

Newsletter

I. Quartal 2021

mit Beiträgen zu:

Arbeitsrecht
Bau-, Architekten- und
Ingenieurrecht
Datenschutzrecht
Gesellschaftsrecht
Kartellrecht
Medizinrecht
Mietrecht
Öffentliches Bau- und
Planungsrecht
Sozialversicherungsrecht
Vergaberecht
Versicherungsrecht



BRP Renaud und Partner mbB
Rechtsanwälte Patentanwälte
Steuerberater

BRP aktuell



Seit dem 1. Januar verstärkt Dr. Felix Graulich die Corporate Praxis am Stuttgarter Standort. Durch den Zugang vertieft BRP die Beratungskompetenzen schwerpunktmäßig bei der Nachfolgegestaltung von Familienunternehmen sowie für Start-up- und Venture-Capital-Unternehmen insbesondere aus dem Bereich IT und Fintech. Dr. Felix Graulich betreut M&A-Transaktionen im Mittelstand, Umwandlungen von Unternehmen und grenzüberschreitende Joint Venture. Er berät überwiegend Familienunternehmen sowie mittelständische und börsennotierte Unternehmen in gesellschaftsrechtlichen Fragen.

Seit Anfang Februar ist außerdem Fabian Leonhard Müller im Gesellschaftsrecht/M&A in Frankfurt als Rechtsanwalt tätig.

Herzlich willkommen bei BRP!

Auszeichnung „Top Kanzlei 2021“



BRP ist im aktuellen Ranking des juristischen Nachschlagewerks The Legal 500 Deutschland als „Top Kanzlei 2021“ (Kategorie Metropolregion Stuttgart) empfohlen. Besonders hervorgehoben werden die fachlichen Kompetenzen im Bereich Compliance, Patentrecht und Kartellrecht sowie im M&A-Bereich, im Ingenieur- und Architekturrecht sowie im IT- und Datenschutzbereich. Als von „großem Nutzen“ werden die Mitgliedschaft im internationalen Kanzleinetzwerk INTERLAW sowie die Expertise und Kontakte des Chinese Desk bewertet.

Persönlich empfohlen werden von der Redaktion zudem:

- Dr. Martin Beutelmann (Kartellrecht, Compliance)
- Dr. Jürgen Bürkle (Versicherungsrecht, Compliance)
- Dr. Andreas Digel (Architekten- und Ingenieurrecht)
- Dr. Felix Graulich (Gesellschaftsrecht/M&A)
- Johannes Gugel (Gesellschaftsrecht/M&A)
- Dr. Ulrich-Peter Kinzl (Gesellschaftsrecht/M&A, Compliance)
- Dr. Axel Neumahr (Gesellschaftsrecht/M&A)
- Dr. Thomas Weimann (IT-Recht, Compliance)

Das gesamte Ranking von Legal 500 Deutschland ist unter legal500.de zu finden.

Vielen Dank an unsere Mandanten für das entgegengebrachte Vertrauen!

Arbeitsrecht

1. Kündigung und Annahmeverzug – Bessere Chancen für Arbeitgeber

Der Arbeitnehmer ist dem Arbeitgeber nach Treu und Glauben zur Auskunft über Vermittlungsangebote der Agentur für Arbeit und des Jobcenters verpflichtet, wenn er nach einer Kündigung des Arbeitgebers Vergütung wegen Annahmeverzugs fordert und die Einwendung böswillig unterlassenen anderweitigen Erwerbs wahrscheinlich begründet ist. Das hat das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 27.05.2020 entschieden.

Wird im Rahmen eines Kündigungsschutzverfahrens die Unwirksamkeit der Kündigung festgestellt, muss oft rückwirkend für die Zeit zwischen dem Ablauf der Kündigungsfrist und dem Urteilspruch die Vergütung nach den Grundsätzen des Annahmeverzugs nachgezahlt werden. Allerdings muss sich der Arbeitnehmer anrechnen lassen, was er durch anderweitige Arbeit verdient hat oder hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen. Dieses böswillige Unterlassen war für den Arbeitgeber bislang schwer zu beweisen. Dieser misslichen Lage hat das Bundesarbeitsgericht nun abgeholfen. Demnach hat der Arbeitgeber einen Auskunftsanspruch unter Nennung von Tätigkeit, Arbeitszeit, Arbeitsort und Vergütung. Auf dieser Grundlage ist es dem Arbeitgeber im Anschluss möglich, zur Böswilligkeit und Zumutbarkeit vorzutragen.

Der Auskunftsanspruch nach Treu und Glauben hat fünf Voraussetzungen:

- (1) Das Vorliegen einer besonderen rechtlichen Beziehung – hier: das Arbeitsverhältnis.
- (2) Die dem Grunde nach feststehende oder zumindest wahrscheinliche Existenz eines Anspruchs – hier: die Wahrscheinlichkeit, dass es Vermittlungsangebote gab.
- (3) Die entschuldbare Ungewissheit des Auskunftsfordernenden – hier: der Arbeitgeber kann sich die notwendigen Informationen nicht selbst beschaffen.
- (4) Die Zumutbarkeit der Auskunftserteilung durch den Anspruchsgegner – hier: der Arbeitnehmer hat kein schützenswertes Interesse an der Geheimhaltung der Vermittlungsangebote.
- (5) Durch die Zuerkennung des Auskunftsanspruchs werden die allgemeinen Beweisgrundsätze nicht unterlaufen.

Der Arbeitgeber kann regelmäßig weder darlegen und beweisen, dass der Arbeitnehmer überhaupt anderweitigen Verdienst hatte, noch kann er Angaben zur Höhe des anderweitigen Erwerbs machen, so die Richter. Ohne Auskunftsanspruch liefe damit die gesetzlich vorgesehene Anrechnungsmöglichkeit jedenfalls in Bezug auf anderweitig erzielten Verdienst und Arbeitsmöglichkeiten bei Dritten faktisch ins Leere. Erhält der Arbeitgeber die Auskunft, kann er Indizien für die Zumutbarkeit der Arbeit und eine mögliche Böswilligkeit des Unterlassens anderweitigen Erwerbs vortragen. Darauf obliegt es wiederum dem Arbeitnehmer dazulegen und zu beweisen, weshalb es nicht zu einem Vertragsschluss mit einem anderen Arbeitgeber gekommen ist bzw. ein solcher unzumutbar war.

In der Praxis wird es für die Arbeitgeber dadurch einfacher, zumindest die Höhe der Annahmeverzugslohnansprüche zu begrenzen. Bislang wurde das monatlich steigende Annahmeverzugsrisiko in der Regel in den „Preis“ eines Vergleichs einkalkuliert. Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts sorgt für einen angemessenen Ausgleich des Lohnfortzahlungsrisikos.

