

# Newsletter

1 / 2 0 1 7

mit Beiträgen zu:

Arbeitsrecht

Bau-, Architekten- und  
Ingenieurrecht

Datenschutzrecht

Familienrecht

Handels- und Gesell-  
schaftsrecht

Medizinrecht

Mietrecht

Vergaberecht

Versicherungsrecht

Wirtschaftsstrafrecht

## BRP aktuell

Seit Anfang des Jahres ist Frau Dr.-Ing. Larisa Salun als Patentanwältin in Stuttgart tätig.



BRP Renaud und Partner mbB  
Rechtsanwälte Patentanwälte  
Steuerberater



Seit Anfang Februar verstärkt der im Gesellschafts- sowie Bank- und Kapitalmarkt recht renommierte und am Markt bekannte Herr Dr. Friedrich Bozenhardt in diesen Bereichen unseren Standort Stuttgart und wird sie weiter ausbauen. Herr Dr. Bozenhardt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, berät natio-

nal und international tätige Unternehmen in allen Fragen des Gesellschaftsrechts, einschließlich M&A. Seine Tätigkeit umfasst die persönliche Beratung von Gesellschaftern, Geschäftsführern, Vorständen und Aufsichtsräten. Neben seiner gesellschaftsrechtlichen Expertise ist er spezialisiert im Bank- und Kapitalmarkt recht, insbesondere im Kapitalanlagenrecht tätig. Zu seinen Mandanten gehören hier unter anderem Banken, Sparkassen und institutionelle Anleger.

## Arbeitsrecht

### 1. Mitbestimmung des Betriebsrats bei Facebook-Auftritt

Nach einem Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 13.12.2016 steht dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht am Facebook-Auftritt des Arbeitgebers zu, wenn der Arbeitgeber auf seiner Facebook-Seite die Veröffentlichung von Postings ermöglicht, die sich nach ihrem Inhalt auf das Verhalten oder die Leistung einzelner Beschäftigter beziehen. Die Ausgestaltung dieser Funktion unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrats. Voraussetzung ist allerdings, dass die Kundenmeinungen unmittelbar bei Facebook veröffentlicht werden, d.h. dass keine Auswahl oder

sonstige inhaltliche Kontrolle der Kundenmeinungen durch den Arbeitgeber erfolgt.

### 2. Betriebsrente: Gleichbehandlung

Arbeitnehmer, denen bereits einzelvertraglich eine betriebliche Altersversorgung zugesagt wurde, dürfen nach einem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 19.07.2016 nur dann vollständig von einem auf einer Betriebsvereinbarung beruhenden kollektiven Versorgungssystem des Arbeitgebers ausgenommen werden, wenn die Betriebsparteien im Rahmen des ihnen zustehenden Beurteilungsspielraums davon ausgehen können, dass diese Arbeitnehmer im Versorgungsfall typischerweise eine zumindest annähernd gleichwertige Versorgung erhalten.

### 3. Kündigung in Unkenntnis einer Schwerbehinderung

Mit Urteil vom 22.09.2016 hat das Bundesarbeitsgericht die 3-Wochen-Frist für die Anzeige einer Schwerbehinderung nach Kündigungserhalt präzisiert. Gemäß § 85 SGB IX kann der Arbeitgeber einem schwerbehinderten Arbeitnehmer nur kündigen, wenn er zuvor die Zustimmung des Integrationsamtes eingeholt hat. Dies gilt auch dann, wenn dem Arbeitgeber die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers nicht bekannt ist. Dann obliegt es dem Arbeitnehmer, die Mitteilung der Schwerbehinderung innerhalb von drei Wochen nachzuholen. Lässt sich der Schwerbehinderte (deutlich) länger als drei Wochen nach Erhalt der Kündigung damit Zeit, den Arbeitgeber über die Schwerbehinderung zu informieren, ist sein Recht zur nachträglichen Berufung auf die Schwerbehinderung verwirkt. Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts können Schwerbehinderte die 3-Wochen-Frist voll ausschöpfen, um sich für oder gegen eine Offenlegung der Schwerbehinderung zu entscheiden, müssen eine schriftliche Mitteilung dann aber innerhalb von ein oder zwei Tagen dem Arbeitgeber übersenden. Insoweit knüpft das Gericht an die 3-Wochen-Frist für die Erhebung einer Kündigungsschutzklage an. Diese gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer Unwirksamkeitsgründe geltend machen will, die außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes liegen, also z. B. auch die Tatsache, dass im Falle des Vorliegens einer Schwerbehinderung die vorherige Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung fehlt.

