichnung niedergelegt werden und neben dem Steigerungssatz auch noch der absolute Betrag aufgelistet werden. Es ist auch möglich, dies auf mehrere Gebührenordnungspositionen zu beziehen. Die Erklärung muss weiter einen Hinweis enthalten, dass die Erstattung der Vergütung durch Erstattungsstellen möglicherweise nicht in vollem Umfang gewährleistet ist und darf keine weiteren Erklärungen enthalten. Nach Abschluss der schriftlichen Vereinbarung muss dem Patienten ein Abdruck ausgehändigt werden.

In der Praxis ist der damit verbundene Aufwand vergleichsweise hoch und es bietet sich eher an, individuelle Gebührenvereinbarungen standardisiert vorzubereiten, wenn Ärzte ein spezifisches Behandlungsspektrum anbieten wollen, das so nicht durch die sonst vorgesehene Vergütung ausreichend wirtschaftlich abgedeckt wäre. Zu messen sind solche vorformulierten Erklärungen grundsätzlich an den Regelungen zur Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Das Bundesverfassungsgericht hat daher erkannt, dass von der Behandlerseite das Überschreiten der Gebührenordnung nicht ernsthaft zur Disposition gestellt und auch nicht dem Patienten eine Gestaltungsmöglichkeit zur Wahrung seiner Interessen eingeräumt werden muss. Damit soll erreicht werden,

dass auch in der Praxis Individualvereinbarungen überhaupt geschlossen werden können. Unangemessen hohe Beweisanforderungen dürfen dafür nicht gestellt werden, die über die Anforderungen in § 2 Abs. 2 GOZ bzw. § 2 Abs. 2 GOÄ hinausgehen. Dies wurde auch vom Oberlandesgericht Köln in der zu besprechenden Entscheidung so akzeptiert und umgesetzt, weshalb im Ergebnis die Individualvereinbarung für wirksam angesehen wurde.

Nach Abschluss der Individualvereinbarung ist dem Arzt dann nicht aufzuerlegen, zu begründen, weshalb er den vereinbarten Steigerungsfaktor nach Abschluss der Behandlung auch zur Abrechnung bringt, wie dies sonst bei Überschreiten des 2,3-fachen Steigerungsfaktors gemäß § 5 Abs. 2 GOZ/§ 5 Abs. 2 GOÄ erforderlich wäre. Eine Kontrollmöglichkeit bleibt freilich die Grenze der Sittenwidrigkeit bzw. des Wuchers. Dies kommt freilich erst in Betracht, wenn die Leistung beim doppelten der marktüblichen Leistung liegt. Die Darlegung solcher Umstände obläge dem Patienten im Prozess mit dem Arzt bzw. im Falle der Klage eines Patienten gegen seine Versicherung dem Versicherungsunternehmen.

## Vergaberecht

### Rechtfertigt die COVID-19-Krise Direktvergaben?

Mehrere Medien haben in den letzten Wochen und Monaten wiederholt über ein sogenanntes Open-House-Verfahren berichtet, mit dem das Bundesministerium für Gesundheit (BMG) Schutzausrüstung, unter anderem FFP2-Masken beschafft hat. Die Abwicklung der Lieferungen erweist sich nach den Berichten als problematisch; die Lieferanten machen geltend, das BMG komme seinen Zahlungsverpflichtungen nicht nach. Aufgrund der Vielzahl an im Open-House-Verfahren geschlossenen Verträgen hat das BMG am 15.05.2020 die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft EY ohne vorherige Bekanntmachung im Wege der Direktvergabe mit der Durchführung des operativen Geschäfts, also der Abwicklung der im Open-House-Verfahren geschlossenen Verträge beauftragt. Andere Marktteilnehmer neben EY hat das BMG nicht zur Abgabe eines Angebots aufgefordert.

