

# Mandanteninformation

zu aktuellen Rechtsentwicklungen

Juni 2008

<b>Steuerrecht</b>	2
■ Erbschaftsteuerreform - Übergang von „schädlichem“ Verwaltungsvermögen wird zukünftig teurer	
<b>Gesellschaftsrecht</b>	4
■ Medizinische Versorgungszentren (MVZ) auf dem Vormarsch - Aktuelle Entwicklung unter Berücksichtigung des Vertragsarztrechtsänderungsgesetzes (VÄndG)	
■ Vorsicht bei der Verjährung von Einlageforderungen bei GmbHs - BGH-Rechtsprechung offenbart Risiken bloßer Wortlautauslegung	
■ Neues zur verdeckten Sacheinlage? - Die „Lurgi“- und „Rheinmöve“-Entscheidungen des BGH	
<b>Arbeitsrecht</b>	8
■ Das neue Pflegezeitgesetz - Missbrauchsgefahr inklusive	
■ „Wer hat's erfunden?“- Zum korrekten Umgang mit Arbeitnehmererfindungen	
<b>Vergaberecht</b>	11
■ Kontroverse Rechtsprechung zur Vergabepflicht von Immobiliengeschäften der öffentlichen Hand	
■ Keine Verpflichtung zur Zahlung von Tariflöhnen bei Vergabeverfahren - Tariftreue Regelungen in Niedersachsen europarechtswidrig	
<b>Allgemeine Geschäftsbedingungen</b>	13
■ Vertragsstrafenklauseln in Bauverträgen - 0,3 % pro Werktag zulässig	
<b>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht</b>	14
■ EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken	
<b>Vertragsrecht</b>	15
■ Das neue Versicherungsvertragsgesetz - Auswirkungen der gesetzlichen Neuregelungen für die Praxis	
<b>Kaufrecht</b>	17
■ Wertersatz für die Nutzung von mangelhaften Waren - Kein Anspruch des Verkäufers beim Verbrauchsgüterkauf	
<b>Umweltrecht</b>	18
■ Das Umweltschadensgesetz - Neue Verantwortlichkeiten für ökologische Schäden mit unkalkulierbaren Haftungsrisiken	
<b>In eigener Sache</b>	19

## Erbschaftsteuerreform - Übergang von „schädlichem“ Verwaltungsvermögen wird zukünftig teurer

Ungeachtet der derzeit noch umstrittenen Details nimmt die Reform des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts immer weiter Gestalt an. Mit einem baldigen Inkrafttreten ist zu rechnen.

Für die Übertragung von Unternehmensvermögen sind insbesondere durch die Einführung eines sog. Verschonungsabschlags in Höhe von 85 % weitreichende Entlastungen geplant. Durch den Verschonungsabschlag sollen - sofern ein Unternehmen 15 Jahre fortgeführt und die Arbeitsplätze weitgehend erhalten bleiben - 85 % des übertragenen Unternehmensvermögens steuerfrei bleiben.

Um in den Genuss der Begünstigungen der Reform des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts zu gelangen, muss allerdings **begünstigtes Vermögen** übertragen werden. Hierzu gehören insbesondere:

- Einzelunternehmen,
- Anteile an gewerblichen Personengesellschaften,
- Anteile an inländischen oder europäischen Kapitalgesellschaften, wenn der Schenker oder Erblasser mehr als 25 % der Stimmrechte hat (direkt oder indirekt über Gesellschaftervereinbarungen),
- land- und forstwirtschaftliches Vermögen.

Weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Begünstigungen der Reform des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts ist, dass das Betriebsvermögen der betreffenden Betriebe oder Gesellschaften nicht zu mehr als 50 % aus sog. Verwaltungsvermögen besteht.

Zu diesem „schädlichen“ **Verwaltungsvermögen** gehören vor allem:

- Grundstücke (außer wenn sie im Rahmen einer Betriebsaufspaltung dem Betrieb dienen),
- Anteile an inländischen oder europäischen Kapitalgesellschaften, wenn der Schenker oder Erblasser 25 % der Stimmrechte oder weniger hat,
- Beteiligungen an gewerblichen Personengesellschaften sowie Anteile an Kapitalgesellschaften über 25 %, wenn bei diesen Gesellschaften das schädliche Verwaltungsvermögen 50 % überschreitet,
- Wertpapiere, Kunstgegenstände, wissenschaftliche Sammlungen, Münzen, etc.

Ob das Verwaltungsvermögen die kritische Grenze von 50 % überschreitet, wird anhand der Verkehrswerte entschieden.

Sobald das schädliche Verwaltungsvermögen über 50 % liegt, gilt das gesamte betreffende Unternehmensvermögen als nicht begünstigt.

Folglich kann es sinnvoll sein, Unternehmensvermögen, das überwiegend aus schädlichem Verwaltungsvermögen besteht, noch vor Inkrafttreten der Reform des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts auf die nächste Generation zu übertragen. Nur dann können nämlich auch für dieses schädliche Verwaltungsvermögen der Betriebsvermögensfreibetrag von EUR 225.000,00 (§ 13a Absatz 1 ErbStG) und der noch viel wichtigere Bewertungsabschlag von 35 % (§ 13a Absatz 2 ErbStG) zum Tragen kommen.