### 4. Verwendung der Ergebnisse einer verdeckten Videoüberwachung

Mit Urteil vom 22.09.2016 hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass die Verwertung eines „Zufallsfundes“ aus einer gerechtfertigten verdeckten Videoüberwachung zulässig sein kann. Eine verdeckte Videoüberwachung ist damit im Prozess auch dann berücksichtigungsfähig, wenn mit ihr Arbeitnehmer bei Pflichtverletzungen oder Straftaten erfasst werden, gegen die anfangs kein konkreter Verdacht bestand. Außerdem stellte das Gericht klar, dass Ermittlungen des Arbeitgebers nicht nur bei einem konkreten Anfangsverdacht auf begangene Straftaten, sondern auch bei einem konkreten Anfangsverdacht hinsichtlich sonstiger gravierender Pflichtverletzungen gerechtfertigt sein können. In diesen Fällen wird dem Arbeitgeber die Datenerhebung und -verarbeitung durch im Einzelfall erforderliche Kontroll- bzw. Überwachungsmaßnahmen erlaubt. Hierbei ist jedoch stets der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Daher muss der Arbeitgeber etwa vor dem Einsatz einer Videoüberwachung andere, weniger einschneidende Maßnahmen erwägen und auf diese vorrangig zurückgreifen, sofern sie gleich geeignet sind. Auch die Kontrollmaßnahme selbst muss stets verhältnismäßig – sprich nur so intensiv wie notwendig – erfolgen. Aus der Überwachung gewonnene Daten können im (Arbeits-) Gerichtsprozess verwendet werden, es sei denn, der Verwertung steht im Einzelfall das allgemeine Persönlichkeitsrecht des betroffenen Arbeitnehmers entgegen. Arbeitgeber sollten sowohl die konkreten Verdachtsmomente, als auch die ergriffenen Maßnahmen sorgfältig dokumentieren, um

die Erforderlichkeit der Datenerhebung und -verarbeitung gegebenenfalls nachweisen zu können.

*Dr. Jörg Fecker,  
Dr. Thomas Glöckle, LL.M.,  
Dr. Volker Nill,  
Dr. Betina Fecker,  
Dr. Susanne Jochheim,  
Nadine Crocoll, Sonja Kreß,  
Stuttgart*

## Bau-, Architekten- und Ingenieurrecht

### 1. Neues Bauvertragsrecht zum 01.01.2018

Der Bundestag hat am 10.03.2017 ein Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung verabschiedet. Durch das Gesetz wird ein eigenes Kapitel zum Bauvertrag in das Bürgerliche Gesetzbuch eingeführt. Ebenfalls aufgenommen wird ein Kapitel zum Verbraucherbauvertrag, mit dem dem Unternehmer besondere Pflichten auferlegt und dem Verbraucher unter anderem ein Widerrufsrecht eingeräumt werden. Über die Einzelheiten des Gesetzes werden wir Sie in einem Sonder-Newsletter informieren.

### 2. (Keine) Mängelrechte vor der Abnahme?

Seit der im Jahr 2002 in Kraft getretenen sogenannten Schuldrechtsmodernisierung bestand Streit darüber, ob dem Besteller beim BGB-Vertrag bereits vor der Abnahme Mängelansprüche zustehen können. Mit Urteil vom 19.01.2017 hat der Bundesgerichtshof diese Frage verneint und klargestellt, dass die Mängelrechte erst nach der Abnahme geltend gemacht werden können. Grund hierfür

ist, dass der Unternehmer bis zur Abnahme grundsätzlich selbst entscheiden kann, wie er den Anspruch des Bestellers auf mangelfreie Herstellung der geschuldeten Leistungen erfüllt. Der Besteller soll während der Herstellungsphase nicht in dieses Entscheidungsrecht des Unternehmers eingreifen. In seinem Urteil hat der Bundesgerichtshof allerdings auch klargestellt, dass es durchaus Ausnahmen geben kann. Insbesondere das Recht des Bestellers, einen Vorschuss auf die Kosten der Nachbesserung oder die Kosten der Ersatzvornahme zu verlangen, besteht auch ohne Abnahme, wenn der Besteller nicht mehr die Erfüllung des Vertrags verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist. Wann die Voraussetzungen hierfür vorliegen, ist wiederum eine Entscheidung des Einzelfalls.

Das Urteil des Bundesgerichtshofs führt auf der einen Seite zu einer wünschenswerten Klarstellung, dass die Mängelrechte erst nach der Abnahme geltend gemacht werden können. Auf der anderen Seite droht künftig ein Streit darüber zu entstehen, ob ein Ausnahmefall vorliegt, da das Vertrags- in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist.