2. Betriebsvereinbarung nicht von Zustimmung der Arbeitnehmer abhängig

In Fortsetzung seiner Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht am 28.07.2020 beschlossen, dass eine Betriebsvereinbarung stets kraft Gesetzes unmittelbar und zwingend gilt. Im entschiedenen Fall war die Wirksamkeit der Betriebsvereinbarung von einer Zustimmungsquote der Arbeitnehmer abhängig gemacht worden. Laut Bundesarbeitsgericht widerspricht eine solche Regelung den Grundprinzipien der Betriebsverfassung. Der Betriebsrat werde als Organ der Betriebsverfassung im eigenen Namen kraft Amtes tätig; er sei weder an Weisungen der Arbeitnehmer gebunden noch bedürfte sein Handeln deren Zustimmung. Aus diesem Grund erklärte das Gericht die Betriebsvereinbarung für unwirksam. Die unzulässige Verknüpfung des Inkrafttretens einer Betriebsvereinbarung mit dem Erreichen einer bestimmten Zustimmungsquote bewirke deren Gesamtwirksamkeit.

3. Aufhebungsvereinbarungen und Outplacement-Beratungen

Seit dem 01.01.2021 ergeben sich aufgrund der Steuerfreiheit von Outplacement-Beratungen neue Handlungsspielräume für Verhandlungen über Aufhebungsverträge. Beim Outplacement werden

dem Arbeitnehmer professionelle Dienstleistungen zur beruflichen Neuorientierung – finanziert durch den Arbeitgeber – angeboten. Bislang fanden sich solche Regelungen eher selten in entsprechenden Vereinbarungen. Grund hierfür war, dass einige Outplacement-Leistungen als geldwerter Vorteil zu versteuern waren. Der Gesetzgeber hat nun in § 3 Nr. 19 EStG klargestellt, dass „Beratungsleistungen des Arbeitgebers, oder auf dessen Veranlassung von einem Dritten, zur beruflichen Neuorientierung bei Beendigung des Dienstverhältnisses“ erbrachte Beratungsleistungen steuerfrei sind.

Diese neue Gestaltungsmöglichkeit gibt dem Arbeitnehmer die Chance, durch gute und gezielte Beratung schnell eine geeignete neue Beschäftigung zu finden, ohne steuerliche Nachteile zu erleiden. Im Ergebnis kann es zu einer schnelleren Beendigung des Arbeitsverhältnisses kommen.

4. Mitarbeitervergütung: Gleicher Lohn für alle?

Bereits im Jahr 2017 trat das sogenannte Entgelttransparenzgesetz in Kraft. Gegenstand von Diskussionen war vor allem der in § 10 Entgelttransparenzgesetz festgeschriebene Auskunftsanspruch. Hiernach sind Unternehmen mit mehr als 200 Arbeitnehmern verpflichtet, auf Verlangen eines Arbeitnehmers offenzulegen, wie hoch die durchschnittliche Vergütung andersgeschlechtlicher Arbeitnehmer mit vergleichbarem Stellenprofil ist.

Obwohl der Name des Gesetzes „Entgelttransparenzgesetz“ dies nahelegt, verpflichtet das Gesetz aber nicht nur größere Unternehmen mit mehr als 200 Arbeitnehmern zur Offenlegung statistischer Gehaltsunterschiede zwischen den Geschlechtern. Es verpflichtet darüber hinaus jedes Unternehmen – unabhängig von seiner Größe – dazu, vergleichbare Arbeitnehmer unterschiedlichen Geschlechts grundsätzlich auch gleich zu vergüten. Gehaltsunterschiede zwischen den Geschlechtern sind nur zulässig, soweit sachliche Gründe für eine Differenzierung vorliegen. Das Gesetz konkretisiert insoweit die bereits bestehenden Gleichbehandlungsgrundsätze und definiert außerdem, unter welchen Voraussetzungen die Tätigkeit verschiedener Arbeitnehmer gleich bzw. gleichwertig ist.

Sachliche Gründe, die eine unterschiedliche Vergütung rechtfertigen, liegen nach überwiegender Auffassung nicht bereits dann vor, wenn ein Arbeitnehmer bzw. eine Arbeitnehmerin besser handelt als seine/ihre andersgeschlechtlichen Kollegen. Auch soll es nicht ausreichen, dass die Leistung des besserverdienenden Arbeitnehmers als

qualitativ hochwertiger eingeschätzt wird. Stattdessen muss das Unternehmen objektive Unterscheidungsmerkmale anführen, um eine abweichende Vergütung zu rechtfertigen. In einer Entscheidung vom 21.01.2021 hat das Bundesarbeitsgericht nun erstmals klargestellt, dass die unzulässige unterschiedliche Vergütung von Arbeitnehmern verschiedenen Geschlechts nicht nur zu einer Anpassung der Vergütungshöhe für die Zukunft verpflichtet. Vielmehr bestehe auch ein rückwirkender Anspruch auf die Differenzvergütung der vorangegangenen Jahre.

Geklagt hatte in dem durch das Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall eine Abteilungsleiterin, die nach Auskunft ihres Arbeitgebers monatlich ca. 230,00 € brutto weniger verdient hatte, als der Median ihrer männlichen Abteilungsleiterkollegen. Das Bundesarbeitsgericht entschied daraufhin, dass bereits die unterschiedliche Höhe der Vergütung eine tatsächliche Vermutung für eine unsachgemäße Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts begründe. Das Unternehmen trage daher die volle Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die unterschiedliche Vergütung sachlich gerechtfertigt sei. Dabei reichte dem Bundesarbeitsgericht als sachlicher Grund für die unterschiedliche Vergütung nicht aus, dass die im konkreten Fall besserverdienenden (männlichen) Abteilungsleiterkollegen bereits deutlich länger im Unternehmen waren, als die Klägerin.

In der Konsequenz sollten Unternehmen, die die Gehälter verschiedengeschlechtlicher Arbeitnehmer unterschiedlich stark anheben wollen, vor jeder Gehaltserhöhung eine umfassende Dokumentation sachlicher Beweggründe für die Gehaltserhöhung vornehmen. Denn im Falle einer Klage durch einen Arbeitnehmer reicht sonst bereits der Umstand aus, dass andersgeschlechtliche Kollegen durchschnittlich besser verdienen. Dabei sollte beachtet werden, dass auch eine lineare Anhebung der Vergütung (etwa nach Maßgabe eines bestimmten Prozentsatzes) zu einer Benachteiligung von Arbeitnehmern mit niedrigeren Gehältern führen kann. Schlimmstenfalls droht eine Nachzahlung von Vergütung über mehrere Jahre. Zudem sollten Unternehmen das Urteil zum Anlass nehmen, die bestehende Vergütungsstruktur auf möglicherweise bestehende Ungleichbehandlungen zu prüfen und gegebenenfalls anzupassen.

Paradox: Die deutlich erleichterte Klagemöglichkeit der Arbeitnehmer gilt nur für Kollegen unterschiedlichen Geschlechts. Kollegen gleichen Geschlechts können zwar untereinander nach dem

allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz eine Anpassung der Vergütung für die Zukunft geltend machen, werden damit aber nur selten Erfolg haben. Das Entgelttransparenzgesetz gilt in solchen Fällen nicht und somit findet auch ein deutlich vereinfachter Differenzierungsmaßstab Anwendung.

Bau-, Architekten- und Ingenieurrecht

Wer muss für Sonderwünsche bezahlen? Erwerber oder Bauträger?

