

Newsletter

I. Quartal 2023

mit Beiträgen zu:

Arbeitsrecht
Baurecht
Gesellschaftsrecht
Insolvenzrecht
Kartellrecht
Medizinrecht
Öffentliches Bau- und
Planungsrecht
Vergaberecht
Versicherungsrecht



BRP Renaud und Partner mbB
Rechtsanwälte Patentanwälte
Steuerberater

Auszeichnung „Top Kanzlei 2023“

Das juristische Nachschlagewerk The Legal 500 Deutschland hat BRP in seinem aktuellen Ranking in mehreren Praxisbereichen ausgezeichnet:



BRP wurde zum fünften Mal in Folge als „Top-Kanzlei“ (City Fokus Stuttgart) und als führende Kanzlei im Gesellschaftsrecht und M&A (Deals unter 100 Mio. Euro) sowie im Handels- und Vertriebsrecht (Handel, Vertrieb und Logistik) empfohlen.

Eine besondere Anerkennung ist für uns die erstmalige Auszeichnung „Firms to Watch“ im Bereich Compliance durch die Redaktion von The Legal 500. Die Begründung lautet wie folgt:

„BRP Renaud & Partner ist vorrangig für deutsche mittelständische Unternehmen, aber auch international agierende Großkonzerne auf dem gesamten Spektrum Compliance-relevanter Sachverhalte aktiv. Das Beratungsportfolio erstreckt sich von Compliance-Schulungen, Systemimplementierungen und Audits bis hin zu internen Untersuchungen, die zuletzt häufig kartellrechtlichen Hintergründen entspringen.“

Folgende Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte werden von The Legal 500 im Gesamtranking empfohlen:

- **Dr. Martin Beutelmann** (Kartellrecht, Compliance)
- **Sonja Fingerle, LL.M.** (Wirtschaftsstrafrecht)
- **Dr. Ulrich-Peter Kinzl** (Gesellschaftsrecht/M&A, Compliance)
- **Dr. Axel Neumahr** (Gesellschaftsrecht/M&A, Handelsvertreter- und Vertriebsrecht)
- **Dr. Roman Wexler-Uhlich** (Streitbeilegung und Schiedsverfahren, Handelsvertreter- und Vertriebsrecht)

Wir danken unseren Mandantinnen und Mandaten für ihre Empfehlungen und das uns entgegengebrachte Vertrauen!

Arbeitsrecht

1. Entgeltgleichheit von Männern und Frauen

In Deutschland haben Frauen im Jahr 2022 bei vergleichbarer Tätigkeit, Qualifikation und Erwerbsbiografie pro Arbeitsstunde rund 7 % weniger verdient als ihre männlichen Kollegen. Um sicherzustellen, dass dieser Unterschied weiter abgebaut wird, wurde bereits 2017 das Entgelttransparenzgesetz erlassen, wonach eine unterschiedliche Bezahlung aufgrund des Geschlechts unzulässig ist.

Beweist der Arbeitnehmer Indizien, die eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts vermuten lassen, so trägt der Arbeitgeber nach § 22 AGG die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmung zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat. Als Indiz kann bereits der Umstand ausreichen, dass ein andersgeschlechtlicher Kollege mit vergleichbarer Stellung besser verdient. Im Gerichtsverfahren muss dann der Arbeitgeber darlegen und beweisen, dass die ungleiche Bezahlung nicht auf das Geschlecht, sondern auf ein zulässiges Kriterium zurückzuführen ist, etwa das Anforderungsprofil. Gelingt dieser Beweis nicht, ist das Gehalt für die Zukunft nach oben anzupassen. Außerdem droht eine Nachzahlung von Vergütung über mehrere Jahre. Aufgrund von § 15 Abs. 1 AGG kann zudem ein Anspruch auf angemessene Entschädigung geltend gemacht werden.

Das Bundesarbeitsgericht hat sich in einer Entscheidung vom 16.02.2023 mit der Frage befasst, ob Frauen Anspruch auf gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit haben, wenn der Arbeitgeber männlichen Mitarbeitern ein höheres Entgelt zahlt, weil der männliche Kollege ein höheres Entgelt fordert und der Arbeitgeber dieser Forderung nachgibt. Geklagt hatte im entschiedenen Fall eine Außendienstmitarbeiterin, die monatlich zwischen 500,00 € und 1.000,00 € weniger verdiente als ihr männlicher Arbeitskollege. Das Gericht entschied, dass die Klägerin durch die ungleiche Bezahlung aufgrund ihres Geschlechts benachteiligt wurde. Der Arbeitgeber konnte sich nicht darauf berufen, dass der männliche Kollege sein höheres Entgelt eben ausgehandelt habe. Auch die Argumentation, der Arbeitnehmer sei einer besser vergüteten ausgeschiedenen Arbeitnehmerin nachgefolgt, rechtfertige die ungleiche Bezahlung nicht. Der Arbeitgeber wurde nicht nur dazu verurteilt, das vorenthaltene Gehalt nachzuzahlen; der Klägerin wurde

auch eine Entschädigung in Höhe von 2.000,00 € zugesprochen.

In Konsequenz sollten Unternehmen, die unterschiedengeschlechtliche Arbeitnehmer/innen trotz gleichem oder vergleichbarem Tätigkeitsprofil unterschiedlich bezahlen, umfangreich dokumentieren, womit die ungleiche Bezahlung gerechtfertigt wird. Die bloße Behauptung, ein Arbeitnehmer habe besser verhandelt als seine weibliche Kollegin, genügt diesen Anforderungen nicht. Verzichtet der Arbeitgeber nicht von vornherein auf eine Gehaltszahlung auf Verhandlungsbasis, so müssen objektive Unterscheidungsmerkmale wie Unterschiede im Anforderungsprofil oder erworbene Zusatzqualifikationen angeführt werden, um eine abweichende Vergütung zu rechtfertigen.

2. Böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdienstes

Kommt es nach einer ausgesprochenen Kündigung zum Kündigungsschutzprozess vor den Arbeitsgerichten und wird dort die Unwirksamkeit der Kündigung festgestellt, drohen dem Arbeitgeber oftmals hohe Summen an nachzuzahlender Vergütung. Die Kündigung hat das Arbeitsverhältnis nicht beendet, der Arbeitnehmer macht nun eine stattdichte Annahmeverzugsforderung geltend. Für den Arbeitgeber folgt hieraus ein erhebliches finanzielles Risiko.

Doch was ist, wenn der Arbeitnehmer es während des doch oft lang andauernden Kündigungsschutzprozesses unterlassen hat, sich ihm bietende anderweitige Verdienstmöglichkeiten wahrzunehmen? Oder sich nach Zugang der Kündigung nicht einmal bei der Bundesagentur für Arbeit arbeitssuchend gemeldet hat, um deren Vermittlungsmöglichkeiten auf dem Arbeitsmarkt in Anspruch zu nehmen? Hier lohnt sich für Arbeitgeber ein Blick auf § 11 Nr. 2 KSchG, wonach sich der Arbeitnehmer auf das Arbeitsentgelt, das ihm der Arbeitgeber für die Zeit nach der Entlassung schuldet, anrechnen lassen muss, was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen.