*Dr. Rainer Laux,  
Ulrich Gentner,  
Dr. Lars Knickenberg,  
Dr. Andreas Digel,  
Henrik Jacobsen,  
Jula Zenetti, LL.M., Stuttgart*

## Datenschutzrecht

**1. Datenschutzverstoß kann außerordentliche Kündigung rechtfertigen**

Nach einem Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 01.09.2010 kann eine Verletzung datenschutzrechtlicher Vorschriften einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung darstellen. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall rief eine Mitarbeiterin des Bürgeramts aus privatem Interesse mehrere hundert Melderegisterdaten ab. Beschäftigten einer Meldebehörde ist es gesetzlich untersagt, personenbezogene Daten unbefugt zu einem anderen als dem zur jeweiligen Aufgabenerfüllung gehörenden Zweck zu erheben, zu verarbeiten oder sonst zu nutzen. Indem die Mitarbeiterin aus reiner Neugier Daten aus dem Melderegister aufrief und an Dritte weitergab, verstieß sie gegen ausdrücklich formulierte Verpflichtungen im Kernbereich ihrer Tätigkeiten. Diese Pflichtverletzung kann nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen. Aus diesem Urteil lässt sich auch für private Unternehmen der Schluss ziehen, dass eine Datenschutzverletzung durch Mitarbeiter – insbesondere wenn sie auf das Datengeheimnis verpflichtet wurden – eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen kann.

## 2. Schmerzensgeldanspruch bei Datenschutzverletzungen

Das Oberlandesgericht Köln sprach mit Urteil vom 30.09.2016 einem Arbeitnehmer Schmerzensgeld wegen einer nicht datenschutzkonformen Übermittlung von personenbezogenen Gesundheitsdaten zu. Die unzulässige Datenweitergabe war im vorliegenden Fall darin zu sehen, dass eine Konzerngesellschaft Informationen, die sie im Rahmen eines Versicherungsverhältnis-

ses zu dem Betroffenen erlangt hatte, an ein mit ihr verbundenes Unternehmen, bei dem der Betroffene angestellt war, weitergegeben hatte. Auf Basis der erlangten Informationen kündigte das verbundene Unternehmen dem Arbeitnehmer fristlos. Bei den übermittelten Informationen ging es um eine arglistige Täuschung des Betroffenen gegenüber der übermittelnden Versicherungsgesellschaft die darin lag, dass der Betroffene bei Abschluss einer Berufsunfähigkeitsversicherung unter anderem Behandlungen wegen psychischer Störungen nicht angegeben hatte. Nach Ansicht des Oberlandesgerichts Köln war die Datenübermittlung unter keinem Gesichtspunkt gerechtfertigt und daher rechtswidrig. Es ist nochmals zu betonen, dass auch konzerninterne Datenweitergaben rechtfertigungspflichtige Datenübermittlungen darstellen und bei Verletzung der datenschutzrechtlichen Anforderungen Schmerzensgeldansprüche bestehen können.

*Dr. Thomas Weimann,  
Manuel Kastner,  
Sonja Kреб, Stuttgart*

## Familienrecht

**Wechselmodell zur Kindesbetreuung auch gegen den Willen eines Elternteils möglich**

Der Bundesgerichtshof hat in einem Beschluss vom 01.02.2017 entschieden, dass das Familiengericht auf Antrag eines Elternteils auch gegen den Willen des anderen Elternteils ein sogenanntes paritätisches Wechselmodell, also die etwa hälftige Betreuung des Kindes durch beide Elternteile als Umgangsregelung anordnen kann,

wenn dies dem Kindeswohl am besten entspricht.

In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall waren die geschiedenen Eltern des im April 2003 geborenen Sohnes gemeinsam sorgeberechtigt. Der Sohn hielt sich bislang überwiegend bei der Mutter auf. Im Mai 2012 trafen die Eltern eine Umgangsregelung, nach welcher der Sohn den Vater alle 14 Tage am Wochenende besucht. Nun strebt der Vater die Anordnung einer Umgangsregelung in Form eines paritätischen Wechselmodells an. Er will den Sohn im wöchentlichen Turnus abwechselnd von Montag nach Schulschluss bis zum folgenden Montag zum Schulbeginn zu sich nehmen. Das Amtsgericht hatte den Antrag des Vaters zurückgewiesen. Auch dessen Beschwerde vor dem Oberlandesgericht war ohne Erfolg geblieben. Auf die hiergegen eingelegte Rechtsbeschwerde des Vaters hat der Bundesgerichtshof den Beschluss des Oberlandesgerichts aufgehoben und die Sache an dieses zurückverwiesen. Er hat dabei deutlich gemacht, dass das Residenzmodell (Kind wohnt bei einem Elternteil und hat mit dem anderen Umgang) nicht das gesetzliche Leitbild ist, sondern auch andere Betreuungsmodelle möglich sind.