Ein Bauträger beauftragte einen Generalunternehmer mit der Errichtung einer Eigentumswohnanlage mit 15 Wohneinheiten. Während der Baumaßnahmen traten einzelne Erwerber mit Sonderwünschen an den Generalunternehmer heran. Der Generalunternehmer setzte die Sonderwünsche um und berechnete sie dem Bauträger. Der Bauträger wiederum rechnete die Mehrkosten gegenüber den Erwerbern ab. Gegen ein Sicherungsverlangen des Generalunternehmers nach § 648a BGB a.F., mit dem der Generalunternehmer auch den Werklohn für die Sonderwünsche absichern wollte, wandte der Bauträger ein, die Sonderwünsche seien nicht Gegenstand des mit ihm geschlossenen Vertrags, sondern ausschließlich Sache der einzelnen Erwerber. Deshalb stehe dem Generalunternehmer insoweit keine Sicherheit zu.

Das sieht das Oberlandesgericht Köln in einem Urteil vom 18.12.2019 anders und nimmt Vereinbarungen über die Erbringung zusätzlicher Leistungen – also der Sonderwünsche – zwischen Bauträger und Generalunternehmer an. Denn die vom Generalunternehmer ausgeführten Sonderwunschsleistungen erfolgten in Absprache mit den Erwerbern und dem Bauträger, der in die Vorgehensweise eingebunden war. Diese Vorgehensweise lässt aus Sicht des Gerichts darauf schließen, dass Bauträger und Generalunternehmer darin übereingekommen waren, dass der Generalunternehmer die von den Erwerbern gewünschten Sonderleistungen umsetzt und die Kosten dem Bauträger als Hauptauftraggeber in Rechnung stellt, der dann seinerseits die Kosten gegenüber den Erwerbern abrechnet. Damit gerierte sich der Bauträger gegenüber dem Generalunternehmer als Auftraggeber der Sonderwunschsleistungen, so dass von keinen „selbstständigen Sonderwuschverträgen“ zwischen Generalunternehmer und den Erwerbern, sondern von einem „scheinselbstständigen Sonderwuschvertrag“ auszugehen ist.

Das Oberlandesgericht Köln bestätigt in seinem Urteil die zur Abwicklung von Sonderwunschsleistungen in der Literatur vertretene Ansicht, dass aus Gründen der Rechtsklarheit und Einheitlichkeit der Vergütungs- und Haftungsverhältnisse der Bauträger Herr des Geschehens bleibt und regelmäßig kein Vertrag zwischen Erwerber und Handwerker zustande kommt. Im Einzelfall kann dies allerdings auch anders sein. Deshalb ist von allen Beteiligten darauf zu achten, wer bei Sonderwünschen Auftraggeber ist. Denn dies wirkt sich nicht nur auf ein etwaiges Sicherungsverlangen des Unternehmers aus, sondern bestimmt auch den Schuldner der Vergütung sowie den Inhaber von Mängelansprüchen.

Datenschutzrecht

1. Neuer Entwurf eines Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetzes

Am 10.02.2021 hat das Bundeskabinett den Entwurf für ein neues Gesetz zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre der Telekommunikation und bei Telemedien (Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz – TTDSG) beschlossen. Das TTDSG soll unter anderem die Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.07.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation in der durch die Richtlinie 2009/136/EG geänderten Fassung (ePrivacy-Richtlinie) in nationales Recht umsetzen.

Bei der geplanten Umsetzung der ePrivacy-Richtlinie sind insbesondere die Vorgaben für den Einsatz von Cookies, Tracking-Pixel und ähnliche datenverarbeitende Technologien interessant. Denn die derzeit einschlägigen deutschen Umsetzungsregelungen in § 15 Telemediengesetz für den Einsatz solcher Technologien stehen im Widerspruch zum Wortlaut der Richtlinie, was in der Vergangenheit mehrfach für Unklarheit gesorgt hat. Der nun vom Bundeskabinett beschlossene Gesetzesentwurf übernimmt den Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie, der die Voraussetzungen für den Einsatz von datenverarbeitenden Technologien festlegt. Diese dürfen nach der Vorschrift nur dann ohne Einwilligung des Nutzers eingesetzt werden, wenn sie unbedingt erforderlich sind, um einen vom Nutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienst zur Verfügung stellen zu können. In allen anderen Fällen – insbesondere zur Erstellung von

Nutzungsprofilen für Zwecke der Werbung oder der Marktforschung – ist deren Einsatz nur nach ausdrücklicher Einwilligung des Nutzers zulässig. Hervorzuheben ist, dass hier alle Technologien und Datenverarbeitungsvorgänge betroffen sind und nicht nur solche mit Personenbezug. Die Regelungen des TTDSG werden daher vorrangig vor der Datenschutzgrundverordnung Anwendung finden.

Es bleibt abzuwarten, ob der Entwurf im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsverfahrens noch einmal verändert wird. Sollte es bei dem zuletzt veröffentlichten Entwurfstext bleiben, werden die Anforderungen an den Einsatz von Cookies, Tracking-Pixeln und ähnlichen datenverarbeitenden Technologien jedenfalls noch einmal erhöht werden.

Etwas überraschend könnten die Bemühungen des deutschen Gesetzgebers jedoch bald überflüssig werden. Denn auf europäischer Ebene kam zuletzt Bewegung in die Verabschiedung der ePrivacy-Verordnung, welche die ePrivacy-Richtlinie und damit auch Umsetzungsvorschriften im TTDSG ablösen würde. Weitere Informationen hierzu finden Sie im folgenden Beitrag.

2. Trilog-Verfahren zur ePrivacy-Verordnung

Am 10.02.2021 verabschiedete der Ministerrat der Europäischen Union eine neue Fassung der geplanten Verordnung über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (ePrivacy-Verordnung). Mit diesem Entwurf können die Trilog-Verhandlungen zum endgültigen Wortlaut des Gesetzes beginnen.

Die ePrivacy-Verordnung soll neuen technologischen Entwicklungen und neuen Techniken zur Verfolgung des Online-Verhaltens der Nutzer Rechnung tragen. Als spezielleres Gesetz konkretisiert und ergänzt sie die Datenschutzgrundverordnung. So gelten beispielsweise im Gegensatz zur Datenschutzgrundverordnung viele Bestimmungen der ePrivacy-Verordnung nicht nur für natürliche, sondern auch für juristische Personen und für die Maschine-zu-Maschine-Kommunikation.

Mit der ePrivacy-Verordnung soll die Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.07.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (ePrivacy-Richtlinie) aufgehoben werden. Nationale

Umsetzungsgesetze auf Grundlage der ePrivacy-Richtlinie (in Deutschland unter anderem Regelungen im Telemediengesetz – TMG) würden damit ebenfalls unwirksam. Entsprechende Sachverhalte wären künftig nur noch an der ePrivacy-Verordnung zu messen, die als europäische Verordnung in allen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union unmittelbare Wirkung entfalten würde.

Den ersten Vorschlag für eine ePrivacy-Verordnung legte die Europäische Kommission bereits im Januar 2017 vor. Ursprünglich sollte die ePrivacy-Verordnung gleichzeitig mit der Datenschutzgrundverordnung im Jahr 2018 in Kraft treten. Die Verhandlungen über die Verordnung und deren genauen Wortlaut gerieten jedoch jahrelang ins Stocken. Mit der Zustimmung des Rates kommt nun wieder Bewegung in die Materie. Das jetzt folgende Trilog-Verfahren, in dem Kommission, Parlament und Ministerrat über den Gesetzesvorschlag verhandeln, lässt erwarten, dass es zu einer (baldigen) Einigung kommt.