Wann und unter welchen Voraussetzungen sich der gekündigte Arbeitnehmer einen böswillig unterlassenen anderweitigen Verdienst auf die Annahmeverzugsforderung anrechnen lassen muss, konkretisierte das Bundesarbeitsgericht im Oktober 2022: Geklagt hatte ein leitender Angestellter auf Vergütung wegen Annahmeverzugs in Höhe von rund

163.000,00 €, nachdem seiner Kündigungsschutzklage stattgegeben wurde. Die beklagte Arbeitgeberin verweigerte die Zahlung mit der Begründung, der Arbeitnehmer habe anderweitige Verdienstmöglichkeiten böswillig unterlassen, indem er sich nicht bei der Arbeitsagentur arbeitslos meldete, welche ihm eine entsprechende Position mit vergleichbarer Vergütung hätte vermitteln können.

Das Bundesarbeitsgericht hob das Berufungsurteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurück. Dieses hatte geurteilt, dass bereits das Unterlassen der Meldung bei der Agentur für Arbeit als arbeits-suchend „an sich“ das Merkmal des böswilligen Unterlassens erfülle. Dies reicht für eine Böswilligkeit des Arbeitnehmers nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts jedoch nicht aus. Entscheidend für die Beurteilung der Böswilligkeit seien vielmehr die gesamten Umstände des Einzelfalls, d. h. eine unter Bewertung aller Umstände des konkreten Falles vorzunehmende Gesamtabwägung der beiderseitigen Interessen. Dem widerspreche es, allein auf die Verletzung der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflicht gegenüber der Arbeitsagentur abzustellen und so einen Aspekt weitgehend losgelöst von den sonstigen Umständen zu betrachten. Gleichwohl habe ein Verstoß gegen die Meldepflicht im Rahmen der durchzuführenden Gesamtabwägung Beachtung zu finden, weil dem Arbeitnehmer auch arbeitsrechtlich das zugemutet werden könne, was ihm das Gesetz ohnehin abverlangt. Er dürfe nach § 11 S. 2 KSchG nicht vorsätzlich verhindern, dass ihm eine zumutbare Arbeit überhaupt angeboten werde. Dies betreffe auch Fälle, in denen sich der Arbeitnehmer typischen Informationsangeboten verschließt. Dem Einwand des Arbeitnehmers, herausgehobene Managementpositionen wie seine seien ausschließlich über private Personalvermittler (Headhunter), nicht aber über die Arbeitsagentur vermittelbar, wurde nicht gefolgt. Als weitere bei der Beurteilung der Böswilligkeit zu berücksichtigende Umstände nennt das Bundesarbeitsgericht zudem die Art der Tätigkeit des Arbeitnehmers, welche Fachkenntnisse er besitzt und welche Tätigkeiten er vor Eintritt in das Arbeitsverhältnis bereits ausgeübt hat. Nur so könne geprüft werden, ob dem Kläger ein Vorwurf daraus gemacht werden könne, das Hauptaugenmerk bei der Arbeitssuche beispielsweise nur auf die zuletzt ausgeübte Tätigkeit gelegt zu haben. Denn unter Umständen hätte er auch Jobangebote außerhalb dieser Arbeitstätigkeit in Betracht ziehen müssen. Eine anderweitige

Tätigkeit ist dem Arbeitnehmer nach gefestigter Rechtsprechung nämlich auch zumutbar, wenn sich einzelne Arbeitsbedingungen (Vergütung, Tätigkeit etc.) verändern, ansonsten das Gesamtbild der Tätigkeit aber weitgehend übereinstimmt und nicht mit wesentlichen Nachteilen verbunden ist. Ein Aspekt in der vorzunehmenden Gesamtabwägung können darüber hinaus diverse vorangegangene arbeitsrechtliche Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber sein. Des Weiteren sei bei Beurteilung der Böswilligkeit auch ein Verstoß des Arbeitgebers gegen seine sozialrechtliche Verpflichtung zu berücksichtigen, den Arbeitnehmer auf seine bestehende Meldepflicht gegenüber der Arbeitsagentur hinzuweisen. Bei der Gewichtung dieses Aspekts sei vor allem entscheidend, aus welchen Gründen der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht hierauf hingewiesen hat. Nun hat das Landesarbeitsgericht Niedersachsen erneut über den Fall zu entscheiden.

Es bestehen einige Möglichkeiten für Arbeitgeber, wie der Nachweis eines böswilligen Unterlassens im Streitfall leichter gelingen kann: Arbeitgeber sollten stets auf die Meldepflicht bei der Arbeitsagentur hinweisen. Denn durch den Hinweis auf die Pflicht zur Arbeitssuchendmeldung erlangt der Arbeitnehmer positive Kenntnis von dieser, sodass ein dann bewusster Verstoß gegen die Meldepflicht im Rahmen einer Gesamtabwägung beträchtlich ins Gewicht fällt. Auch empfiehlt es sich, vom Arbeitnehmer Auskunft über die Meldung als arbeits-suchend und die von der Arbeitsagentur und dem Jobcenter unterbreiteten Vermittlungsvorschläge zu verlangen. Nur so kann substantiiertes Vortrag und gegebenenfalls der Nachweis erbracht werden, dass eine erfolgreiche Vermittlung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit möglich gewesen wäre. Denn es lässt sich nachvollziehen, auf wie viele der Vermittlungsvorschläge der Arbeitnehmer sich über welchen Zeitraum beworben hat, wann eine erstmalige Bewerbung erfolgte, ob der Arbeitnehmer auf Nachfragen von potentiellen Arbeitgebern reagiert oder konkrete Angebote abgelehnt hat und ob er bei der Suche den Kreis an möglichen Tätigkeiten weit genug gezogen hat. Zuletzt lohnt es sich, dem betroffenen Arbeitnehmer auch selbst entsprechende einschlägige Verdienstmöglichkeiten aufzuzeigen, etwa durch Weiterleitung von Stellenangeboten anderer Unternehmen. Wird dies dokumentiert und im Prozess vorgebracht, muss sich der Arbeitnehmer erklären, ob er diesbezügliche Bewerbungen eingereicht oder aus welchen Gründen er hiervon abgesehen hat.

Baurecht

Keine außerordentliche Kündigung nach § 4 Abs. 7 VOB/B!

Mit Urteil vom 19.01.2023 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass eine Kündigung wegen Mängeln nicht auf § 4 Nr. 7 Satz 3 in Verbindung mit § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B (2002) gestützt werden kann, falls der Auftraggeber Verwender der VOB/B ist und diese nicht als Ganzes vereinbart wird. Zwar betrifft das Urteil die VOB/B in der Fassung von 2002 und das Bürgerliche Gesetzbuch in der zwischen 2002 und 2017 geltenden Fassung. Es ist jedoch unmittelbar auf die aktuelle Fassung von VOB/B und BGB übertragbar und hat daher weitreichende Konsequenzen.