Der Bundesgerichtshof betont jedoch, dass entscheidender Maßstab der Anordnung eines Umgangsrechts neben den beiderseitigen Elternrechten das Kindeswohl sei, das vom Gericht nach Lage des jeweiligen Einzelfalls zu prüfen ist. Das Wechselmodell sei demnach anzuordnen, wenn die geteilte Betreuung durch beide Eltern im Vergleich mit anderen Betreuungsmodellen dem Kindeswohl im konkreten Fall am besten entspricht. Dabei sei zu berücksichtigen,

dass das Wechselmodell gegenüber herkömmlichen Umgangsmodellen höhere Anforderungen an die Eltern und das Kind stellt, das bei doppelter Residenz zwischen zwei Haushalten pendelt und sich auf zwei hauptsächliche Lebensumgebungen ein- bzw. umzustellen habe.

Das paritätische Wechselmodell setze zudem eine bestehende Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit der Eltern voraus. Dem Kindeswohl entspreche es dagegen regelmäßig nicht, ein Wechselmodell zu dem Zweck anzuordnen, diese Voraussetzungen erst herbeizuführen. Sei das Verhältnis der Eltern erheblich konfliktbelastet, liege eine auf ein paritätisches Wechselmodell gerichtete Anordnung in der Regel nicht im wohlverstandenen Interesse des Kindes. Wesentlicher Aspekt sei zudem der vom Kind geäußerte Wille, dem mit steigendem Alter (vorliegend: 13 Jahre) zunehmendes Gewicht beizumessen sei. Das Familiengericht sei im Umgangsrechtsverfahren zu einer umfassenden Aufklärung verpflichtet, welche Form des Umgangs dem Kindeswohl am besten entspricht. Dies erfordere grundsätzlich auch die persönliche Anhörung des Kindes.

*Dr. Barbara Ackermann-Sprenger,  
Anja Groeneveld, Stuttgart*

## Handels- und Gesellschaftsrecht

### 1. Gesellschafterliste: Aufnahme einer GbR als Gesellschafterin und erforderliche Angaben

Das Oberlandesgericht Hamm befasste sich mit Beschluss vom 24.05.2016 mit der Frage der

erforderlichen Angaben in der Gesellschafterliste, wenn sich eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) in der Ausprägung einer Außengesellschaft an einer GmbH beteiligt. Im entschiedenen Fall hatte der Gesellschafter einer GmbH seine Geschäftsanteile an eine XY Unternehmensbeteiligungs-GbR übertragen. Nach Wirksamwerden der Anteilsübertragung erstellte der beurkundende Notar eine neue Gesellschafterliste und legte diese beim Handelsregister vor. Die Gesellschafterliste wies als neuen Gesellschafter nur die XY Unternehmensbeteiligungs-GbR aus, nicht aber auch die Namen und Personalien der Gesellschafter der GbR. Das zuständige Registergericht verweigerte die Aufnahme der neuen Gesellschafterliste in den Registerordner mit der Begründung, dass auch die Gesellschafter der GbR mit Namen und Personalien in der Liste benannt werden müssten. Der Argumentation der beschwerdeführenden GmbH, wonach die Aufnahme der GbR-Gesellschafter in der Gesellschafterliste gesetzlich weder vorgesehen noch erforderlich sei und weiter der Bundesgerichtshof bereits entschieden habe, dass eine namensführende GbR allein mit ihrem Namen im Grundbuch eingetragen werden könne und somit das Handelsregister auch nicht mehr als im formstrengen Grundstücksrecht verlangen könne, folgte das Oberlandesgericht Hamm nicht. Für die Eintragung einer GbR als Kommanditistin einer Kommanditgesellschaft im Handelsregister bestimmt § 162 Abs. 1 Satz 2 HGB, dass die Gesellschafter der GbR wiederum mit Namen, Vornamen, Geburtsdatum und Wohnort und spätere Änderungen in der Zusammensetzung der Gesellschafter zur Eintragung anzumelden sind. Das Oberlandesgericht Hamm hält

die Aufnahme der GbR-Gesellschafter in die Gesellschafterliste der GmbH in entsprechender Anwendung von § 162 Abs. 1 Satz 2 HGB für erforderlich und begründete dies u. a. mit der Sicherung der Handelsregisterpublizität, der Transparenz der Beteiligungsverhältnisse und der Geldwäscheprävention. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm ist die bislang einzige obergerichtliche Entscheidung zu dieser Frage. Um zu vermeiden, dass die Aufnahme einer neuen Gesellschafterliste in den Registerordner vom Registergericht verweigert wird, ist die Praxis daher gut beraten, im Falle der Beteiligung einer GbR an einer GmbH auch die der GbR angehörenden Gesellschafter in die Gesellschafterliste aufzunehmen.