Die ePrivacy-Verordnung wird voraussichtlich erheblichen Änderungsbedarf gerade beim Betrieb von Webseiten nach sich ziehen. Die weitere Entwicklung muss daher beobachtet werden, um rechtzeitig erforderliche Anpassungen vornehmen zu können.

Gesellschaftsrecht/ Sozialversicherungsrecht

Sozialversicherungspflicht von Verwaltungsratsmitgliedern einer monistischen SE

Die Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea, SE) erfreut sich in Deutschland weiter einer zunehmenden Beliebtheit. Das hat nicht zuletzt den Hintergrund, dass die SE in bestimmten Konstellationen nicht den Vorschriften über die unternehmerische Mitbestimmung unterfällt. Das bedeutet, dass bei einer SE unter Umständen keine Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat vertreten sind, auch wenn die Schwellenwerte von Drittelbeteiligungs- und Mitbestimmungsgesetz überschritten werden.

Eine weitere Besonderheit der SE ist, dass es diese in zwei Varianten gibt: Zum einen die dualistischen SE. Diese ist fast identisch mit der AG, insbesondere gibt es Vorstand und Aufsichtsrat. Zum anderen die monistische SE mit dem Verwaltungsrat, der Vorstand und Aufsichtsrat vereinigen soll.

Dies ist ein One-Board-System, das man aus englischen oder amerikanischen Unternehmen kennt. Allerdings hat der deutsche Gesetzgeber das System nicht konsequent umgesetzt, sondern noch die sogenannten geschäftsführenden Direktoren geschaffen, die die SE nach außen vertreten, aber gegenüber dem Verwaltungsrat weisungsabhängig sind.

Von den deutschen operativ tätigen SE ist etwa ein Drittel monistisch verfasst, beispielweise Deichmann SE oder Conrad Electronics SE. Als einer der Vorzüge des monistischen Systems gilt seine – im Vergleich zur dualistischen Verfassung – größere Flexibilität, die es erlaubt, das Leitungssystem auf die Gegebenheiten der betreffenden Gesellschaft zuzuschneiden. Anders als im dualistischen System mit seiner strikten personellen Trennung von Vorstand und Aufsichtsrat besteht im monistischen System insbesondere die Möglichkeit, einzelne Verwaltungsratsmitglieder in Personalunion zugleich zu geschäftsführenden Direktoren zu bestellen, sofern nur die Mehrheit des Verwaltungsrats weiterhin aus nicht geschäftsführenden Mitgliedern besteht. Dies ermöglicht gerade bei Familienunternehmen eine höhere Kontrolle und engere Verzahnung zwischen Leitungs- und Aufsichtspersonal.

Problematisch ist, dass sich der deutsche Gesetzgeber mit den Besonderheiten der monistischen SE nur selten befasst und stattdessen viele Regelungen für die dualistische AG oder SE unbesehen auf die monistische SE überträgt. Das zeigte sich am Beispiel der sogenannten Frauenquote, die für die monistische SE eine Vielzahl von Fragestellungen aufwirft, weil der Gesetzgeber – trotz Hinweisen im Gesetzgebungsverfahren – keine spezifische Regelung für die monistische SE geschaffen hatte.

Eine weitere seit Jahren strittige Frage hat das Bundessozialgericht mit zwei Urteilen vom 07.07.2021 beantwortet. Wird eine deutsche Aktiengesellschaft in eine monistische SE umgewandelt, stehen die neu bestellten Verwaltungsratsmitglieder vor einem praktischen Problem. Die Verwaltungsratsmitglieder waren im Regelfall bis zur Umwandlung Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder der Aktiengesellschaft. Bei der Aktiengesellschaft ist unstrittig, dass sowohl der Vorstand als auch der Aufsichtsrat nicht sozialversicherungspflichtig ist. Für den Vorstand ergibt sich dies aus § 1 Satz 3 SGB VI für die Rentenversicherung und aus § 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III für die Arbeitslosenversicherung. Bei den Aufsichtsratsmitglie-

dern folgt dies aus dem Umstand, dass es sich bei der Wahrnehmung der unabhängigen Kontrollfunktion durch den Aufsichtsrat nicht um eine abhängige Tätigkeit, also eine Beschäftigung im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV handelt. Aufsichtsratsmitglieder üben also eine selbstständige Tätigkeit aus. Das Gleiche gilt für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder einer dualistischen SE.

Überraschenderweise vertreten die Deutsche Rentenversicherung Bund, der Spitzenverband der gesetzlichen Krankenversicherungen und die Bundesagentur für Arbeit bereits seit dem Jahr 2009, dass Verwaltungsratsmitglieder einer monistischen SE sozialversicherungspflichtig sind. Nach der Umwandlung einer AG in eine SE musste also die SE entweder Sozialversicherungsbeiträge für ihre bisherigen Vorstände und Aufsichtsratsmitglieder abführen oder bei der Deutschen Rentenversicherung Bund ein sogenanntes Statusfeststellungsverfahren einleiten, um diese Auffassung juristisch zu überprüfen.

Das Bundessozialgericht hat nun entschieden, dass Verwaltungsratsmitglieder einer SE nicht sozialversicherungspflichtig sind. Das Bundessozialgericht wendet die für den Vorstand einer AG geltenden Ausnahmenvorschriften § 1 Satz 3 SGB VI und § 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III analog auf Verwaltungsratsmitglieder einer SE an. Nach Ansicht des Bundessozialgerichts habe der europäische Gesetzgeber in mehreren Regelungen zur SE zum Ausdruck gebracht, dass die monistische SE und die Aktiengesellschaft vergleichbar seien. Insbesondere bestimme die sogenannte SE-Verordnung, dass Deutschland eine SE wie eine AG zu behandeln habe. Das gilt nach Ansicht des Bundessozialgerichts sogar dann, wenn das Verwaltungsratsmitglied der SE gleichzeitig geschäftsführender Direktor der SE ist. Aufgrund der engen Verflechtung zwischen der Tätigkeit als Verwaltungsratsmitglied und geschäftsführender Direktor einer SE sei die analoge Anwendung der Ausnahmenvorschriften insoweit zu erstrecken.

Lediglich Personen, die bei einer monistischen SE „nur“ geschäftsführender Direktor sind (also nicht gleichzeitig Verwaltungsratsmitglied), sind in der Regel sozialversicherungspflichtig. Diese werden behandelt wie Fremdgeschäftsführer einer GmbH. Hintergrund ist, dass die geschäftsführenden Direktoren einer SE anders als Vorstandsmitglieder einer AG weisungsgebunden sind.

Das Bundessozialgericht hat mit den Entscheidungen vom Juli letzten Jahres Rechtssicherheit ge-

schaffen und die monistische SE noch ein kleines bisschen attraktiver gemacht.