Dem Urteil des Bundesgerichtshofs lag ein Fall zugrunde, bei dem der Auftraggeber während der Bauausführung die Qualität des verbauten Betons für den Einbau von Bordsteinen rügte. Der Auftraggeber forderte die Beseitigung des Mangels, setzte eine Frist zur Nachbesserung und drohte für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs die außerordentliche Kündigung des Vertrags an. Da der Auftragnehmer die Frist ungenutzt verstreichen ließ, erklärte der Auftraggeber gestützt auf § 4 Nr. 7 VOB/B (2002) die Kündigung aus wichtigem Grund. Die Kosten der Nachbesserung beliefen sich auf rund 6.000,00 € bei einem Auftragsvolumen von über 3 Mio. €.

Zwar hatte der Auftraggeber die Formalien für eine außerordentliche Kündigung beachtet, jedoch ist § 4 Nr. 7 Satz 3 in Verbindung mit § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B (2002) nach Auffassung des Bundesgerichtshofs als Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksam. Nach § 4 Nr. 7 VOB/B (2002) – und ebenso nach der aktuellen Fassung in § 4 Abs. 7 VOB/B – könne der Auftraggeber einen Vertrag selbst bei ganz geringfügigen und unbedeutenden Mängeln kündigen, wenn der Auftragnehmer eine zur Nachbesserung gesetzte Frist ungenutzt verstreichen lasse. Dadurch werde der Auftragnehmer unangemessen benachteiligt. Denn ohne Vereinbarung der VOB/B sei eine außerordentliche Kündigung nur möglich, wenn der Auftragnehmer durch ein den Vertragszweck gefährdendes Verhalten die Vertrauensgrundlage derart erschüttert, dass dem Auftraggeber eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden könne. Diese Voraussetzungen können zwar auch wegen eines

Mangels vorliegen. Jedoch sei ein berechtigtes Interesse des Auftraggebers erforderlich, die Fertigstellung durch den Auftragnehmer nicht mehr abwarten zu müssen, etwa wegen der Ursache, der Art, dem Umfang, der Schwere oder den Auswirkungen des Mangels. Von diesen Voraussetzungen weicht § 4 Nr. 7 VOB/B (2002) so erheblich ab, dass der Bundesgerichtshof darin eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers sieht.

Soweit die Geltung der VOB/B vom Auftraggeber vorgegeben und die VOB/B nicht als Ganzes – das heißt ohne jede inhaltliche Änderung – vereinbart wird, kann eine außerordentliche Kündigung nicht auf § 4 Abs. 7 in Verbindung mit § 8 Abs. 3 VOB/B gestützt werden. Sofern der Auftraggeber eine außerordentliche Kündigung auf Mängel stützen will, müssen diese Mängel entweder zu einer tiefgehenden Störung des Vertrauensverhältnisses führen oder der Auftraggeber muss sich auf eine wirksame vertragliche Regelung berufen können, die eine außerordentliche Kündigung nicht bei jedem (Kleinst-) Mangel ermöglichen darf. Klargestellt hat der Bundesgerichtshof, dass eine Kündigung nach § 8 Abs. 3 VOB/B weiterhin möglich bleibt, sofern sie auf die Verweisungen auf § 4 Abs. 8 VOB/B (Selbstaussführungsgebot) oder § 5 Abs. 4 VOB/B (Verzug) gestützt wird.

Gesellschaftsrecht

1. Das Gesetz zur Modernisierung des Rechts der Personengesellschaften tritt am 01.01.2024 in Kraft

Am 01.01.2024 tritt das Gesetz zur Modernisierung des Rechts der Personengesellschaften (kurz: MoPeG) in Kraft. Insbesondere Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (BGB-Gesellschaft, GbR) sollten vor dem Inkrafttreten prüfen, ob Änderungen des Gesellschaftsvertrags oder sonstiger gesellschaftsrechtlicher Vereinbarungen erforderlich sind. Aber auch für Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften wie der OHG, KG oder GmbH & Co. KG kann das MoPeG Auswirkungen haben.

Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gesetzlich anerkannt

Das MoPeG setzt die Rechtsentwicklung der letzten Jahrzehnte um. Der Bundesgerichtshof hatte bereits mit der Grundsatzentscheidung „ARGE Wei-

Bes Ross“ die Rechtsfähigkeit der GbR und auch die Grundbuchfähigkeit anerkannt. Es ist daher folgerichtig, dass nun auch das BGB in § 705 Abs. 2 BGB n. F. die Rechtsfähigkeit der GbR anerkennt. Damit besteht auch kein Gesamthandsprinzip mehr, sondern das Vermögen der rechtsfähigen GbR wird der Gesellschaft selbst.

Es bleibt bei der unbeschränkten Haftung der Gesellschafter der GbR. Sie ist nunmehr in den §§ 712 bis 721b BGB n. F. ausdrücklich geregelt. Allerdings gibt es nach § 705 Abs. 2 BGB n. F. auch eine nicht rechtsfähige GbR, die als Innengesellschaft nur der Gestaltung der internen Rechtsverhältnisse dient und in der Praxis wohl nur geringe praktische Bedeutung erlangen wird.

Möglichkeit und Pflicht zur Eintragung einer GbR in das Gesellschaftsregister

Eine wesentliche Änderung ist die Regelung zum Gesellschaftsregister. Künftig kann eine GbR in das Gesellschaftsregister (ähnlich dem Handelsregister) eingetragen werden. Eine im Gesellschaftsregister eingetragene GbR wird als „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ oder „eGbR“ bezeichnet. Die Eintragung einer GbR hat eine Reihe von Vorteilen. Teilweise besteht jedoch sogar eine faktische Eintragungspflicht, wenn bestimmte Handlungen vorgenommen werden sollen:

- Der Sitz der GbR ist grundsätzlich identisch mit ihrem Verwaltungssitz. Die eGbR kann jedoch einen vom Verwaltungssitz abweichenden Vertragssitz haben.
- Darüber hinaus ergibt sich die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter einer eGbR aus dem Gesellschaftsregister. Dies kann die Teilnahme einer eGbR im Rechtsverkehr, gerade auch im Ausland, erheblich erleichtern.
- Die GbR wird nur dann als Gesellschafterin einer Personenhandelsgesellschaft in das Handelsregister eingetragen, wenn sie ihrerseits als eGbR eingetragen ist. Ein Erwerb der Anteile ist zwar trotzdem möglich, da die Eintragung keine Wirksamkeitsvoraussetzung ist. In der Praxis ist jedoch zu erwarten, dass künftig primär nur noch eingetragene GbR Anteile an Personenhandelsgesellschaften halten werden.
- Von noch größerer Bedeutung ist dies bei Anteilen an Kapitalgesellschaften, also GmbH und AG. Da die Eintragung der Gesellschafter in die Gesell-

schafterliste bzw. das Aktienregister für die Ausübung der Rechte entscheidend ist, können künftig faktisch nur noch eGbR Anteile an GmbH oder AG erwerben.

Noch wichtiger ist die Eintragung der eGbR für den Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken:

- Ab dem 01.01.2024 kann die nicht eingetragene GbR keine Grundstücke mehr erwerben oder veräußern.
- Ebenso ist die grundbesitzende GbR eintragungspflichtig, wenn sich der Gesellschafterbestand der GbR verändert.