## 2. Gesellschafterhaftung: Haftung nach Rechtscheingrundsätzen wegen unrichtiger Eintragung im Handelsregister nach Formwechsel einer GmbH in eine GbR

Mit Urteil vom 18.10.2016 ging der Bundesgerichtshof u. a. der Frage nach, ob der Name einer GbR wie auch ihre Gesellschafter nach einem Formwechsel einer GmbH in eine GbR in das Handelsregister eintragungspflichtige Tatsachen sind. Diese Frage war in dem Prozess um die persönliche Haftung der GbR-Gesellschafter für Verbindlichkeiten der vormaligen GmbH entscheidend, weil diejenigen Personen, die das Registergericht bei der formwechselnden Umwandlung der GmbH in eine GbR als GbR-Gesellschafter in das Handelsregister eingetragen hatte, zwar GmbH-Gesellschafter zum Zeitpunkt der Beurkundung des Umwandlungsbeschlusses waren. Die als GbR-Gesellschafter eingetragenen Personen waren aber nicht mehr GmbH-Gesellschafter zum

Zeitpunkt der Eintragung der Umwandlung im Handelsregister, weil sie ihre GmbH-Geschäftsanteile unmittelbar nach der Fassung des Umwandlungsbeschlusses, aber noch vor der Eintragung des Formwechsels im Handelsregister an zwei britische Limiteds abgetreten hatten. Der Bundesgerichtshof kam zu dem Ergebnis, dass eine Haftung der als GbR-Gesellschafter in das Handelsregister eingetragenen Personen ausscheide, weil der Name der GbR und ihre Gesellschafter im Falle der formwechselnden Umwandlung einer GmbH in eine GbR keine in das Handelsregister eintragungspflichtigen Tatsachen seien. Insoweit maßgeblich war nach Ansicht des Bundesgerichtshofs, dass eine aus einer formwechselnden Umwandlung einer GmbH entstandene GbR selbst nicht der Eintragung in das Handelsregister unterliege und auch eine entsprechende Anwendung des § 15 Abs. 3 HGB zum Schutz der Gläubiger nicht erforderlich sei.

## 3. Gesellschafterversammlung der GmbH: Keine Einberufungsbefugnis durch einen nur noch formal berechtigten Geschäftsführer

Gegenstand eines Urteils des Bundesgerichtshofs vom 08.11.2016 war die Frage, ob der abberufene, im Handelsregister aber noch eingetragene Geschäftsführer einer GmbH berechtigt bleibt, Gesellschafterversammlungen einzuberufen. Sie wurde bislang vom Oberlandesgericht Düsseldorf und von Teilen der Literatur bejaht, vom Bundesgerichtshof hingegen verworfen.

*Dr. Werner Renaud,  
Dr. Friedrich Bozenhardt,  
Achim Kinzelmann,  
Dr. Ulrich-Peter Kinzl,*

*Dr. Lisa Ames, Daniela Rentz,  
Johannes Gugel,  
Aljoscha Schmidberger,  
Stuttgart*

*Werner Gauss, LL. M.,  
Max Kleissler, Frankfurt*

## Medizinrecht

### 1. Sitzverlegung

Ein Arzt oder ein Psychotherapeut hat einen Anspruch darauf, dass seine Sitzverlegung innerhalb des Planungsbereichs genehmigt wird, wenn Gründe der vertragsärztlichen Versorgung dem nicht entgegenstehen. Die Beurteilung, ob solche Gründe vorliegen, unterliegt einer nur eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle; den Zulassungsgremien kommt ein Beurteilungsspielraum zu. Das Bundessozialgericht hat auf die mündliche Verhandlung vom 03.08.2016 entschieden, dass ein Zulassungsgremium diesen Beurteilungsspielraum nicht voll ausschöpft, wenn es nicht hinreichend berücksichtigt, dass nach dem Willen des Gesetzgebers verhindert werden soll, dass sich die Versorgung in Teilen von eigentlich gut versorgten großen Planungsbereichen durch Praxissitzverlegungen verschlechtert. Der abstrakt berechenbare Versorgungsgrad sei demgegenüber nicht immer ein geeignetes Kriterium, da er keine Aussagen zu den tatsächlichen Auswirkungen der konkret zu beurteilenden Sitzverlegung treffen könne. Damit stellt das Bundessozialgericht klar, dass es bei einer Sitzverlegung – entgegen den rechnerisch definierten Versorgungsgraden in den Planungsbezirken – entscheidend auf die konkreten Auswirkungen der beabsichtigten Sitzverlegung ankommt.