Kartellrecht

Die 10. GWB-Novelle – Überblick

Die im Januar in Kraft getretene 10. GWB-Novelle hat im Gesetzgebungsverfahren den Beinamen „GWB-Digitalisierungsgesetz“ erhalten. Tatsächlich enthält sie Neuerungen in unterschiedlichsten Bereichen des Kartellrechts. Wir nennen hier einige besonders praxisrelevante Themen.

1. Fusionskontrolle: höhere Inlandsumsatzschwellen

Der Gesetzgeber hat die Schwellen, ab denen ein Zusammenschlussvorhaben vorab beim Bundeskartellamt angemeldet werden muss, deutlich angehoben. Um eine Anmeldepflicht auszulösen, waren bislang Jahresumsätze in Deutschland von mindestens 25 Mio. € eines Beteiligten und 5 Mio. € eines weiteren Beteiligten ausreichend. Diese Schwellen wurden nun auf 50 Mio. € und 17,5 Mio. € erhöht. Damit werden künftig erheblich weniger Transaktionen in Deutschland anmeldepflichtig sein. Das begünstigt insbesondere den Erwerb von Unternehmen mit geringen Umsätzen in Deutschland. Selbst bei hohen Marktanteilen können solche Vorhaben künftig ohne vorherige Prüfung durch das Bundeskartellamt vollzogen werden.

Einem systematischen Aufkauf von innovativen Start-ups unterhalb der angehobenen Schwellen durch etablierte und finanzstarke Unternehmen kann das Bundeskartellamt künftig mit einem neuen Instrument entgegenwirken. Es kann nun Unternehmen verpflichten, sämtliche Transaktionen anzumelden, bei denen das Target zumindest zwei Drittel seines Umsatzes von mehr als 2 Mio. € in Deutschland erzielt. Allerdings dürften die formalen und inhaltlichen Anforderungen an eine solche Verpflichtung hoch sein, weshalb abzuwarten bleibt, in welchem Umfang die Neuregelung praktische Bedeutung erlangt.

2. Ausbau der Missbrauchskontrolle

Im Zusammenhang mit der Kontrolle von Marktmacht standen die Änderungen im Rampenlicht, die sich gegen die großen Digitalkonzerne wie Google und Facebook richten. Revolutionär ist die Regelung, die es dem Bundeskartellamt ermög-

licht, ein Unternehmen als „Unternehmen mit marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ einzustufen. Solchen Unternehmen können dann in einem zweiten Schritt zusätzliche Pflichten auferlegt werden, die deren Macht begrenzen sollen. Über dieses Instrument hinaus wurde die Anwendung der allgemeinen Missbrauchsaufsicht auf solche Unternehmen verbessert, etwa durch die Nennung zusätzlicher Kriterien, um die Marktmacht gerade dieser Unternehmen feststellen zu können.

Von praktischer Relevanz für eine größere Zahl an Unternehmen sind die Regelungen, die sich mit der Verweigerung des Zugangs zu Daten beschäftigen. Dabei geht es um Daten, die für ein Unternehmen notwendig sind, um bestimmte wirtschaftliche Aktivitäten durchzuführen. Für auf diese Weise behinderte Unternehmen wurden spezifische Zugangsansprüche zu solchen Daten geschaffen.

Ausgedehnt wurde auch der Anwendungsbereich von Ansprüchen gegen Unternehmen, die zwar nicht marktbeherrschend sind, von denen aber andere Unternehmen abhängig sind (sogenannte relative Marktmacht). Bisher musste das abhängige Unternehmen ein kleines oder mittleres Unternehmen (KMU) sein. Künftig können auch große Unternehmen prinzipiell von dieser Vorschrift profitieren. Die bereits jetzt praktisch bedeutsamste Vorschrift der deutschen Missbrauchskontrolle wird damit weiter an Bedeutung gewinnen.

3. Belohnung für Compliance-Maßnahmen

Eine Kehrtwende gegenüber der bisherigen Praxis des Bundeskartellamtes stellt die Einführung der sogenannten Compliance Defense dar. Es ist nun gesetzlich geregelt, dass Unternehmen eine Bußgeldreduzierung auch dafür erhalten können, dass sie bereits vor einem Kartellrechtsverstoß angemessene und wirksame Compliance-Maßnahmen getroffen haben. Ausführliche Informationen dazu und warum dies einen Anreiz zur Einführung solcher Maßnahmen bedeutet, finden Sie in unserem Compliance-Newsletter März 2021, den Sie auf unserer Homepage abrufen können.

4. Schadenersatz: Vermutung der Kartellbefangenheit

Die GWB-Novelle enthält zudem eine weitere Erleichterung für die Geltendmachung von Kartellschadenersatz. Künftig wird widerleglich vermutet, dass Rechtsgeschäfte mit einem am Kartell beteiligten Unternehmen, die sachlich, zeitlich und

räumlich in den Bereich eines Kartells fallen, von der Kartellabsprache erfasst waren. Nach den Urteilen des Bundesgerichtshofs in Sachen Schienenkartell II und LKW-Kartell wird dies zwar in der Sache regelmäßig nichts ändern, sorgt aber hoffentlich für ein wenig mehr Verlässlichkeit bei der Durchsetzung solcher Ansprüche.

Medizinrecht

1. Rücknahme des Nachbesetzungsantrags bis zum Eintritt der Bestandskraft möglich

Das Bundessozialgericht hat in einem Urteil vom 12.02.2020 entschieden, dass der Antrag auf Durchführung eines Nachbesetzungsverfahrens bis zur Bestandskraft der Auswahlentscheidung des Zulassungsausschusses zurückgenommen werden kann, mit der Folge, dass sich das Verwaltungsverfahren erledigt. Bis zu der höchststrichterlichen Klärung wurde teilweise die Ansicht vertreten, eine Antragsrücknahme sei nur bis zur Auswahlentscheidung des Zulassungsausschusses oder bis zu der Bekanntgabe einer solchen Entscheidung möglich, weil ansonsten die Entscheidungsrechte des Zulassungsausschusses unterlaufen werden könnten, was der Konzeption des § 103 Abs. 4 SGB V widerspreche. Nun stellt das Bundessozialgericht klar, dass eine Rücknahme auch noch bis zur Bestandskraft der Auswahlentscheidung des Zulassungsausschusses möglich ist, wenngleich auch unter Einschränkungen: Ob ein Antrag noch in der Zeit zwischen dem Wirksamwerden des Verwaltungsaktes und dem Eintritt der Bestandskraft zurückgenommen werden kann, richtet sich nach der konkreten Interessenlage. Von Bedeutung in diesem Zusammenhang ist insbesondere, ob öffentliche Interessen der Antragsrücknahme nach Wirksamwerden des Verwaltungsaktes entgegenstehen und ob infolge der Antragstellung Umstände eingetreten sind, die nicht mehr ohne Weiteres rückgängig gemacht werden können.