Gesellschafter einer GbR, die Anteile an anderen Gesellschaften oder Grundstücke halten, veräußern oder erwerben wollen, sollten daher prüfen, ob sie die GbR in das Handelsregister eintragen lassen wollen oder sogar müssen. Dies setzt die Mitwirkung aller Gesellschafter der GbR voraus, erfordert also eine gemeinsame Abstimmung. Nachteil der Eintragung ist insbesondere die erhöhte Publizität im Handelsregister. Zudem müssen die Gesellschafter einer eGbR die Transparenzpflichten nach § 20 Abs. 1 GwG erfüllen, d. h. insbesondere die wirtschaftlich Berechtigten müssen gemeldet werden.

Umwandlungsfähigkeit der eGbR

Eine eingetragene GbR kann nach dem Umwandlungsgesetz in eine andere Gesellschaft formwechselnd oder verschmelzend umgewandelt werden.

Weitere Änderungen bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Im BGB gibt es für GbR zudem noch weitere Änderungen, die in der Praxis jedoch meistens bereits in den Gesellschaftsverträgen enthalten sind:

- § 709 Abs. 3 BGB n. F. macht die Stimmkraft der GbR künftig vom Beteiligungsverhältnis und nicht mehr von den Köpfen abhängig.
- Nach § 714 BGB n. F. gilt für die Beschlussfassung das Einstimmigkeitsprinzip, das aber weiterhin durch den Gesellschaftsvertrag abbedungen werden kann.
- Künftig besteht bei der GbR in der Regel Gesamtvertretungsbefugnis (§ 720 BGB n. F.).
- Neu geregelt werden auch die Gründe für das

Ausscheiden und die Auflösung der GbR. Künftig wird die GbR nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters nicht mehr aufgelöst, sondern fortgesetzt, wie es die meisten GbR-Gesellschaftsverträge schon bisher vorsehen. Die bisherigen Auflösungsgründe werden damit zu Austrittsgründen. Die Gesellschaft kann auch mit den Erben fortgesetzt werden. Allerdings kann der Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen davon abhängig machen, dass er Kommanditist wird.

Änderungen für Personenhandelsgesellschaften im HGB

Auch für die übrigen Personenhandelsgesellschaften wie OHG und KG einschließlich der GmbH & Co. KG ergeben sich durch das MoPeG Änderungen, die jedoch weniger gravierend sind als bei der GbR.

Beschlussmängelrecht bei Personenhandelsgesellschaften

Das bisherige Beschlussmängelrecht der Personenhandelsgesellschaften wird reformiert. Das Feststellungsmodell wird durch ein Anfechtungsmodell ersetzt. Dies entspricht der Rechtslage bei der AG und der GmbH. D.h. es wird künftig zwischen Mängeln bei der Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung, die zur Anfechtbarkeit führen, und solchen Mängeln unterschieden, die zur Nichtigkeit des Beschlusses führen. Mängel, die zur Anfechtbarkeit führen, müssen grundsätzlich innerhalb eines Monats nach Beschlussfassung geltend gemacht werden.

Das neue Modell gilt nur für Personenhandelsgesellschaften, kann aber im Gesellschaftsvertrag abbedungen werden. Für die GbR (und die eGbR) gilt das neue Modell grundsätzlich nicht, kann aber im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden.

Öffnung der Personenhandelsgesellschaft für freie Berufe

Künftig können auch Angehörige der Freien Berufe (z. B. Ärzte, Architekten oder Rechtsanwälte) Personenhandelsgesellschaften gründen, soweit dies berufsrechtlich zulässig ist.

Kodifikation der Einheitsgesellschaft

Auch wird mit dem MoPeG die sogenannte Einheitsgesellschaft, bei der eine Kommanditgesellschaft zugleich alleinige Gesellschafterin ihrer Komplementärin ist, in § 170 Abs. 2 HGB n. F. gesetzlich anerkannt. Dies stellt jedoch nur eine Klarstellung zur aktuellen Rechtslage dar.

Es gibt also eine Vielzahl von Gründen, warum Gesellschafter einer GbR, OHG, KG oder GmbH & Co. KG bis zum 01.01.2024 die Auswirkungen des Inkrafttretens des MoPeG auf die eigene Gesellschaft prüfen und gegebenenfalls rechtzeitig Anpassungen vornehmen sollten.

2. Umwandlungsrecht 2.0: Grenzüberschreitende Formwechsel und Spaltungen

Der Bundestag hat am 20.01.2023 das Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG) beschlossen. Nachdem der Bundesrat dem UmRUG am 10.02.2023 zugestimmt hat, ist das Gesetz am 01.03.2023 in Kraft getreten.

Das UmRUG basiert auf der Umwandlungsrichtlinie der Europäischen Union vom 27.11.2019. Bereits seit 2007 sind – ebenfalls aufgrund einer EU-Richtlinie – grenzüberschreitende Verschmelzungen innerhalb der EU und der Mitgliedstaaten des EWR zulässig. Künftig werden erstmals auch grenzüberschreitende Formwechsel und Spaltungen von Kapitalgesellschaften gesetzlich geregelt. Darüber hinaus bringt das Gesetz auch einige Änderungen für inländische Umwandlungen. Alle Regelungen zur grenzüberschreitenden Umwandlung finden sich nunmehr in den §§ 305 bis 345 UmwG n. F.

Grenzüberschreitender Formwechsel

Wer bisher den Sitz einer deutschen GmbH z. B. nach Österreich verlegen wollte, musste dafür einige Umwege in Kauf nehmen. Entweder musste man sich mit dem zuständigen Handelsregister in Deutschland und dem Firmenbuchgericht in Österreich abstimmen, ob diese dem Formwechsel einer deutschen GmbH in eine österreichische GmbH zustimmen. Alternativ blieb der Umweg über eine grenzüberschreitende Verschmelzung, die bereits seit 2007 gesetzlich geregelt ist. Dabei wurde in Österreich eine neue GmbH gegründet, auf die dann die deutsche GmbH verschmolzen wurde.

Ab sofort ist es möglich, ohne diesen Umweg eine deutsche GmbH, Aktiengesellschaft oder SE in eine Kapitalgesellschaft in einem anderen Staat der Europäischen Union oder eines EWR-Staates formwechselnd umzuwandeln. So kann z. B. eine deutsche GmbH in eine spanische „GmbH“ (Sociedad de Responsabilidad Limitada, S.L.) umgewandelt werden oder umgekehrt.

Grenzüberschreitende Spaltung

Ab sofort ist auch eine grenzüberschreitende Spaltung möglich. Primär geregelt ist die Spaltung zur Neugründung. Dabei wird eine Gesellschaft aufgespalten oder ein Teil einer Gesellschaft abgespalten und in einem anderen Land in eine neu gegründete Gesellschaft „eingebracht“. In bestimmten Grenzen ist auch eine Spaltung zur Aufnahme möglich, also eine Spaltung auf eine bereits bestehende Gesellschaft. Dies wird jedoch nur dann reibungslos funktionieren, wenn der andere beteiligte Mitgliedstaat diesen Fall ebenfalls geregelt hat (was nicht sicher ist, da die Spaltung zur Aufnahme in der Umsetzungsrichtlinie nicht vorgesehen ist).