Diese auslaufenden Privilegien betreffen vor allem vermögensverwaltende Kapitalgesellschaften, in denen Familien Wertpapiere und Beteiligungen an Kapitalgesellschaften bündeln. Aber auch dort, wo schädliches Verwaltungsvermögen bisher im steuerlichen Privatvermögen gehalten wird, kann die Einlage in ein Betriebsvermögen und die anschließende Übertragung auf die nachfolgende Generation eine Gestaltung sein, mit der Schenkungsteuer in erheblichem Umfang gespart werden kann.

Viel Zeit bleibt für Gestaltungsüberlegungen allerdings nicht mehr: Ob das neue Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht am 1. Juli 2008, am 1. Oktober 2008 oder am 1. Januar 2009 in Kraft tritt, darüber wird politisch noch gestritten. Letztmöglichster Zeitpunkt für das Inkrafttreten ist jedenfalls der 1. Januar 2009, da das Bundesverfassungsgericht diesen Termin vorgegeben hat.

#### Fazit:

Die Reform des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts bringt für Unternehmensvermögen nicht nur Verbesserungen. Passives Vermögen, wie Wertpapiere und Grundstücke, die keinem „lebenden“ Betrieb dienen, wird künftig nicht mehr privilegiert. Besteht ein Betriebsvermögen überwiegend - also zu über 50 % - aus solchem „schädlichen“ Verwaltungsvermögen, so entfällt nach Inkrafttreten der Reform des Erbschaft- und Schenkung-

steuerrechts die Privilegierung für das betreffende Unternehmensvermögen insgesamt. Gerade für Familiengesellschaften, die Wertpapiere verwalten, sollten der noch gültige Bewertungsabschlag von 35 % genutzt und die Übertragung auf die nächste Generation noch vor Inkrafttreten der Reform des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts ins Auge gefasst werden. Wer zu lange wartet, für den kann Nichtstun teuer werden.

**Dr. Michael Oltmanns, LL.M.**, Rechtsanwalt und Steuerberater / **Dr. Holger Kierstein**, Rechtsanwalt

# Medizinische Versorgungszentren (MVZ) auf dem Vormarsch - Aktuelle Entwicklung unter Berücksichtigung des Vertragsarztrechtsänderungsgesetzes (VÄndG)

## 1. Aktueller Entwicklungsstand

Seit dem Inkrafttreten des Gesundheitsmodernisierungsgesetzes (GMG) am 1. Januar 2004 wurden nach den Erhebungen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung (KBV) bundesweit etwa 950 Medizinische Versorgungszentren (MVZ) gegründet. Die Anzahl der MVZ wächst kontinuierlich. Gesetzgeberisches Ziel für die Einführung von MVZ als einen neuen Leistungserbringer im System der gesetzlichen Krankenversicherung war die Verbesserung der Versorgungsstruktur durch eine enge Verzahnung ärztlicher oder nichtärztlicher Leistungserbringer, um den Patienten eine „Versorgung aus einer Hand“ anzubieten. Außerdem sollte die Neuregelung vor allem jungen Ärzten helfen, an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen zu können, ohne die mit einer Praxisgründung verbundenen wirtschaftlichen Risiken eingehen zu müssen.

Die meisten MVZ werden mit (lediglich) zwei Fachgebieten gegründet. Am häufigsten sind Hausärzte, Internisten und Chirurgen beteiligt. Ende 2007 waren laut KBV über 4.000 Ärzte in MVZ tätig, davon etwa 2.850 im Anstellungsverhältnis. Vorwiegend Träger der MVZ sind Vertragsärzte und Krankenhäuser, wobei der Anteil der MVZ in Trägerschaft von Vertragsärzten knapp 60 % beträgt. Die vorwiegend gewählten Rechtsformen für MVZ sind die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die GmbH und die Partnerschaftsgesellschaft.

## 2. Vertragsarztrechtsänderungsgesetz (VÄndG)

Das am 1. Januar 2007 in Kraft getretene Vertragsarztrechtsänderungsgesetz (VÄndG) hat für die MVZ einige praxisrelevante Änderungen gebracht, die im Folgenden näher erläutert werden sollen.

### *Erweiterter Begriff der fachübergreifenden Einrichtung*

§ 95 Abs. 1 SGB V beschreibt MVZ als fachübergreifende ärztlich geleitete Einrichtungen, in denen Ärzte, die in das Arztregister eingetragen sind, als Angestellte oder Vertragsärzte tätig sind.

Das VÄndG erleichtert die Voraussetzungen für die Errichtung einer fachübergreifenden Einrichtung. Danach gilt ein MVZ nunmehr auch dann als fachübergreifend, wenn in ihm Ärzte unterschiedlicher Facharzt- oder Schwerpunktbezeichnungen tätig sind. Ermöglicht wird somit beispielsweise ein sog. „Kopfzentrum“, in dem Ärzte und Zahnärzte zusammenwirken können.