2. Verlegung von Anstellungsgenehmigungen zwischen Medizinischen Versorgungszentren mit unterschiedlichen Trägergesellschaften

Das Bundessozialgericht hat in einem Urteil vom 30.09.2020 entschieden, dass auch die Verlegung von Anstellungsgenehmigungen zwischen Medizinischen Versorgungszentren möglich ist, die von unterschiedlichen Betreibergesellschaften getragen werden, jedoch identische Gesellschafter ha-

ben. Nach Auffassung des Bundessozialgerichts wollte der Gesetzgeber mit § 24 Abs. 7 Satz 2 Ärzte-ZV auch den Sachverhalt regeln, dass eine Betreiber-GmbH bzw. mehrere GmbH mit identischen Gesellschaftern Anstellungsgenehmigungen zwischen ihren Medizinischen Versorgungszentren verschieben wollen. Ein Medizinisches Versorgungszentrum soll nach dem Willen des Gesetzgebers nämlich nicht nur über den Hauptstandort seiner Berufsausübung entscheiden dürfen, sondern auch die zulassungsrechtliche Zuordnung von genehmigten Anstellungen ändern können. Eine Unterscheidung zwischen Fallkonstellationen, in denen mehrere Medizinische Versorgungszentren von derselben Gesellschaft betrieben werden, und solchen, in denen nur eine Identität der Gesellschafter besteht, war nach Ansicht des Bundessozialgerichts vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt. Maßgeblich für die Gleichstellung dieser beiden Konstellationen – gleiche Betreibergesellschaft bzw. Gesellschafteridentität – ist der Umstand, dass die Zulassungsgremien die Frage, ob jedes Medizinische Versorgungszentrum eine eigene, exklusive Betreibergesellschaft benötigt, oder ob eine GmbH auch mehrere Medizinische Versorgungszentren betreiben kann, unterschiedlich bewertet haben. Eine solche Differenzierung ist weder mit dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz noch mit dem Willen des Gesetzgebers vereinbar.

Mietrecht

Nebenkostenabrechnung – Einsichtsrecht des Mieters in Zahlungsbelege

Nebenkostenabrechnungen und deren Prüfung durch den Mieter gehören zu den beliebtesten Streitpunkten im Mietrecht. Klar ist, dass dem Mieter das Recht zusteht, Einsicht in die Belege nehmen zu können, die der Vermieter seiner Nebenkostenabrechnung zugrunde legt. Wie weit dieses Einsichtsrecht des Mieters geht, war nun Gegenstand einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs.

Streitig war zwischen den Parteien der Auseinandersetzung, ob es ausreicht, dass der Vermieter dem Mieter die der Nebenkostenabrechnung zugrundeliegenden Rechnungsbelege zur Verfügung gestellt hatte, oder ob der Vermieter dem Mieter auf dessen Verlangen auch Einsicht in die Zahlungsbelege zu den Rechnungen hätte gewähren müssen. Der Bundesgerichtshof entschied zu

Gunsten des Mieters dahingehend, dass der Mieter vom Vermieter auch Einsicht in die der Nebenkostenabrechnung zugrundeliegenden Rechnungsbelege verlangen darf. Bis ihm diese Einsicht gewährt werde, stehe dem Mieter ein Leistungsverweigerungsrecht bezüglich einer vom Vermieter aus der Nebenkostenabrechnung verlangten Nachzahlung zu. Zu den Abrechnungsunterlagen, auf die sich das Einsichtsrecht des Mieters bezieht, gehören also nicht nur die Rechnungen, sondern auch die zu den Rechnungen gehörenden Zahlungsbelege über die auf den Mieter umgelegten Betriebskosten. Dieses Einsichtsrecht in die Zahlungsbelege gilt allgemein und nicht nur dann, wenn der Mieter ein besonderes Interesse an der Einsicht in die Zahlungsbelege darlegen kann. Nur mit Hilfe der Zahlungsbelege könne der Mieter im Ergebnis überprüfen, ob die von ihm angeforderten Beträge zurecht angefordert werden. Nur aus den Zahlungsbelegen könne der Mieter z.B. sehen, ob die Rechnungsbeträge vom Vermieter so, wie sie in der Nebenkostenabrechnung gegenüber dem Mieter ausgewiesen sind, auch tatsächlich beglichen wurden und nicht z.B. Kürzungen vorgenommen wurden oder der Vermieter von Preisnachlässen profitiert habe. Auch mögliche Versehen bei der Nebenkostenabrechnung könnten so vom Mieter aufgedeckt werden. Das allgemeine Kontrollinteresse des Mieters erstreckt sich darauf, ob der Vermieter die in die Abrechnung eingestellten Leistungen seinerseits bezahlt habe und, wenn dies nicht so sei, sei zumindest ein berechtigter Anlass für den Mieter gegeben, nachzufragen oder Einwendungen zu erheben.

Im Ergebnis zeigt auch dieses Urteil, dass Sorgfalt bei der Erstellung von Nebenkostenabrechnungen geboten und der Vermieter gut beraten ist, nicht nur Rechnungs-, sondern auch Zahlungsbelege strukturiert zu verwalten. Nur so kann er auf Nachfragen des Mieters zeitnah reagieren und sicherstellen, dass die bei ihm abgeflossenen Kosten vom Mieter gezahlt werden müssen.

Öffentliches Bau- und Planungsrecht

1. Nutzungsuntersagung wegen fehlender Baugenehmigung

Immer wieder kommt es vor, dass die Nutzung einer baulichen Anlage geändert wird. In einem solchen Fall muss sorgfältig geprüft werden, ob die Nutzungsänderung genehmigungspflichtig ist. Denn bedarf die neue Art der Nutzung einer Bau-

genehmigung und wird diese nicht vor Aufnahme der neuen Nutzung eingeholt, droht eine behördliche Nutzungsuntersagung. Eine solche kann durch das zuständige Baurechtsamt immer dann ausgesprochen werden, wenn eine bauliche Anlage im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften genutzt wird.

Über die Rechtmäßigkeit einer solchen Nutzungsuntersagung hat der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg am 09.11.2020 entschieden. Im zugrundeliegenden Fall wurden Räumlichkeiten, die über eine Baugenehmigung für eine Schankwirtschaft verfügten, als diskothekenähnliche Vergnügungsstätte genutzt. Weil diese Nutzung nicht von der vorhandenen Baugenehmigung abgedeckt war, untersagte das Baurechtsamt die weitere Nutzung. Das Gericht sah diese Nutzungsuntersagung als rechtmäßig an und führte aus, dass die Untersagung bereits dann wirksam ausgesprochen werden könne, wenn die Nutzung formell illegal ist, es also an der erforderlichen Genehmigung fehlt.

In der bisherigen Rechtsprechung aller Bausenate des Verwaltungsgerichtshofs war davon ausgegangen worden, dass eine rechtmäßige Nutzungsuntersagung nicht lediglich eine formelle, sondern darüber hinaus eine materielle Baurechtswidrigkeit voraussetze. Eine solche konnte deshalb nur dann gerichtsfest erlassen werden, wenn es der Nutzung nicht nur an der erforderlichen Baugenehmigung mangelte, sondern diese darüber hinaus gegen die gesetzlichen Vorschriften verstieß. Diese Rechtsprechung wird nach den ausdrücklichen Ausführungen im Urteil nunmehr aufgegeben.