Änderungen der Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Umwandlungen

Im Zusammenhang mit den Änderungen bei grenzüberschreitenden Umwandlungen stehen auch Änderungen der Gesetze zur Ausgestaltung der Mitbestimmung. Hierzu wurde das bereits bestehende Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgvG) zum 01.12.2022 vom Bundestag geändert. Darüber hinaus wurde ein neues Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Formwechseln und grenzüberschreitenden Spaltungen (MgFSG) verabschiedet. MgvG und MgFSG regeln künftig die Mitbestimmung bei Verschmelzung, Formwechsel oder Spaltung. Grundsätzlich gilt das sogenannte Sitzstaatsprinzip, d. h. jede Gesellschaft, die durch eine grenzüberschreitende Umwandlung entsteht, unterliegt dem Recht des Staates, in dem die Gesellschaft ihren Sitz hat. Allerdings sind nach § 5 MgvG n. F. und § 5 MgFSG in bestimmten Fällen Verhandlungen erforderlich, um die Anreize zur „Flucht aus der Mitbestimmung“ zu verringern. Neu ist, dass nicht mehr der feste Schwellenwert von 500 Arbeitnehmern gilt, sondern die Verhandlungspflicht bereits dann eintritt, wenn die betroffene Gesellschaft in den letzten sechs Monaten vor der Offenlegung des Umwandlungsplans 4/5 der Arbeitnehmer des Schwellenwerts beschäftigt. D. h. in Deutschland gilt dies bereits ab 400 Arbeitnehmern. Im Ergebnis bleibt eine Gesellschaft mit weniger als 500 Arbeitnehmern aufgrund der sogenannten Auffanglösung in der Regel zwar mitbestimmungsfrei. Allerdings muss dennoch ein langwieriges und kostenintensives Verhandlungsverfahren durchgeführt werden.

Keine grenzüberschreitende Umwandlung bei Personengesellschaften

Nicht geregelt in den §§ 305 ff. UmwG n. F. ist die grenzüberschreitende Umwandlung von Personengesellschaften, so dass eine grenzüberschreitende Umwandlung von OHG, KG und GmbH & Co. KG nicht ohne weiteres möglich ist. Zwar ist die Umwandlung einer deutschen OHG, KG oder GmbH & Co. KG in eine Personengesellschaft im europäischen Ausland (und umgekehrt) grundsätzlich zulässig. Dies garantiert die europäische Niederlassungsfreiheit. Allerdings ist das Verfahren hierfür nicht gesetzlich geregelt, sodass Abstimmungen mit den Handelsregistern und Finanzämtern in Deutschland und dem anderen Staat erforderlich sind. Alternativ ist der Umweg über den Formwechsel der deutschen Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft und die anschließende grenzüberschreitende Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft im EU-Ausland denkbar. Das Gesetz sieht lediglich eine Ausnahme vor, die bereits seit 2007 besteht. Eine ausländische Personengesellschaft kann grenzüberschreitend nach Deutschland verschmolzen werden, wenn die übernehmende Gesellschaft in der Regel nicht mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt.

Weitere Änderungen des nationalen Umwandlungsrechts

Eine weitere wichtige Änderung im nationalen Umwandlungsrecht ist für die Anteilhaber eines übernehmenden Rechtsträgers der Ausschluss von Beschlussmängelklagen, die auf Bewertungsrügen gestützt werden (§§ 72a und 72b UmwG n. F.). Damit wird die Rechtssicherheit bei Umwandlungen mit großem Gesellschafterkreis deutlich erhöht. Erfreulich ist, dass auch die Regelungen über die Notwendigkeit von Umwandlungsberichten bei Verschmelzungen, Spaltungen oder Formwechseln angepasst wurden. § 8 Abs. 3 UmwG n. F. erweitert die Fälle, in denen ein solcher Bericht entbehrlich ist bzw. auf ihn verzichtet werden kann. Dies führt in einigen Fällen zu einer Verringerung des Umsetzungsaufwands. Für bereits begonnene Umwandlungsvorgänge sieht § 355 UmwG n. F. eine Übergangsregelung vor, die es ermöglicht, unter bestimmten Voraussetzungen die Umwandlung auf Basis des bisherigen Rechtszustands zu Ende zu bringen.

Insolvenzrecht

Aufrechnung im Insolvenzverfahren

In einem Urteil vom 08.12.2022 hat der Bundesgerichtshof über die insolvenzrechtliche Wirksamkeit einer Aufrechnung im Rahmen der Abwicklung eines Unternehmenskaufvertrags entschieden. Der Beklagte war Insolvenzverwalter über das Vermögen der W. GmbH. Das Unternehmen der W. GmbH hatte der Beklagte an die P. GmbH veräußert. In dem Unternehmenskaufvertrag war vereinbart worden, dass die P. GmbH die von dem veräußerten Unternehmen bis zum Übertragungstichtag produzierten Waren für den Beklagten ausliefern sollte, wofür der P. GmbH (Käuferin) eine „Handling-Fee“ in Höhe von 170.000,00 € zustand. Der Kaufpreis, der von der P. GmbH an den Beklagten zu bezahlen war, betrug 6,7 Mio. €. Die Handling-Fee entstand durch Auslieferung der Waren am 23.02.2016, zugleich wurde zwischen dem Beklagten und der P. GmbH vereinbart, dass auch der ursprünglich am 19.02.2016 fällige Kaufpreis in Höhe von 1 Mio. € am 23.02.2016 fällig sein sollte. In dieser Höhe wurde der Kaufpreis von der P. GmbH auch bezahlt, in Höhe der restlichen 5,7 Mio. € erfolgte keine Bezahlung mehr, da die P. GmbH ihrerseits Insolvenzantrag stellen musste. Gegen den Anspruch der P. GmbH bzw. von deren Insolvenzverwalter in Höhe von 170.000,00 € (Handling-Fee) erklärte der Beklagte die Aufrechnung. Der Insolvenzverwalter der P. GmbH hielt die Aufrechnung für unwirksam und klagte den Betrag ein. Der Bundesgerichtshof hat die Klage abgewiesen.

Gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO ist eine Aufrechnung unzulässig, wenn ein Insolvenzgläubiger die Möglichkeit der Aufrechnung durch eine anfechtbare Rechtshandlung erlangt hat. Die Möglichkeit der Aufrechnung wurde hier durch Abschluss des Unternehmenskaufvertrags und Entstehung der „Handling-Fee“ durch Auslieferung der Waren herbeigeführt. Der Bundesgerichtshof betrachtet die Verknüpfung der ursprünglichen Gläubigerstellung mit einer eigenen schuldrechtlichen Verpflichtung als eine sichernde und die spätere Erfüllung der Forderung vorbereitende Rechtshandlung. Für die Frage, ob dieser Vorgang anfechtbar ist, komme es darauf an, ob der Aufrechnende einen Anspruch auf Abschluss der Vereinbarung hatte, welche die Aufrechnungslage entstehen ließ. Das Entstehen einer Aufrechnungsbefugnis setze dabei nicht voraus, dass dies ausdrücklich vereinbart werde. Es genüge

vielmehr eine vor der tatsächlichen Herstellung der Aufrechnungslage vorgenommene Verknüpfung, die die Annahme einer Aufrechnungsbefugnis rechtfertigt. Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist dies regelmäßig anzunehmen, wenn Haupt- und Gegenforderung aus einem einheitlichen Vertrag erwachsen sind. So war es in dem vorliegenden Fall. Das Berufungsgericht hatte dies dennoch nicht anerkannt, weil die Aufrechnungslage innerhalb des letzten Monats vor dem Insolvenzantrag entstanden war und in diesem Fall gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO die Rechtshandlung ohne jede Voraussetzung anfechtbar ist. Der Bundesgerichtshof ist dem entgegengetreten, da die Herstellung einer Aufrechnungslage nicht allein aufgrund des Entstehungszeitpunkts als inkongruent angesehen werden könne. Die Befugnis zur Aufrechnung werde in der Insolvenzordnung eigenständig geschützt. Daher ist für die Aufrechnung die Annahme einer durch den Anfechtungstatbestand des § 131 InsO vermittelten Vorwirkung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlungen nicht gerechtfertigt. Wenn in dem Vertrag, aus dem sich Aufrechnungslage und -befugnis ergeben, keine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Auf- oder Verrechnbarkeit vereinbart werde, könne dieser Vorgang nicht als inkongruent im Sinne von § 131 InsO angesehen werden.