## 2. Institutsermächtigung: Klinikambulanzen dürfen nicht benachteiligt werden

Zwingend zu erbringende Begleitleistungen dürfen von einer Institutsermächtigung nicht ausgeschlossen werden. EBM-Regelungen, die dem entgegenstehen, sind verfassungswidrig, urteilte das Bundessozialgericht am 25.01.2017. Im Streit stand der Umfang einer Institutsermächtigung. Der klagende Krankenhausträger beehrte die Feststellung, dass der Berufungsausschuss die beantragte Erweiterung der ihm für die konsiliarische Beratung, Diagnostik sowie Behandlung onkologischer und hämato-onkologischer Erkrankungen im Kindesalter erteilten Ermächtigung auf die Zusatzpauschalen für Beobachtung und Betreuung (Nummern 01510 bis 01512 EBM-Ä) zu Unrecht abgelehnt hatte. Die Revision des klagenden Krankenhausträgers hatte Erfolg. Zwar dürfe eine Ermächtigung nur für Leistungen erteilt werden, die der Ermächtigte auch erbringen und abrechnen darf. Dass die Klägerin als Betreiberin einer Krankenhausambulanz diese Voraussetzung nicht erfülle, weil die strittigen Gebührenordnungspositionen (GOP) nur dann abrechenbar seien, wenn sie in einer Arztpraxis oder einer praxisklinischen Einrichtung erbracht werden, stehe der beantragten Erweiterung der Ermächtigung nicht entgegen. Denn der Ausschluss von Krankenhausambulanzen von der Abrechnung der von ihnen zwingend zu erbringenden (Begleit-) Leistungen sei nicht mit höherrangigem Recht vereinbar; er verstoße gegen das Gleichheitsgebot. Ein Mehraufwand für die Beobachtung und Betreuung der Patienten entstehe in den Klinikambulanzen genauso wie in Praxen. Einen sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung gebe es nicht. Der

Bewertungsausschuss müsse daher die entsprechenden GOP neu fassen.

*Dr. Ralf Kremer,  
Dr. Christian Wittmann,  
Prof. Dr. Hinner Schütze,  
Dr. Kristina Raske, Stuttgart*

## Mietrecht

### 1. Eigenbedarfskündigung durch die Gesellschaft bürgerlichen Rechts

In einer Entscheidung vom 14.12.2016 hat der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung bestätigt, dass bei einem Wohnraummietverhältnis eine Eigenbedarfskündigung auch dann möglich ist, wenn es sich bei dem Vermieter nicht um eine natürliche Person, sondern um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) handelt. Ein Wohnraummietverhältnis kann vom Vermieter nur ordentlich gekündigt werden, wenn der Vermieter über ein berechtigtes Interesse an der Kündigung verfügt. Ein Beispiel für ein solches berechtigtes Interesse ist der Eigenbedarf. Eigenbedarf kann direkt jedoch nur von einem Vermieter geltend gemacht werden, wenn es sich bei dem Vermieter um eine natürliche Person handelt, da nur diese selbst „wohnen“ kann. Eine GbR kann als solche nicht selbst wohnen. Der Bundesgerichtshof hat deshalb ausdrücklich bestätigt, dass die GbR keinen Eigenbedarf für sich begründen kann. Trotzdem kann die GbR eine Kündigung aussprechen, wenn bei einem ihrer Gesellschafter oder eines Angehörigen ihrer Gesellschafter Eigenbedarf vorliegt. Der Bundesgerichtshof grenzt die GbR von den juristischen Personen (z. B. GmbH) und den Personenhandelsgesellschaften (OHG und KG) ab.

Jene können jeweils keine Kündigung aussprechen, wenn einer ihrer Gesellschafter Eigenbedarf hat. So stellt der Bundesgerichtshof ausdrücklich fest, dass es sich bei der GbR eben weder um eine juristische Person noch um eine Personenhandelsgesellschaft handele und vergleicht die Stellung der GbR mit der Stellung einer „einfachen“ Miteigentümergeinschaft, bei der der Mieter auch damit rechnen muss, dass einer der Eigentümer Eigenbedarf geltend macht.

Der Bundesgerichtshof bleibt daher bei seiner Linie, dass er ein Kündigungsrecht bei Eigenbedarf eines Gesellschafters einer GbR grundsätzlich bejaht, so dass dies zum einen wichtig ist für die vermietende GbR. Sie kann im Grundsatz davon ausgehen, ein Mietverhältnis lösen zu können, wenn die Voraussetzungen für eine Eigenbedarfskündigung vorliegen. Für den Mieter ist es wichtig zu wissen, dass ihn eine Vermietung durch eine GbR nicht vor einer auf Eigenbedarf gestützten Kündigung schützt.