Aus diesem Grund muss künftig jeder, der eine Nutzung durchführt, die nicht von der Baugenehmigung für die bauliche Anlage gedeckt ist, mit einer Untersagung dieser Nutzung rechnen. Spricht das zuständige Baurechtsamt eine Nutzungsuntersagung aus, wird es bei der gerichtlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme nicht mehr bzw. nur noch untergeordnet im Rahmen der Ermessenserwägungen darauf ankommen, ob die konkret durchgeführte Nutzung mit Recht und Gesetz in Einklang steht.

2. Gesetz zur Mobilisierung von Bauland

Seit Jahren ist in den Städten und Ballungsräumen der Wohnraum knapp. Die Bundesregierung ist bestrebt, dem Mangel an bezahlbaren Wohnungen entgegenzuwirken. Im Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD vom 12.03.2018 wurde verein-

bart, die Kommunen bei der Aktivierung von Bauland und der Sicherung bezahlbaren Wohnraums zu unterstützen. Die in der Folge eingesetzte Baulandkommission hat Empfehlungen zur Umsetzung dieser Ziele vorgelegt, die Eingang in das Gesetz zur Mobilisierung von Bauland (Baulandmobilisierungsgesetz) gefunden haben, dessen Entwurf im Sommer letzten Jahres vorgelegt wurde und der derzeit im Bundestag beraten wird.

Der Gesetzesentwurf sieht weitreichende Änderungen des Bauplanungsrechts vor. Danach sollen unter anderem die kommunalen Vorkaufsrechte gestärkt werden, es sind Erleichterungen im Planungs- und Genehmigungsprozess im Innen- und Außenbereich vorgesehen, darüber hinaus ist eine strenge Regulierung der Umwandlung von Miet- in Eigentumswohnungen geplant und das umstrittene Baugebot soll ausgeweitet werden.

Für weitergehende Informationen zu diesem Thema können Sie sich auf unserer Homepage unter www.brp.de/newsletter-anmeldung/ für den Newsletter „Öffentliches Bau- und Planungsrecht“ anmelden. Wir werden die wichtigsten Neuerungen des Baulandmobilisierungsgesetzes nach dessen Inkrafttreten vorstellen.

Sozialversicherungsrecht

Sozialversicherungsrechtliche Betriebsprüfung

Die Frage, ob freie Mitarbeiter, Gesellschafter, Geschäftsführer oder Familienangehörige der Inhaber in einem Betrieb sozialversicherungspflichtig beschäftigt oder für diesen selbstständig tätig sind, ist regelmäßig Gegenstand der Betriebsprüfungen durch die Deutsche Rentenversicherung. Kommt es dabei zu keinen Beanstandungen, wird im Betriebsprüfungsbescheid meist nicht festgehalten, auf welche Personen sich die beanstandungsfreie Überprüfung erstreckt hat.

Es kann daher noch Jahre oder gar Jahrzehnte nach einer beanstandungsfreien Betriebsprüfung dazu kommen, dass Personen als sozialversicherungspflichtig eingestuft werden, obwohl die Betriebsprüfer deren Selbstständigkeit nie in Zweifel gezogen haben. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts kann sich ein Unternehmen nicht auf Vertrauensschutz berufen, wenn die Betriebsprüfer den sozialversicherungsrechtlichen Status einer Person zwar überprüft, aber keinen Bescheid dazu erlassen haben.

Diese für die Betriebe missliche und rechtlich bedenkliche Vorgehensweise der Betriebsprüfer hat das Bundessozialgericht schon in einem Urteil vom 19.09.2019 veranlasst, der Deutschen Rentenversicherung eine Änderung ihrer Verwaltungspraxis aufzugeben. Nach dem Urteil soll eine Verpflichtung der Betriebsprüfer bestehen, auch über die beanstandungsfreie Überprüfung einzelner Personen einen Bescheid zu erlassen, um den Betrieben dadurch Rechtssicherheit zu verschaffen. Die Deutsche Rentenversicherung hat nun mitgeteilt, dass sie diese Aufforderung des Bundessozialgerichts nur eingeschränkt umsetzen werde. Seit Januar 2021 würden über geschäftsführende Gesellschafter und Familienangehörige der Unternehmensinhaber auch bei beanstandungsfreier Überprüfung rechtlich bindende Bescheide erlassen. Bei den übrigen Personengruppen bleibe es jedoch bei der bisherigen Praxis.

Damit besteht die Rechtsunsicherheit insbesondere bei der wichtigen Gruppe der freien Mitarbeiter bzw. Auftragnehmer fort. Es ist zu empfehlen, die Betriebsprüfer im Rahmen der Schlussbesprechung ausdrücklich aufzufordern, auch die beanstandungsfreie Überprüfung dieser Personen ausdrücklich in den Betriebsprüfungsbescheid aufzunehmen. Nach dem Urteil des Bundessozialgerichts kann sogar ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf Erlass eines solchen Bescheids bestehen.

Vergaberecht

1. Zwei Schritte vor, einen zurück: Schadenersatz im Vergabeverfahren

Mit Urteil vom 08.12.2020 hat der Bundesgerichtshof über die Schadenersatzansprüche eines Bieters nach der unberechtigten Aufhebung einer Ausschreibung entschieden. Der klagende Bieter hatte das wirtschaftlichste Angebot für die Errichtung eines Mehrfamilienhauses zur Unterbringung von Flüchtlingen abgegeben. Nach Schließung der sogenannten „Balkan-Route“ verzögerte der Auftraggeber zunächst die Beauftragung, da er mit einem sinkenden Bedarf an Wohnraum rechnete. Als der Bieter einer erbetenen Verlängerung der Bindefrist zu seinem Angebot nicht zustimmte, hob der Auftraggeber das Vergabeverfahren auf. Wenige Wochen später leitete er ein neues Vergabeverfahren über dieselbe Bauleistung ein. Diesmal sollte das Mehrfamilienhaus nicht der Unterbringung von Flüchtlingen, sondern der langfristigen

Unterbringung sozial schwacher Personen dienen. Im zweiten Vergabeverfahren wurde der Zuschlag auf das Angebot eines anderen Bieters erteilt. Hierauf forderte der erstplatzierte Bieter des ersten Vergabeverfahrens Schadenersatz für die vergebliche Angebotserstellung sowie entgangenen Gewinn.

Der Bundesgerichtshof stellt in seiner Entscheidung zunächst fest, dass kein Aufhebungsgrund nach § 17 VOB/A vorlag. Der Auftraggeber habe durch die nicht gerechtfertigte Aufhebung des Vergabeverfahrens gegen seine Rücksichtnahmepflicht verstoßen, so dass dem Bieter Schadenersatzansprüche zustünden. Da den Bietern aber kein Anspruch auf Erteilung eines Zuschlags zustehe, sei der Anspruch regelmäßig auf das negative Interesse gerichtet, also die Kosten der Angebotserstellung. Während die Instanzgerichte die bei der Angebotserstellung anfallenden Personalkosten regelmäßig für nicht erstattungsfähig halten, stellt der Bundesgerichtshof klar, dass die bei der Angebotsbearbeitung eingesetzte Arbeitskraft typischerweise einen Marktwert besitze und deshalb nicht vom Schadenersatz auszugrenzen sei. Aufgrund dieser Feststellung verbessern sich die Chancen von Bietern, bei zu Unrecht aufgehobenen Vergabeverfahren Schadenersatz in nennenswerter Größe geltend machen zu können.