Die Beauftragung von EY hat eine mittelständische Anwaltskanzlei vor der Vergabekammer des Bundes ohne Erfolg angegriffen. Mit Beschluss vom 28.08.2020 hat die Vergabekammer entschieden, dass aufgrund der Corona-Pandemie eine beson-

dere Dringlichkeit vorlag, die eine Beauftragung von EY im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gerechtfertigt habe. Die operative Durchführung der im Open-House-Verfahren geschlossenen Verträge sei erforderlich gewesen, um medizinisches Personal und die Gesamtbevölkerung schnellstmöglich mit der beschafften Schutzausrüstung zu versorgen. Deshalb sei es nicht möglich gewesen, die im Vergabeverfahren zu beachtenden Mindestfristen (10 Tage Angebotsfrist und 10 Tage Wartefrist nach der Vorabinformation) einzuhalten. Die Eilbedürftigkeit sei für das BMG auch nicht etwa vorhersehbar gewesen oder selbst verschuldet worden. Es habe weder mit der Vielzahl an im Open-House-Verfahren geschlossenen Verträgen rechnen müssen noch sei der Ausfall eigener Mitarbeiter, die Kinder betreuen mussten oder einer Risikogruppe angehören und deshalb nicht wie üblich zur Verfügung standen, zu erwarten gewesen.

Die Vergabekammer meint, es hätten keine anderen Marktteilnehmer zur Abgabe von Angeboten aufgefordert werden müssen. Ausschließlich EY habe auf bereits vorhandene IT-Systeme und Datenbanken zurückgreifen können und sei mit der Materie vertraut gewesen, um sofort am Tag des Vertragsschlusses mit der Abwicklung des operativen Geschäfts beginnen zu können. Dies sei angesichts der äußersten Dringlichkeit erforderlich gewesen. Bekannt war die Materie bei EY, da das BMG bereits im April 2020 Aufträge zur Dokumentation und Analyse der Beschaffungsvorgänge an EY erteilt hatte. Die Begründung der Vergabekammer ist extrem problematisch: Sie kann dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit einräumen, den Wettbewerb zu umgehen, indem er den gewünschten Auftragnehmer mit kleineren, vorbereitenden Aufträgen in die Position des ausschließlich in Betracht kommenden Bieters bringt. Voraussetzung bleibt selbstverständlich die Eilbedürftigkeit, die in dem von der Vergabekammer entschiedenen Fall auf die COVID-19-Krise zurückging. Da sich (auch) öffentliche Auftraggeber bereits seit einiger Zeit mit der Corona-Pandemie auseinandersetzen müssen, dürften Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb künftig kaum allein mit dem Hinweis auf die Corona-bedingte Eilbedürftigkeit zu rechtfertigen sein. Erst Recht dürften Direktvergaben ohne die Einholung von Angeboten bei anderen potentiellen Auftragnehmern ausgeschlossen sein.

## Versicherungsrecht

### Widerruf von Lebensversicherungsverträgen

Die Frage, ob Lebens- und Rentenversicherungsverträge aufgrund fehlerhafter Widerrufsbelehungen oder mangelhafter Verbraucherinformationen noch jahrelang nach ihrem Abschluss widerrufen werden können, beschäftigt die Gerichte weiterhin in großem Umfang. Zu beachten ist dabei stets die Rechtslage zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses und die konkrete Gestaltung der Versicherungsunterlagen. Pauschale Aussagen zur Widerruflichkeit sind daher nicht möglich, sondern es kommt auf den jeweiligen Einzelfall an.

Zu Verträgen, die zwischen ca. 1995 und 2007 abgeschlossen wurden, hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 24.06.2020 entschieden, dass die Versicherer den Prämienanteil, der auf eine Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung entfiel, nicht gesondert ausweisen mussten. Bereits am 11.12.2019 hatte der Bundesgerichtshof zu dieser Vertragsgeneration geurteilt, dass die Versicherer nicht darauf hinweisen mussten, dass bestimmte Rückkaufswerte nicht garantiert sind. Damit ist geklärt, dass sich aus dem Fehlen dieser Informationen jedenfalls kein „ewiges“ Widerspruchsrecht herleiten lässt.

Impressum  
BRP Renaud und Partner mbB  
info@brp.de · www.brp.de  
Stand Oktober 2020

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. Dieser Newsletter dient lediglich der allgemeinen Information und kann eine Rechtsberatung im Einzelfall nicht ersetzen.