### *Kooperative Leitung des MVZ möglich*

Das MVZ muss unter ärztlicher Leitung stehen. Die ärztliche Leitung trägt die Gesamtverantwortung für das ärztliche Handeln im MVZ. Dies soll vor der Einflussnahme nicht ärztlicher Dritter (z.B. anderer Gründer) auf die medizinische Unabhängigkeit schützen.

Neu ist nach dem VÄndG die Möglichkeit, ein MVZ kooperativ mit einem anderen Berufsträger zu leiten (vgl. § 95 Abs. 1 SGB V). Das heißt, dass die ärztliche Leitung eines MVZ nicht nur fachübergreifend, sondern auch berufsübergreifend bestimmt werden kann.

### *Durchgriffshaftung durch Bürgschaft*

§ 95 Abs. 2 SGB V i.d.F. des VÄndG erschwert die Gründung für in der Rechtsform der juristischen Person des Privatrechts (GmbH oder AG) errichtete MVZ ab dem 1. Januar 2007.

Bei diesen MVZ haben deren Gesellschafter nunmehr für Verbindlichkeiten des MVZ gegenüber den kassenärztlichen Vereinigungen und den Krankenkassen eine selbstschuldnerische Bürgschaft zu übernehmen. Aufgrund der Verbürgung als Selbstschuldner ist die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen. Die Bürgschaft darf betragsmäßig nicht beschränkt und auch nicht befristet werden.

Der Gesetzgeber will durch diese Regelung die juristischen Personen den als Personengesellschaften organisierten MVZ haftungsrechtlich gleich stellen. Die Neuregelung gilt nach richtiger Auffassung jedoch nicht für vor dem 1. Januar 2007 zugelassene MVZ-Trägergesellschaften.

#### *Keine zusätzlichen Vertragsarztzulassungen durch Umwandlung fachübergreifender Gemeinschaftspraxen in MVZ*

Teilweise wurden fachübergreifende Gemeinschaftspraxen in MVZ umgewandelt, um nach fünf Jahren weitere Vertragsarztzulassungen zu generieren (§ 103 Abs. 4a SGB V). Diese Bevorzugung hat der Gesetzgeber durch das VÄndG zum 1. Januar 2007 für die seit diesem Zeitpunkt in einem MVZ tätigen Ärzte beseitigt.

#### *Erweiterte Möglichkeit von Kooperationen*

Das VÄndG hat mit § 33 Abs. 2 Ärzte-Zulassungsverordnung eine weitere praxisrelevante Neuerung gebracht. Nach dieser Vorschrift können alle zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Leistungserbringer eine Berufsausübungsgemeinschaft bilden. Dazu gehört auch das MVZ, das aufgrund einer Zulassung an der Versorgung teilnimmt. Nach der Gesetzesbegründung kann selbst ein in der Rechtsform der GmbH geführtes MVZ eine überörtliche Berufsausübungsgemeinschaft mit allen zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Leistungserbringern eingehen. Die Vielfalt an Kooperationsformen wird durch diese Gestaltungsmöglichkeiten deutlich bereichert. Insbesondere ist an eine engere Verzahnung mit dem stationären Bereich zu denken. Vornehmlich Krankenhausträger können dies als Chance verstehen, um sich verstärkt um die Gründung und vor allem den Betrieb von MVZ zu kümmern.

#### **Fazit:**

Medizinische Versorgungszentren sind weiterhin auf dem Vormarsch und bilden interessante Gestaltungsalternativen im System der gesetzlichen Krankenversicherung. Die durch das VÄndG geforderte Bürgschaftsgestellung durch die Gesellschafter eines in der Rechtsform einer juristischen Person des Privatrechts geführten MVZ führt

zu einer Durchgriffshaftung zu Lasten der Gesellschafter. Die wirtschaftliche Entwicklung des MVZ ist dann besonders genau zu planen und zu beobachten, wenn es sich bei den Gesellschaftern um steuerbegünstigte Körperschaften handelt und ein gewerbliches MVZ unterhalten wird.

**Dr. Oliver Schmidt**, Rechtsanwalt / Fachanwalt für Steuerrecht

# Vorsicht bei der Verjährung von Einlageforderungen bei GmbHs - BGH-Rechtsprechung offenbart Risiken bloßer Wortlautauslegung

Entgegen dem Wortlaut des § 19 Abs. 6 GmbHG können Ansprüche der GmbH auf Einlageleistung auch später als zehn Jahre nach ihrer Entstehung noch nicht verjährt sein. Das hat der Bundesgerichtshof (BGH) im Februar 2008 entschieden. Dem lag folgender Fall zugrunde:

Die Bareinlage des alleinigen Gründers einer GmbH war im Jahr 1989 fällig und an die GmbH gezahlt worden. Die GmbH erwarb in engem sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihrer Gründung mehrfach Gegenstände des bis dahin von ihrem Alleingesellschafter betriebenen Einzelunternehmens. Ferner leistete die GmbH Zahlungen an den Alleingesellschafter zur Begleichung von Rechnungen, die auf diesen persönlich lauteten. Ende des Jahres 2004, mehr als 15 Jahre nach Entstehung der Einlageforderung, reichte der Insolvenzverwalter dieser GmbH Klage gegen deren Alleingesellschafter auf Zahlung der Stammeinlage ein. Der Beklagte berief sich auf Verjährung. Der BGH urteilte: zu Unrecht.