Schwierig wird es dagegen (bleiben), als erstplatzierter Bieter den entgangenen Gewinn durchzusetzen, wenn die Leistung des aufgehobenen Vergabeverfahrens später anderweitig vergeben wird. Zwar führt der Bundesgerichtshof in seinem Urteil aus, dass ein Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns auch dann in Betracht kommt, wenn der Auftraggeber die Ausschreibung ohne anerkannten Aufhebungsgrund aufhebt und den Auftrag außerhalb eines Vergabeverfahrens oder in einem weiteren Vergabeverfahren an einen anderen Bieter vergibt. Der Bundesgerichtshof hat angenommen, dass der Auftraggeber die erste Ausschreibung ohne sachlichen Grund aufgehoben und dieselbe Leistung im späteren Vergabeverfahren vergeben hat. Jedoch – so der Bundesgerichtshof weiter – sei die Aufhebung des Verfahrens nicht erfolgt, um den Auftrag außerhalb des ersten Vergabeverfahrens an einen anderen Bieter vergeben zu können. Der Bundesgerichtshof fordert für den Schadenersatzanspruch also ein zielgerichtetes Verhalten des Auftraggebers dahingehend, dass er den zunächst „erfolgreichen“ Bieter umgehen und einen anderen Unternehmer beauftragen will. Dieses subjektive Element lag im entschiedenen Fall nicht vor: Der Auftraggeber hatte die erste Aus-

schreibung nicht aufgehoben, um einen anderen Unternehmer bevorzugen zu können, sondern um aufgrund des zunächst ungeklärten Bedarfs Zeit zu gewinnen. Darin sah der Bundesgerichtshof eine sachliche und willkürfreie Erwägung und hat dem klagenden Bieter deshalb den entgangenen Gewinn versagt.

Nach einer nicht berechtigten Aufhebung einer Ausschreibung haben sich die Chancen der Bieter durch das Urteil des Bundesgerichtshofs verbessert, die eigenen Personalkosten der Angebotserstellung erstattet zu erhalten. Der Anspruch auf das sogenannte negative Interesse war vielfach wenig wert, da die Personalkosten für die Angebotserstellung regelmäßig nicht anerkannt wurden; es sollte sich dabei um nicht erstattungsfähige Sowieso-Kosten handeln. Dagegen hat der Bundesgerichtshof für die Geltendmachung entgangenen Gewinns jedenfalls für diejenigen Fälle hohe Hürden aufgestellt, in denen ein Vergabeverfahren aufgehoben, die ausgeschriebene Leistung dann aber anderweitig beauftragt wird. Denn für den entgangenen Gewinn muss der übergangene Bieter nachweisen, dass die Aufhebung des Vergabeverfahrens gerade dazu diene, einen anderen Bieter oder Bieterkreis zu bevorzugen.

2. Umsatz heißt nicht Umsatz!

Zum Nachweis der Eignung von Bietern fragen öffentliche Auftraggeber regelmäßig die Umsätze der vergangenen Jahre ab. Ein öffentlicher Auftraggeber schloss den erstplatzierten Bieter aus einem Vergabeverfahren aus, der den Umsatz der vergangenen drei Geschäftsjahre mit „0,00 €“ angegeben hatte. Zu Unrecht, wie die Vergabekammer Sachsen mit Beschluss vom 02.11.2020 entschied. Denn die nach § 6a EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A zu fordernden Angaben zum Umsatz würden keinen Mindestumsatz verlangen und nicht voraussetzen, dass der Bieter mindestens seit drei Jahren am Markt tätig gewesen sei. Wolle der Auftraggeber die Eignung eines Bieters von einem Mindestumsatz abhängig machen, müsse er dies in den Eignungskriterien klar definieren, entsprechend vorgeben und sachlich begründen. Die Vergabekammer Sachsen hat damit zur VOB/A in gleicher Weise entschieden wie bereits mit Beschluss vom 22.01.2017 zu der vergleichbaren Regelung des § 45 Abs. 4 Nr. 4 VgV.

Versicherungsrecht

Prämienerhöhung in der privaten Krankenversicherung

Eine Prämienanpassung wird in der privaten Krankenversicherung frühestens zwei Monate nach der Mitteilung der für sie maßgeblichen Gründe an den Versicherungsnehmer wirksam. Der Bundesgerichtshof hatte schon vor einiger Zeit geurteilt, dass eine ordnungsgemäße Begründung der Prämienhöhung Voraussetzung dafür ist, dass der Versicherer die erhöhten Prämien verlangen kann.

Nun hat der Bundesgerichtshof mit zwei Urteilen vom 16.12.2020 über die Mindestanforderungen an die Begründung einer Prämienanpassung entschieden. Danach muss der Versicherer die Rechnungsgrundlage angeben, bei der die Veränderung eingetreten ist. Es ist hingegen nicht erforderlich, dass er die genaue Höhe der Veränderung mitteilt. Auch die Veränderung weiterer Faktoren, die die Prämienhöhe beeinflusst haben, z.B. des Rechnungszinses, muss der Versicherer nicht mitteilen.

Lebensversicherung: Beteiligung an den Bewertungsreserven

Die Versicherer sind gesetzlich verpflichtet, die Versicherungsnehmer von Lebensversicherungen bei Ablauf oder Kündigung der Versicherung an ihren „stillen Reserven“ zu beteiligen. Diese Beteiligung an den Bewertungsreserven darf niedriger ausfallen, wenn der Versicherer einen Sicherungsbedarf zur Absicherung künftiger Leistungen aus Versicherungsverträgen besitzt. Der Gesetzgeber hat diese Regelung eingeführt, weil die Versicherer aufgrund des niedrigen Zinsniveaus zunehmend Schwierigkeiten haben, die garantierten Leistungen für Altverträge zu erwirtschaften, die noch mit deutlich höheren Garantiezinsen ausgestattet sind, als dies heute der Fall ist. Es war umstritten,

ob ein Versicherer von dieser Vorschrift Gebrauch machen darf, wenn ein Gewinnabführungsvertrag mit der Muttergesellschaft besteht. Diese Streitfrage hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 20.01.2021 dahingehend entschieden, dass ein Gewinnabführungsvertrag einer Reduzierung der Beteiligung an den Bewertungsreserven nicht entgegensteht.

Weiter hat der Bundesgerichtshof die Frage geklärt, in welchem Umfang die Berechnung der Beteiligung an den Bewertungsreserven gerichtlich überprüfbar ist. Das Oberlandesgericht Stuttgart hatte als Vorinstanz eine Plausibilitätsprüfung durch den vom Gericht bestellten Sachverständigen ausreichen lassen. Dieses Vorgehen hat der Bundesgerichtshof nicht beanstandet.

Impressum
BRP Renaud und Partner mbB
info@brp.de · www.brp.de
Stand März 2021

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 an uns wenden. Wenn Sie künftig einen unserer Newsletter per E-Mail beziehen möchten, melden Sie sich bitte unter www.brp.de/newsletter-anmeldung an. Dieser Newsletter dient lediglich der allgemeinen Information und kann eine Rechtsberatung im Einzelfall nicht ersetzen.