Kartellrecht

Selektivvertrieb von Luxusprodukten: Schutz vor nicht zugelassenen Händlern

Selektivvertrieb stellt insbesondere für Hersteller von Markenartikeln eine interessante Absatzmöglichkeit dar. Er ermöglicht es Herstellern, ein geschlossenes Netzwerk zugelassener Händler aufzubauen. Zu diesem Zweck wählt der Hersteller Händler nach bestimmten Kriterien aus und verbietet diesen zugelassenen Händlern, die Produkte an nicht zugelassene Händler zu verkaufen. Solche selektiven Vertriebssysteme beschränken die zugelassenen Händler zwar beim Weiterverkauf der Selektivprodukte. Sie sind aber unter bestimmten Bedingungen kartellrechtlich zulässig.

In der Praxis fällt die Durchsetzung eines zulässigen selektiven Vertriebssystems oft schwer. Werden die Selektivprodukte von nicht zugelassenen Händlern – sogenannten Außenseitern – angeboten, kann der Hersteller grundsätzlich nicht direkt gegen diese

vorgehen. Die Rechtsprechung hat zwar einige wenige Fallgruppen entwickelt, in denen es direkte Ansprüche aus dem Wettbewerbsrecht oder dem Markenrecht gegen Außenseiter geben kann (etwa Schleichbezug oder Kontrollnummernbeseitigung). Der Nachweis der Voraussetzungen ist jedoch meist schwierig.

Nun deutet sich eine Erweiterung der Möglichkeiten an, wie ein Hersteller sein selektives Vertriebssystem gegen Außenseiter schützen kann. Das Landgericht Düsseldorf hat mit Urteil vom 29.09.2022 entschieden, dass im Fall von Luxusartikeln markenrechtliche Ansprüche gegen einen Außenseiter bestehen können, wenn der Außenseiter die Produkte in einem Umfeld vertreibt, das dem vom Hersteller bewusst erzeugten exklusiven Charakter der Ware nicht entspricht. Im vom Landgericht Düsseldorf entschiedenen Fall wurden hochwertige Kosmetika im Onlineshop einer Supermarktkette neben unterschiedlichen anderen Produkten angeboten. Das Gericht ging davon aus, dass dieses Umfeld das Image der Marke gefährde. Kunden könnten die Kosmetika als „überall verfügbare Massenprodukte“ wahrnehmen.

Das Urteil ist nicht rechtskräftig. Sollte das Berufungsgericht die Erwägungen des Landgerichts Düsseldorf bestätigen, würden Hersteller von selektiv vertriebenen Luxuswaren zusätzliche Möglichkeiten erhalten, um direkt gegen Außenseiter vorzugehen. Die ohnehin große Attraktivität selektiver Vertriebssysteme würde dadurch weiter zunehmen.

Medizinrecht

1. Verzicht auf Liquidationsrecht ist umsatzsteuerpflichtig

Der Bundesfinanzhof hat mit Urteil vom 30.06.2022 entschieden, dass der zwischen Chefarzt und Krankenhaus vereinbarte Verzicht auf das Recht zur Privatliquidation für die Behandlung ambulanter und/oder stationärer Privatpatienten und Selbstzahler gegen eine vom Krankenhaus an den Chefarzt zu leistende Ausgleichszahlung als umsatzsteuerbare Verzichtleistung anzusehen ist. Bei dem Chefarzt handelte es sich um einen sogenannten „Altvertragler“, der aufgrund einer gemäß der Hochschulnebenberufungsverordnung erteilten beamtenrechtlichen Nebenberufungsberechtigung berech-

tigt war, Patienten privat zu behandeln und hierfür zu liquidieren. Dabei durfte er Einrichtungen, Material und Personal des Klinikums gegen Zahlung einer Nutzungsentschädigung in Anspruch nehmen. Das Finanzgericht hatte die entgeltliche Verzichtleistung noch als gemäß § 4 Nr. 14a UStG steuerfrei angesehen, weil es die Verzichtleistung als überwiegend beamtenrechtlich veranlasst ansah und davon ausging, dass sich der Verzicht spiegelbildlich auf die Besteuerung von umsatzsteuerfreien Heilbehandlungsleistungen bezog. Der Bundesfinanzhof argumentiert demgegenüber, dass der vereinbarte Leistungsaustausch (Verzicht auf das Liquidationsrecht gegen Zahlung eines bestimmten Betrages) nicht die beamtenrechtliche Stellung, sondern lediglich die Vermögensposition „Abrechnungsberechtigung“ betreffe. Damit liege im Verzicht eine umsatzsteuerbare Leistung.

2. Sozialversicherungspflichtigkeit eines Gesellschafters einer Gemeinschaftspraxis, der aufgrund eines Kooperationsvertrags ärztliche Leistungen für ein Krankenhaus erbringt

Das Landessozialgericht Hessen hat in einem Urteil vom 28.07.2022 entschieden, dass ein Arzt, der als Gesellschafter einer Gemeinschaftspraxis aufgrund eines Kooperationsvertrags ärztliche Leistungen für ein Krankenhaus erbringt, sozialversicherungspflichtig beschäftigt ist. Im zu entscheidenden Fall schlossen das Krankenhaus und die Gemeinschaftspraxis einen Kooperationsvertrag über die Erbringung ärztlicher Leistungen, wonach die Gemeinschaftspraxis nephrologische Leistungen für das Krankenhaus durch die Gesellschaft oder durch ihre angestellten Ärzte erbringen sollte. Der Gemeinschaftspraxis stand es frei, Aufträge anzunehmen. Ebenso frei standen ihr die Bestimmung von Ort und Zeit der Leistungserbringung. Insbesondere konnte die Gemeinschaftspraxis entscheiden, ob die Leistungen in der Praxis oder im Krankenhaus erbracht wurden. Die konkreten Einsatzzeiten wurden im Vorfeld abgestimmt. Rechtsgrundlagen sollten neben dem Kooperationsvertrag auch die für die Klinik geltenden Regelungen, allgemeinen Arbeitsanweisungen, Qualitätsstandards und Konzernregelungen sein. Das Landessozialgericht Hessen kam zu dem Ergebnis, dass der betreffende Gesellschafter, der die streitgegenständlichen Leistungen erbracht hatte, nach dem Kooperationsvertrag in den Betriebsablauf des Krankenhauses eingegliedert gewesen ist, weil er hiernach nicht nur zu ärztlichen Leistungen verpflichtet war, sondern unter anderem auch zur Zusammenarbeit sowie zur