### 2. Verpflichtung zum Angebot einer Alternativwohnung bei Wohnraumkündigung

Der Bundesgerichtshof hat in einer Entscheidung vom 14.12.2016 seine Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Verpflichtung des Vermieters, dem Mieter im Falle einer außerordentlichen, nicht auf die Person des Mieters gestützte Kündigung eine Alternativwohnung anzubieten, geändert. Im Grundsatz bleibt es dabei, dass der Vermieter bei Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses verpflichtet ist, dem Mieter eine andere, ihm während der Kündigungsfrist zur Verfügung stehende vergleichbare Wohnung zur Anmietung anzubieten, wenn

sich diese im selben Haus oder in derselben Wohnanlage befindet und zur Vermietung ansteht. Bislang war es aber so, dass eine Kündigung des Vermieters unwirksam wurde, wenn er diese Verpflichtung zum Angebot einer Alternativwohnung verletzt hat. Dies war für den Vermieter sehr problematisch, da die Frage, welchen Umfang seine Anbieterpflicht für eine Alternativwohnung hat, im Einzelnen umstritten war, so dass dem Vermieter generell anzuraten war, dem Mieter an sich jede mögliche Wohnung anzubieten, da seine ausgesprochene Kündigung sonst unwirksam sein konnte. Diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof nun aufgegeben. Verletzt der Vermieter seine Verpflichtung, dem Mieter eine passende Alternativwohnung anzubieten, bleibt seine Kündigung wirksam. Stattdessen löst diese Pflichtverletzung „nur“ noch Schadenersatzansprüche des Mieters aus, die auf Geldersatz gerichtet sind und nicht etwa auf die Wiederherstellung bzw. Fortführung des gekündigten Mietverhältnisses.

Für den Vermieter vereinfacht diese Rechtsprechungsänderung des Bundesgerichtshofs die Wahl des richtigen Verhaltens durchaus. Zwar bleibt er verpflichtet, dem Mieter geeignete Alternativwohnungen anzubieten. Verletzt er diese Pflicht, möglicherweise auch unbeabsichtigt bzw. im Irrtum über die Reichweite seiner Anbieterpflicht, läuft er aber nicht mehr Gefahr, dass seine gesamte Kündigung unwirksam wird, sondern muss dem Mieter nur den daraus resultierenden Schaden in Geld ersetzen. Dies ist in der Regel ein Ergebnis, mit dem z. B. ein Vermieter, der eine Wohnung selber nutzen möchte, besser leben kann.

*Verena Gahn, Stuttgart*

## Vergaberecht

### Ungewöhnlich niedrige Angebote sind zu prüfen!

Die Vergabeordnungen unter sagen es dem Auftraggeber, den Zuschlag auf ein Angebot mit einem unangemessen niedrigen Preis zu erteilen (§ 60 VgV; §§ 16d, 16d EU VOB/A). Hierdurch soll der Auftraggeber vor dem gesteigerten Risiko einer nicht einwandfreien Ausführung der ausgeschriebenen Leistung geschützt werden. Der Ausschluss eines unangemessen niedrigen Angebots dient also primär dem Interesse des Auftraggebers.

Der Bundesgerichtshof hat in einem Beschluss vom 31.01.2017 klargestellt, dass auch konkurrierende Bieter eine Prüfung solcher Angebote verlangen können, die wegen eines signifikanten Abstands zum nächstgünstigen Angebot oder aufgrund sonstiger Anhaltspunkte ungewöhnlich niedrig erscheinen. Dabei komme es – so der Bundesgerichtshof – nicht darauf an, ob der konkurrierende Bieter eine Marktverdrängungsabsicht des auffallend günstigen Bieters darlege. Denn hierzu wird der die Prüfung verlangende Bieter in der Regel gar nicht in der Lage sein. Demnach wird der Ausschluss ungewöhnlich niedriger Angebote vermehrt von unterlegenen Bietern eingefordert werden können.

*Dr. Lars Knickenberg, Stuttgart*

## Versicherungsrecht

### Berufsunfähigkeitsversicherung

In der privaten Berufsunfähigkeitsversicherung ist nach den

üblichen Bedingungen der zuletzt ausgeübte Beruf versichert. Der Versicherte erhält jedoch gemäß den meisten Versicherungsbedingungen keine Leistungen, wenn er noch eine vergleichbare andere Tätigkeit ausüben kann. Die sogenannte „Verweisungstätigkeit“ darf allerdings hinsichtlich der dafür erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten sowie der Vergütung und des Sozialprestiges nicht wesentlich hinter dem zuletzt ausgeübten Beruf zurückbleiben.

Der Bundesgerichtshof hat dazu mit Urteil vom 07.12.2016 entschieden, dass bei der Prüfung, ob der Versicherte auf eine andere Tätigkeit verwiesen werden kann, eine geringere Vergütung nicht durch einen erhöhten Freizeitanteil aufgewogen werden kann. Auch das Entfallen von Erschwernissen, wie z. B. Nachtarbeit, kann der Versicherer nicht gegen eine geringere Vergütung „aufrechnen“. Der Bundesgerichtshof hat auch erneut klargestellt, dass die Zumutbarkeitsgrenze von Einkommenseinbußen bei Geringverdienern schon bei niedrigeren Prozentsätzen erreicht wird als bei höheren Einkommen. Es ist daher immer eine Frage des Einzelfalls, ob die Fähigkeit, einer anderen Tätigkeit nachzugehen, Berufsunfähigkeitsleistungen ausschließt.