Der Erwerb der Gegenstände des einzelkaufmännischen Unternehmens stellt eine **verdeckte Sacheinlage** und die Zahlung der weiteren Beträge an den Alleingesellschafter ein **verbotenes Hin- und Herzahlen** dar. Die Konsequenz hiervon ist: keine Tilgung der Einlageforderung.

Und: Die Einlageforderung war auch mehr als 15 Jahre nach ihrer Entstehung noch nicht verjährt, obwohl in § 19 Abs. 6 GmbHG geregelt ist, dass der Anspruch der GmbH auf Einlageleistung in zehn Jahren von seiner Entstehung an verjährt. Der Wortlaut dieser Bestimmung könnte also dazu verleiten, voreilig eine Verjährung des Anspruchs anzunehmen, wenn dieser vor mehr als zehn Jahren entstanden ist. Allerdings ist § 19 Abs. 6 GmbHG erst mit dem Verjährungsanpassungsgesetz am 15. Dezember 2004 in Kraft getreten. Für Einlageansprüche, die vor diesem Datum entstanden sind, müssen daher die **Veränderungen der maßgeblichen Verjährungsfristen** sowie **Übergangsbestimmungen** beachtet werden:

Bis zum 1. Januar 2002 verjährten GmbH-Einlageforderungen gemäß § 195 BGB in der damals geltenden Fassung nach **30 Jahren**. Danach galt die **dreijährige** Verjährungsfrist des § 195 BGB in der Fassung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes; diese kürzere Frist wurde grundsätzlich **erst vom 1. Januar 2002 an** berechnet, selbst wenn der Anspruch bereits vor diesem Zeitpunkt fällig geworden war. Bevor diese dreijährige Frist mit Ablauf des 31. Dezember 2004 erstmals effektiv werden konnte, wurde der heute noch geltende § 19 Abs. 6 GmbHG mit seiner zehnjährigen Verjährungsfrist in das GmbH-Gesetz eingefügt. Nach dem Wortlaut der Überleitungsvorschrift (Art. 229 § 12 Abs. 2 Satz 2 EGBGB) ist der Zeitraum, der vor dem 15. Dezember 2004 abgelaufen ist, in diese Zehnjahresfrist einzurechnen. Dann wäre die aus dem Jahr 1989 stammende Einlageforderung wegen Ablaufs der Zehnjahresfrist verjährt. Wiederum ist aber bei der bloßen Wortlautauslegung Vorsicht geboten.

Der BGH hat insoweit entschieden, dass die Übergangsvorschrift verfassungskonform dahin auszulegen ist, dass die **Verjährungsfrist des § 19 Abs. 6 GmbHG für Altfälle frühestens am 1. Januar 2002 beginnt**. Der BGH führt zugunsten dieser Auslegung an, dass auf diese Weise die Rechtslage geschaffen werde, die ohnehin gelten würde, wenn die - nicht völlig durchdachte - Verkürzung der Verjährungsfrist durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz für GmbH-Einlageforderungen von Anfang an nicht auf drei, sondern auf zehn Jahre gelautet hätte. Ferner argumentiert der BGH, dass eine andere Auslegung die betroffenen Gläubiger in verfassungsrechtlich nicht zulässiger Weise unzumutbar benachteiligen würde.

#### Fazit:

Bei der Beurteilung der Verjährung von Einlageforderungen einer GmbH, die vor dem 15. Dezember 2004 entstanden sind, greift eine bloße Überprüfung anhand des Wortlauts der zehnjährigen Verjährungsfrist des § 19 Abs. 6 GmbHG sowie des Wortlauts der anwendbaren Übergangsbestimmung zu kurz.

Nach jüngster höchstrichterlicher Rechtsprechung verjähren selbst Einlageforderungen, die vor mehr als zehn Jahren entstanden sind, frühestens mit Ablauf des 31. Dezember 2011, sofern nicht die ehemals geltende dreißigjährige Verjährungsfrist früher endet.

Hansjörg Frenz, LL.M., Rechtsanwalt

## Neues zur verdeckten Sacheinlage? - Die „Lurgi“- und „Rheinmöve“-Entscheidungen des BGH

Das Thema „Verdeckte Sacheinlage“ bietet fortwährend Anlass zu Diskussionen und beschäftigt immer wieder auch die höchstrichterliche Rechtsprechung, so auch kürzlich in den Fällen „Lurgi“ (BGH, 9. Juli 2007 - II ZR 62/06, ZIP 2007, 1751) und „Rheinmöve“ (BGH, 18. Februar 2008 - II ZR 132/06). Der BGH hatte dabei Gelegenheit, den Anwendungsbereich der verdeckten Sacheinlage näher zu konkretisieren:

Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH liegt eine verdeckte Sacheinlage vor, wenn die gesetzlichen Regeln für Sacheinlagen dadurch unterlaufen werden, dass zwar eine Bareinlage vereinbart wird, die Gesellschaft aber bei wirtschaftlicher Betrachtung von dem Einleger aufgrund eines im Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage abgeschlossenen Gegengeschäfts (oder einer sonstigen Absprache) einen Sachwert erhalten soll. Bei einer solchen Aufspaltung des wirtschaftlich zusammengehörigen Vorgangs in eine Barzeichnung und in ein Erwerbsgeschäft wird der Gesellschaft zwar formal Bargeld als Einlage zugeführt, dieses jedoch im Zusammenhang mit einem zweiten Rechtsgeschäft gegen die Zuführung eines anderen Gegenstandes zurückgewährt, mit dem die Gesellschaft im wirtschaftlichen Ergebnis keine Bar-, sondern eine Sacheinlage erhält.

Rechtsfolge hiervon ist:

- Die Bareinlage ist als nicht wirksam geleistet anzusehen, und der Gesellschafter ist deshalb verpflichtet, den Ausgabebetrag der Anteile (erneut) einzuzahlen.

- Das der Sacheinlage zugrunde liegende schuldrechtliche Austauschgeschäft ist ebenso unwirksam wie das dingliche Vollzugsgeschäft. Die Rückabwicklung des Vertrags hat nach Bereicherungsrecht zu erfolgen, was im Einzelfall zu gravierenden negativen Rechtsfolgen für den Gesellschafter führen kann.

Im Rahmen der beiden Entscheidungen hat der BGH klargestellt, dass die dargestellten Grundsätze der verdeckten Sacheinlage auch für die folgenden Konstellationen gelten:

- im Rahmen einer Kapitalerhöhung, wobei eine Verdrängung auch durch die Vorschriften über die Nachgründung (§§ 52 f. AktG) nicht stattfindet.
- im Fall einer gemischten verdeckten Sacheinlage: Dies betrifft eine Kombination von Sacheinlage und Sachübernahme, die dadurch gekennzeichnet ist, dass der Gesellschafter einen den Betrag seiner Einlageverpflichtung übersteigenden Sachwert zum Teil gegen Gewährung von Anteilen, zum Teil gegen ein sonstiges Entgelt auf die Gesellschaft überträgt. Handelt es sich um eine kraft Parteivereinbarung unteilbare Leistung, so unterliegt das Rechtsgeschäft insgesamt den für Sacheinlagen geltenden Regelungen.

Ferner hat der BGH klargestellt, dass **das Vorliegen eines engen sachlichen und zeitlichen Zusammenhangs keine Voraussetzung für die Anwendung der Grundsätze über die verdeckte Sacheinlage** ist. Ausreichend ist das Bestehen einer Abrede über den Abschluss des verdeckenden Rechtsgeschäfts im Zeitpunkt der Begründung oder Erfüllung der Einlagepflicht mit der Folge des Rückflusses

des Einlagebetrages. Der Einlagenrückfluss selbst muss nicht ausdrücklich vereinbart werden; es genügt die Verabredung eines darauf hinauslaufenden Gegengeschäfts. Ein enger sachlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen Zu- und Rückfluss der Einlage begründet lediglich die Vermutung einer Vorabsprache. Er ist für deren Feststellung nicht konstitutiv.

#### Fazit:

„Lurgi“ und „Rheinmöve“ bestätigen die bisherige Linie des BGH zur verdeckten Sacheinlage. Entgegen einer weit verbreiteten Meinung ist darauf hinzuweisen, dass ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang (oft ist von einer Höchstdauer von sechs Monaten die Rede) zwischen der Übernahme der Einlage und dem gegenläufigen Austauschgeschäft für die Anwendung der

Grundsätze der verdeckten Sacheinlage nicht erforderlich ist. Eine entsprechende Absprache zum Zeitpunkt der Übernahme der Einlage vorausgesetzt, kann auch zu einem späteren Zeitpunkt noch eine verdeckte Sacheinlage vorliegen. Das reine Zuwarten bis zum Ablauf einer „Schamfrist“ birgt demzufolge erhebliche Risiken in sich.

**Dr. Christoph Winkler**, Rechtsanwalt / **Dr. Axel Klumpp**, Rechtsanwalt

## Arbeitsrecht

# Das neue Pflegezeitgesetz - Missbrauchsgefahr inklusive

Am 25. April 2008 hat der Bundesrat dem Gesetz zur Förderung der häuslichen Pflege naher Angehöriger (PflegeZG) zugestimmt. Damit kann die umstrittene Pflegereform zum 1. Juli 2008 in Kraft treten. Das PflegeZG trifft im Wesentlichen folgende arbeitsrechtliche Regelungen:

- Beschäftigte (i.S.d. PflegeZG) haben das Recht, bis zu zehn Arbeitstage der Arbeit fernzubleiben, sofern dies erforderlich ist, um einen akut pflegebedürftigen nahen Angehörigen zu pflegen oder eine bedarfsgerechte Pflege zu organisieren (**kurzzeitige Arbeitsverhinderung**). Zur Inanspruchnahme genügt es, dem Arbeitgeber den Beginn der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung sowie deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen. Nur auf Verlangen muss eine ärztliche Bescheinigung über die Pflegebedürftigkeit und Erforderlichkeit der Pflege vorgelegt werden.
- Darüber hinaus haben Beschäftigte Anspruch, von der Arbeit vollständig oder teilweise freigestellt zu werden, wenn sie einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung pflegen (**Pflegezeit**). Die Pflegezeit muss spätestens zehn Arbeitstage vor ihrem Beginn unter Vorlage einer Bescheinigung der Pflegekasse oder des Medizinischen Dienstes schriftlich angekündigt werden. Die Höchstdauer der Pflegezeit beträgt für jeden pflegebedürftigen nahen Angehörigen sechs Monate.
- Von der Ankündigung bis zur Beendigung der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung bzw. der Pflegezeit darf der Arbeitgeber das Beschäftigungsverhältnis **nur noch mit behördlicher Genehmigung kündigen**.
- Der Begriff des nahen Angehörigen ist sehr weit gefasst. Hierzu gehören Großeltern, Eltern, Schwiegereltern, Ehegatten, Lebenspartner, Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft, Geschwister sowie Kinder, Adoptiv- oder Pflegekinder, die Kinder, Adoptiv- oder Pflegekinder des Ehegatten oder des Lebenspartners, Schwiegerkinder und Enkelkinder.

- Als „Beschäftigte“ werden im Rahmen des PflegeZG nicht nur Arbeitnehmer und Auszubildende, sondern auch arbeitnehmerähnliche Personen angesehen. Bei arbeitnehmerähnlichen Personen handelt es sich um Selbstständige, die aufgrund ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit einem Arbeitnehmer vergleichbar sozial schutzbedürftig sind.

Sowohl bei der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung als auch bei der Pflegezeit handelt es sich um eine **unbezahlte Freistellung** durch den Arbeitgeber. Bei der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung kann sich eine Entgeltfortzahlungspflicht jedoch „aus anderen gesetzlichen Vorschriften“ (insbesondere aus § 616 BGB) ergeben.

Die Auswirkungen von kurzzeitiger Arbeitsverhinderung und Pflegezeit sind für den Arbeitgeber erheblich. Insbesondere beinhalten die Regelungen des PflegeZG - so sinnvoll sie im Einzelfall auch sein mögen - eine **gewisse Missbrauchsgefahr**. Die Regelung zum Sonderkündigungsschutz kann dazu führen, dass sich Arbeitnehmer

oder arbeitnehmerähnliche Personen, die einen Pflegebedürftigen in der Verwandtschaft haben, vorübergehend (etwa dann, wenn das Arbeitsverhältnis in der Krise ist) eine mit Mutterschutz, Elternzeit oder Schwerbehinderung vergleichbare Bestandssicherung verschaffen. Im Rahmen der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung **reicht schon eine voraussichtliche Pflegebedürftigkeit** des Angehörigen zur Anspruchs begründung aus. Der besondere Kündigungsschutz besteht ab dem Zeitpunkt der Ankündigung der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung bzw. der Pflegezeit und unabhängig von der sechsmonatigen Wartezeit des KSchG oder einer Probezeit. Wann eine „Ankündigung“ im Sinne des PflegeZG vorliegt, erläutert das Gesetz allerdings nicht.

Die Pflegezeit kann auch lediglich teilweise genommen werden. Eine Teilzeitpflege löst ebenfalls den absoluten Kündigungsschutz aus, und zwar selbst dann, wenn sie nur eine Stunde am Tag beträgt.

#### Fazit:

Das PflegeZG erweitert die Arbeitnehmerrechte erheblich. In der Arbeitsvertragsgestaltung kann § 616 BGB abbedungen werden, um die Vergütungspflicht bei der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung auszuschließen. Darüber hinaus ist stets zu prüfen, ob eine Befristung des Arbeitsvertrags für die Dauer einer vereinbarten Probe-

zeit in Betracht kommt. Durch die Befristung kann das Risiko begrenzt werden, dass sich Arbeitnehmer durch die Inanspruchnahme von Pflegezeit oder kurzzeitiger Arbeitsverhinderung in den allgemeinen Kündigungsschutz „retten“.

Lars Kuchenbecker, Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht / Sebastian Mohr, Rechtsanwalt

## „Wer hat’s erfunden?“ - Zum korrekten Umgang mit Arbeitnehmererfindungen

Die große praktische Bedeutung des Arbeitnehmererfindungsrechts zeigt sich daran, dass mittlerweile ca. 80 bis 90 % der im Inland eingereichten Patentanmeldungen auf Erfindungen von Arbeitnehmern zurückgehen. In der betrieblichen Praxis erfährt das **Arbeitnehmererfindungsrecht** häufig dennoch eine recht **stiefmütterliche Behandlung**. Dies ist riskant. Fehler in diesem Bereich können für den Arbeitgeber erhebliche nachteilige Konsequenzen haben.