Beteiligung an Abrechnungs- und Belegungsprüfungen durch den MDK. Ferner hatte das Krankenhaus der Gemeinschaftspraxis seine sachliche und personelle Ausstattung zur Verfügung gestellt und die Ärzte der Gemeinschaftspraxis waren gehalten, die Hygiene- und Konzernregelungen des Krankenhauses zu beachten. Das Krankenhaus habe daher – so das Landessozialgericht – bei der Festlegung von Behandlungszeiten und der Verwendung von Geräten das Letztentscheidungsrecht gehabt. Daher seien die Ärzte der Gemeinschaftspraxis in die Arbeits- und Betriebsabläufe des Krankenhauses eingegliedert gewesen. Nach Auffassung des Landessozialgerichts war es unerheblich, dass der Kooperationsvertrag nicht mit den Ärzten selbst, sondern mit der Gemeinschaftspraxis geschlossen wurde, da sich die Ärzte als Gesellschafter der Gemeinschaftspraxis durch den Kooperationsvertrag selbst direkt verpflichtet hätten. Als Gesellschafter bleibe der betreffende Arzt aber – anders als bei einer GmbH – selbstständig, sodass er gegenüber dem Krankenhaus eine eigene Dienstpflicht aus dem Kooperationsvertrag erfüllt habe. Etwas anderes könne gelten, wenn der Kläger bei der Gemeinschaftspraxis angestellt gewesen wäre, wofür jedoch im zu entscheidenden Fall nichts ersichtlich war.

Öffentliches Bau- und Planungsrecht

Zweckentfremdung von Wohnraum

Der aktuell bestehende Wohnraummangel ist in aller Munde. Die Ursachen der Wohnungsknappheit sind vielfältig, neben vielen weiteren ist ein Grund hierfür die vermehrte Zweckentfremdung von Wohnraum durch eine andere Art der Nutzung. Hintergrund sind oft finanzielle Interessen, da sich durch eine Vermietung der Räumlichkeiten etwa als Ferienwohnungen, zu gewerblichen Zwecken oder als Terminwohnungen für Prostituierte mehr verdienen lässt als bei einer Vermietung zu Wohnzwecken.

Das Gesetz über das Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum räumt den vom Wohnraummangel betroffenen Kommunen die Möglichkeit ein, durch eine Satzung ein Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum zu schaffen und diese von einer Genehmigung der zuständigen Behörde abhängig zu machen. In Baden-Württemberg haben hiervon beispielsweise die Landeshauptstadt Stuttgart

sowie die Universitätsstädte Freiburg, Heidelberg, Konstanz und Tübingen Gebrauch gemacht.

Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg hat am 12.12.2022 in einem Eilverfahren einem Eigentümer aufgegeben, die Zweckentfremdung von Wohnraum zu beenden. Er hatte mehrere Geschosse eines innerstädtischen Gebäudes aus dem 14. Jahrhundert auf verschiedenen Buchungsportalen als Ferienwohnungen angeboten. Der Verwaltungsgerichtshof geht von einem weiten Wohnraumbegriff aus. Danach ist Wohnraum ein umbauter Raum, der nach Maßgabe eines einfachen Standards zur dauernden Wohnnutzung bestimmt sowie rechtlich und tatsächlich geeignet ist. Unerheblich war, dass die früher zu Wohnzwecken genutzten Räumlichkeiten im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Zweckentfremdungsverbotssatzung wegen Sanierungsbedürftigkeit leer standen. Von Wohnraum sei nur dann nicht auszugehen, wenn ein dauerndes Bewohnen der Räume unzulässig oder unzumutbar sei.

Vergaberecht

1. Mitgefangen – Mitgehangen?

Der EuGH hat in einem Urteil vom 26.01.2023 darüber entschieden, ob die Mitglieder einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) von der öffentlichen Auftragsvergabe ausgeschlossen werden können, wenn die ARGE bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags wesentliche Anforderungen mangelhaft erfüllt hat und es deshalb zu einer vorzeitigen Beendigung dieses früheren Auftrags kam. Der Entscheidung lag ein Fall aus Litauen zugrunde: Eine ARGE um das federführende Unternehmen Active Construction Management (ACM) war 2017 von der Stadt Vilnius mit dem Bau eines Gesundheitszentrums beauftragt worden. Aufgrund eingetretenen Verzugs, der Einstellung der Baustelle sowie nicht gestellter Sicherheiten und Versicherungen kündigte die Stadt Vilnius Anfang 2020 den Vertrag mit der ARGE, zumal über das Vermögen von ACM ein Insolvenzverfahren eröffnet worden war. Die Rechtmäßigkeit dieser außerordentlichen Kündigung wurde gerichtlich bestätigt.

Hierauf wurden Anfang 2021 alle Mitglieder der ARGE in eine Liste unzuverlässiger Auftragnehmer aufgenommen und dadurch weitgehend von der öffentlichen Auftragsvergabe ausgeschlossen. Hier-

gegen haben sich die ARGE-Mitglieder – mit Ausnahme von ACM – erfolgreich zur Wehr gesetzt: Wie der EuGH feststellt, besteht zwar die Möglichkeit, jeden Wirtschaftsteilnehmer von der Teilnahme an öffentlichen Auftragsvergaben auszuschließen, der einen früheren Auftrag erheblich oder dauerhaft mangelhaft erfüllt hat. Damit soll es öffentlichen Auftraggebern ermöglicht werden, unzuverlässige Bieter von der Vergabe auszuschließen. Jedoch betont der EuGH, dass es insoweit zu keinem Automatismus kommen dürfe; vielmehr seien alle relevanten Gesichtspunkte des Einzelfalls zu prüfen. Dementsprechend dürfen die Mitglieder der ARGE darlegen, welche Beiträge sie zu der mangelhaften Ausführung geleistet bzw. welche Anstrengungen sie unternommen haben, um die mangelhafte Ausführung zu verhindern.

Unabhängig von einer zivilrechtlichen gesamtschuldnerischen Haftung haben die ARGE-Mitglieder damit die Möglichkeit, einer Vergabesperre zu entgehen, wenn sie darlegen können, als Mitglied der ARGE alles in ihrer Macht Stehende unternommen zu haben, um den Auftrag ordnungsgemäß auszuführen. Die Entscheidung ist auch für Vergabeverfahren in Deutschland relevant: Zwar werden Unternehmen, die einen früheren Auftrag fortdauernd mangelhaft erfüllt haben, nicht in das Wettbewerbsregister aufgenommen. Jedoch sieht § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB die Möglichkeit öffentlicher Auftraggeber vor, Unternehmen von der Vergabe auszuschließen, die frühere öffentliche Aufträge erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt haben, wenn dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadenersatz oder einer ähnlichen Rechtsfolge geführt hat. Beim Ausschluss von Mitgliedern einer (ehemaligen) ARGE muss also stets im Einzelfall geprüft werden, inwiefern das Mitglied der ARGE für die mangelhafte Ausführung verantwortlich war.