Weiter hat der Bundesgerichtshof am 14.12.2016 geurteilt, dass ein krankheitsbedingter Wechsel zu einer weniger belastenden Tätigkeit nicht dazu führt, dass diese Tätigkeit ab sofort den Maßstab für das Vorliegen einer Berufsunfähigkeit bildet. Entscheidend ist vielmehr die zuletzt „in gesunden Tagen“ ausgeübte Tätigkeit.

*Dr. Volker Nill,  
Carsten Gnewikow, Stuttgart*

## Wirtschaftsstrafrecht

### Das Geschäftsherrenmodell im Korruptionsstrafrecht – § 299 StGB

In seiner bisherigen Fassung schützte § 299 StGB, der die Strafbarkeit der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr regelt, primär den freien, lautereren Wettbewerb. Nur nachrangig ging es um den Schutz des Vermögens des Geschäftsherrn des bestochenen Angestellten. Durch eine Gesetzesreform hat der Gesetzgeber den Korruptionstatbestand des § 299 StGB um das Geschäftsherrenmodell erweitert. Danach machen sich Mitarbeiter schon wegen Bestechlichkeit strafbar, wenn sie Schmiergeld als Gegenleistung für eine Pflichtverletzung gegenüber ihrem Arbeitgeber annehmen. Dies stellt ein erhebliches Risiko sowohl für Mitarbeiter als auch die Unternehmen dar.

#### 1. Die Neuregelung – das Geschäftsherrenmodell

Nach § 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB wird nun unter anderem bestraft, wer „ohne Einwilligung des Unternehmens einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen eine Handlung vornehme oder unterlasse und dadurch seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze.“ In § 299 Abs. 2 Nr. 2 StGB findet sich eine spiegelbildliche Variante für den Bestechenden. Damit werden nun auch Handlungen außerhalb von Wettbewerbslagen unter Strafe gestellt, wenn der Angestellte gegenüber seinem Geschäftsherrn Pflichten verletzt. Diese

Pflichten können sich aus Gesetz und Vertrag ergeben, insbesondere aus unternehmensinternen Richtlinien. Neben dem Schutz des Wettbewerbs wird somit das Interesse des Geschäftsherrn an der loyalen und unbeeinflussten Erfüllung der Pflichten durch seine Angestellten und Beauftragten geschützt. Als Gegenleistung für die Zuwendung kann mithin jede Pflichtverletzung im Zusammenhang mit dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen ausreichen. Willigt der Geschäftsherr ein, kann eine Strafbarkeit entfallen. Wirksam ist eine solche Einwilligung nach der Gesetzesbegründung allerdings nur, wenn der Geschäftsherr umfassend über den Vorgang informiert war und die Einwilligung vor der Tat ohne Willensmängel zustande gekommen ist.

#### 2. Ausblick

Die Erweiterung des § 299 StGB stellt die Praxis vor neue Herausforderungen. Verletzt der Arbeitnehmer unter Annahme eines Vorteils unternehmensinterne Pflichten, kann dies zu einer Strafbarkeit führen. Um dieses Risiko zu minimieren, bedarf es einer gründlichen Überprüfung sowie gegebenenfalls einer Anpassung oder Neuimplementierung unternehmensinterner Richtlinien. Besonderes Augenmerk ist dabei auf Sachverhalte außerhalb von Wettbewerbslagen zu legen, wie etwa die Korruption während der Vertragsanbahnung oder in Bezug auf vertragliche Nebenpflichten. Dabei sollten gerade unternehmensinterne Richtlinien und Prozesse im Umgang mit Lieferanten und Abnehmern außerhalb und im Vorfeld von Wettbewerbssituationen kritisch untersucht werden. Daneben empfiehlt sich die

Durchführung von Mitarbeiterschulungen, um die strafrechtliche Relevanz von Pflichtverletzungen gegenüber dem Unternehmen abzuklären.

*Dr. Alexander Schork, LL.M.,  
Sonja Fingerle, LL.M.,  
Stuttgart*

#### Impressum

BRP Renaud und Partner mbB

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

Savignystraße 43  
60325 Frankfurt  
T +49 69 133734-0  
F +49 69 133734-34

verantwortlicher Redakteur  
Dr. Lars Knickenberg  
Königstraße 28  
70173 Stuttgart

info@brp.de  
www.brp.de

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