Das Arbeitnehmererfindungsgesetz (ArbNErfG) dient insbesondere der rechtlichen Zuordnung der vom Arbeitnehmer entwickelten patent- oder Gebrauchsmusterfähigen Dienstleistungen. Während diese nach patentrechtlicher Betrachtung dem Arbeitnehmer als „geistigem Urheber“ seiner technischen Neuerung zugewiesen werden, stehen arbeitsrechtlich grundsätzlich alle Arbeitsergebnisse entschädigungslos dem Arbeitgeber zu.

Das ArbNErfG löst diesen Widerspruch, indem es zu Gunsten des Arbeitgebers die **Möglichkeit der Inanspruchnahme** der Erfindung gegen **Zahlung einer angemessenen Vergütung** an den Arbeitnehmer vorsieht.

Im Interesse der Rechtsklarheit sowie einer möglichst raschen Zuordnung der Erfindung zum Arbeitgeber oder Arbeitnehmer sieht das ArbNErfG ein für jede einzelne Erfindung zu beachtendes form- und fristgebundenes Verfahren vor. So hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die Erfindung unverzüglich nach Fertigstellung **schriftlich zu melden**. Der Arbeitgeber hat dann seinerseits **vier Monate Zeit**, um zu entscheiden, ob er die Erfindung in Anspruch nehmen will. Die Inanspruchnahme bedarf der Schriftform. Ein Fristversäumnis führt automatisch zum Freiwerden der Erfindung mit der Folge, dass diese nicht mehr wirksam vom Arbeitgeber einseitig für sich in Anspruch genommen werden kann. Die Erfindung steht vielmehr uneingeschränkt dem Arbeitnehmer zu, der sie insbesondere verwerten und ihre Nutzung durch Dritte, d.h. auch durch den Arbeitgeber, untersagen kann.

Dieses gesetzlich vorgesehene Verfahren wird **in der Praxis** jedoch oftmals (und zwar regelmäßig von beiden Seiten) **nicht beachtet**. Es stellt sich daher häufig die Frage nach der rechtlichen Zuordnung der Erfindung, insbesondere wenn weder der Arbeitnehmer die Erfindung ordnungsgemäß gemeldet hat noch eine formwirksame Inanspruchnahme der Erfindung durch den Arbeitgeber vorliegt, dieser die Erfindung aber nutzt und häufig auch zum Patent angemeldet hat.

**Die Konsequenzen** eines solchen beiderseitigen Verstoßes **treffen in erster Linie den Arbeitgeber**. Denn nach Auffassung des BGH beginnt die viermonatige Inanspruchnahmefrist auch ohne schriftliche Erfindermeldung des Arbeitnehmers jedenfalls dann zu laufen, wenn der Arbeitgeber die Erfindung zum Patent anmeldet und damit zeigt, dass er auch ohne die gesetzlich vorgesehene Erfindermeldung über alle wesentlichen Informationen hinsichtlich der Erfindung verfügt. Versäumt es der Arbeitgeber dann aber, die Erfindung innerhalb von vier Monaten nach der Patentanmeldung schriftlich gegenüber dem Arbeitnehmer in Anspruch zu nehmen, wird die Erfindung frei und steht mitsamt angemeldeten und/oder erteilten Patenten uneingeschränkt dem Arbeitnehmer zu. Hier ist der BGH ungnädig. Eine Inanspruchnahme des Arbeitgebers, die nicht der Schriftform genügt, ist unwirksam, so dass insbesondere die bloße Nutzung der Erfindung durch den Arbeitgeber keine wirksame Inanspruchnahme darstellt.

Ist die Erfindung freigeworden, hat der Arbeitnehmer das Recht, die Umschreibung des Patentregisters zu verlangen und sie sodann zu verwerten, z.B. an Dritte zu lizenzieren und dem Arbeitgeber ihre Nutzung zu untersagen. Darüber hinaus können ihm Bereicherungs- und Schadensersatzansprüche gegen den Arbeitgeber zustehen. Eine (nachträgliche) Übertragung der Erfindung auf den Arbeitgeber ist in diesem Fall nur im Einvernehmen mit dem Arbeitnehmer (gegen Zahlung einer angemessenen Vergütung) möglich.

#### Fazit:

Dienstervfindungen eines Arbeitnehmers stehen dem Arbeitgeber nur zu, wenn dieser die Erfindung wirksam innerhalb einer bestimmten Frist in Anspruch genommen hat, wobei diese Frist nach der Rechtsprechung des BGH auch ohne schriftliche Meldung des Arbeitnehmers dann zu laufen beginnt, wenn der Arbeitgeber die Erfindung zum Patent anmeldet.

Vor diesem Hintergrund ist zu empfehlen, im Unternehmen ein einheitliches Verfahren zur Meldung und Inan-

spruchnahme von Dienstervfindungen zu installieren, um so das ungewollte Freiwerden von Arbeitnehmererfindungen zu vermeiden.