2. Auftragswertschätzungen müssen aktuell sein!

Die Schätzung des Auftragswerts durch den öffentlichen Auftraggeber ist vergaberechtlich von entscheidender Bedeutung: So entscheidet sich nach der Schätzung des Auftragswerts, ob der sog. Schwellenwert erreicht wird und daher ein europaweites Kartellvergabeverfahren nach dem 4. Teil des GWB durchzuführen ist oder ob eine nationale Ausschreibung genügt.

In einem vom Oberlandesgericht Düsseldorf mit Beschluss vom 06.04.2022 entschiedenen Fall hatte der Auftraggeber einen Zweijahresvertrag über

Dienstleistungen national ausgeschrieben. Den Auftragswert hatte der Auftraggeber dabei auf netto 200.000,00 € geschätzt und sich dabei an einem einjährigen Vorauftrag mit einem Auftragsvolumen von netto 100.000,00 € orientiert. Die allgemeine Kostensteigerung sollte nach Auffassung des Auftraggebers zu keiner Preiserhöhung führen, da Kostensteigerungen durch die zweijährige Laufzeit und damit verbundene organisatorische Wiederholungen kompensiert werde. Nachdem der Zuschlag erteilt wurde, griff ein unterlegener Bieter das Vergabeverfahren vor der Vergabekammer an. Während die Vergabekammer sich für unzuständig hielt, da der Schwellenwert nicht erreicht sei, stellt das Oberlandesgericht die Unwirksamkeit der Zuschlagserteilung fest und verpflichtet den Auftraggeber, ein Vergabeverfahren nach den Vorschriften des 4. Teils des GWB durchzuführen. Denn tatsächlich werde der Schwellenwert durch den Zweijahresvertrag deutlich überschritten, da der Auftraggeber bei der Auftragswertschätzung nicht nur den Vorauftrag habe berücksichtigen dürfen. Vielmehr hätte auch ein bei der Abwicklung dieses Vorauftrags erteilter Nachtrag wegen eines angefallenen Mehraufwands in die Kostenschätzung einfließen müssen, da dieser Mehraufwand auch beim ausgeschriebenen Vertrag zu erwarten war. Außerdem hätte der Auftraggeber bei seiner Kostenschätzung nachvollziehbar darstellen müssen, welche konkreten organisatorischen Veränderungen und Ersparnisse mit der zweijährigen Laufzeit verbunden sein sollen.

Die Entscheidung zeigt die Relevanz, die einer aktuellen und ordnungsgemäßen Auftragswertschätzung insbesondere dann zukommt, wenn sich der voraussichtliche Auftragswert knapp unter oder über den Schwellenwerten bewegt. In diesen Fällen sollte der sichere Weg beschritten und die zu beschaffende Leistung europaweit ausgeschrieben werden.

Versicherungsrecht

1. Betriebsschließungsversicherung: Ansprüche aufgrund der Corona-Pandemie

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 26.1.2022 und zahlreichen Folgeentscheidungen Ansprüche aus Betriebsschließungsversicherungen aufgrund der Corona-Pandemie verneint. In einem mit Urteil vom 18.1.2023 entschiedenen Rechtsstreit war nun

erstmals ein Versicherungsnehmer beim Bundesgerichtshof teilweise erfolgreich. Dem Urteil lag ein anderer Bedingungs Wortlaut zugrunde als den vorangegangenen Entscheidungen. Bislang hatte der Bundesgerichtshof nur über Bedingungs werke entschieden, die ausführliche Kataloge der versicherten Krankheiten und Krankheitserreger enthielten. Diese hatte er als abschließend eingestuft, sodass für Betriebsschließungen aufgrund des neuartigen Corona-Virus kein Versicherungsschutz bestand.

Die Versicherungsbedingungen, über die der Bundesgerichtshof nun entschieden hat, verweisen hingegen nur auf die im Infektionsschutzgesetz „namentlich“ genannten Krankheiten und Krankheitserreger, ohne diese im Einzelnen aufzulisten. Dieser Umstand hat das Gericht veranlasst, dem Versicherungsnehmer einen Deckungsanspruch für eine Betriebsschließung während des „zweiten Lockdowns“ ab November 2020 zuzusprechen. Seit Ende Mai 2020 waren die Krankheit COVID-19 und der Krankheitserreger SARS-CoV-2 im Infektionsschutzgesetz aufgeführt. Für den „ersten Lockdown“ ab März 2020 blieb dem Kläger hingegen der Erfolg versagt. Die damaligen Betriebsschließungen erfolgten auf Grundlage von Verordnungen bzw. Allgemeinverfügungen, während eine Aufnahme von COVID-19 in das Infektionsschutzgesetz noch nicht erfolgt war.

2. Widerruf von Lebens- und Rentenversicherungen

Im Internet wird teilweise aggressiv dafür geworben, sich durch Widerspruch bzw. Widerruf von Lebens- und Rentenversicherungen zu trennen, und zwar noch Jahre bzw. Jahrzehnte nach Vertragsschluss. Versprochen wird die Rückabwicklung des Versicherungsvertrags, was zu einem höheren Erstattungsanspruch führe als bei dessen Kündigung. Begründet wird der Rückabwicklungsanspruch mit angeblichen Fehlern der Widerspruchsbelehrung oder mangelhafter Verbraucherinforma-

tion. Schon seit Jahren sind daher die Gerichte mit einer regelrechten „Prozessflut“ derartiger Fälle konfrontiert. Häufig erweist sich vor Gericht, dass die Internetwerbung zu viel versprochen hat. Die Erfolgsaussichten hängen von der Rechtslage bei Vertragsschluss und der konkreten Formulierung der Versicherungsunterlagen ab. Schon jetzt scheitern viele Anspruchsteller vor Gericht und die zahlreichen Prozesse erweisen sich eher als „Konjunkturprogramm“ für Rechtsanwälte.

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 15.2.2023 die Hürden für einen erfolgreichen Widerspruch nochmals erhöht. Danach führen geringfügige Belehrungsfehler zu keinem „ewigen“ Widerspruchsrecht des Versicherungsnehmers nach Ablauf der gesetzlichen Widerspruchsfrist. Im konkreten Fall hatte der Versicherer den Versicherungsnehmer darüber belehrt, er müsse für einen Widerspruch die Schriftform einhalten. Tatsächlich reichte zum damaligen Zeitpunkt aufgrund einer zwischenzeitlichen Gesetzesänderung die Textform aus. Der Bundesgerichtshof hat diesen Belehrungsfehler als geringfügig eingestuft und dem klagenden Versicherungsnehmer die Rückabwicklung seines Vertrags versagt.

Die Versprechungen im Internet sollten daher sehr kritisch hinterfragt werden. Es ist zu empfehlen, sich von einem Fachanwalt für Versicherungsrecht wegen der Erfolgsaussichten eines Widerrufs beraten zu lassen. Nicht selten wird auch das Festhalten an einem älteren Vertrag mit höherer Garantieverzinsung als heute die wirtschaftlich sinnvollere Vorgehensweise darstellen.

Impressum
BRP Renaud und Partner mbB
info@brp.de · www.brp.de
Stand März 2023

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.