Falls zu befürchten ist, dass Arbeitnehmererfindungen aufgrund nicht ordnungsgemäßer Inanspruchnahme in der Vergangenheit frei geworden sind, ist der Abschluss von Vereinbarungen zur Übertragung dieser Erfindungen auf das Unternehmen zu erwägen.

**Robert Elhardt**, Rechtsanwalt / **Julia Schneider**, Rechtsanwältin

## Kontroverse Rechtsprechung zur Vergabepflicht von Immobiliengeschäften der öffentlichen Hand

In der letzten Ausgabe unserer Mandanteninformation im November 2007 hatten wir über die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf berichtet, das vor dem Hintergrund verschiedener Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (insbesondere EuGH, Urteil vom 18. Januar 2007 i.S. Roanne) in mehreren Fällen die Veräußerung von Grundstücken der öffentlichen Hand als vergabepflichtigen Vorgang bewertete, da die öffentliche Hand dem Grundstückserwerber verpflichtende Vorgaben hinsichtlich der Errichtung von Bauwerken gemäß den von der öffentlichen Hand genannten Erfordernissen gemacht hatte.

Zwischenzeitlich gibt es weitere Entscheidungen von Vergabekammern und Oberlandesgerichten, die teilweise abweichend vom OLG Düsseldorf eine Vergabepflicht nur annehmen, wenn das Bauvorhaben des Investors - zumindest in einem weiten Sinne - der Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand dient (so u.a. Vergabekammer Brandenburg; 2. Vergabekammer des Landes Hessen, sowie Vergabekammer Baden-Württemberg). Dagegen hat das OLG Düsseldorf in weiteren Entscheidungen seine bisherige Rechtsprechung bekräftigt und ist in dieser Rechtsauffassung im Wesentlichen vom OLG Bremen bestätigt worden. In einem obiter dictum hat sich schließlich das OLG München zum Verhältnis von Vergabe- und Städtebaurecht geäußert und scheint der Städteplanung als Kernbereich der verfassungsrechtlich geschützten kommunalen Selbstverwaltung (Art. 8 Abs. 2 GG) Vorrang einzuräumen.

Auch der Gesetzgeber nimmt sich des Themas an. In dem vom Kabinett am 21. Mai 2008 beschlossenen Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts ist eine Änderung des Wortlauts von § 99 Abs. 3 GWB im Hinblick auf die Definition des Begriffs „Bauftrag“ vor-

gesehen. Offensichtlich als Reaktion auf die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, wonach es für die Vergabepflichtigkeit von Immobiliengeschäften der öffentlichen Hand nicht darauf ankommt, ob diese mit dem Immobiliengeschäft einen eigenen Beschaffungsbedarf decken will, soll nach dem Gesetzentwurf künftig in § 99 Abs. 3 GWB die Ergänzung „für den öffentlichen Auftraggeber“ aufgenommen werden, wohl um zu dokumentieren, dass nach Auffassung des Bundesgesetzgebers ein konkreter Beschaffungsbedarf doch Voraussetzung für die Vergabepflicht ist. Ob diese Sichtweise allerdings europarechtlichen Vorgaben genügt (die Begriffsdefinition in Art. 1 Abs. 2 lit. b) der Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge spricht insofern lediglich davon, dass Bauleistungen „gemäß den von öffentlichen Auftraggebern genannten Erfordernissen“ durch Dritte erbracht werden), bleibt abzuwarten.

### Fazit:

Das OLG Düsseldorf hat mit seinen Entscheidungen in Deutschland eine Diskussion angestoßen, deren Ende noch nicht absehbar ist. Nach heutigem Stand kann jedenfalls festgehalten werden, dass trotz einer zwischenzeitlich ergangenen Reihe von teilweise abweichenden Entscheidungen von Vergabekammern noch keine „Entwarnung“ gegeben werden kann und alle Beteiligten - öffentliche Hand und private Investoren - bis auf Weiteres gut beraten sind, anstehende Immobiliengeschäfte kritisch auf ihre Vergabepflichtigkeit zu überprüfen, um sich nicht dem Risiko der Nichtigkeit der Verträge auszusetzen.

**Dr. Beatrice Fabry**, Rechtsanwältin

# Keine Verpflichtung zur Zahlung von Tariflöhnen bei Vergabeverfahren - Tariftreueregelungen in Niedersachsen europarechtswidrig

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat mit Urteil vom 3. April 2008 entschieden, dass die Bestimmungen des Niedersächsischen Landesvergabegesetzes (LVergabeG), die den Auftragnehmer zur Zahlung eines am Ausführungsort tarifvertraglich festgelegten Entgelts sowie zur Durchsetzung dieser Verpflichtung gegenüber Nachunternehmern verpflichten, europarechtswidrig ist.

Die Entscheidung des EuGH erfolgte auf Vorlage eines Zivilsenats des OLG Celle. Dieser hatte über die Zulässigkeit einer Vertragsstrafe zu entscheiden, die ein im Rahmen eines Vergabeverfahrens beauftragtes Unternehmen zahlen sollte, nachdem ein ausländischer Nachunternehmer unter den Tariflöhnen liegende Entgelte gezahlt hatte. In dem vorausgegangenem Vergabeverfahren hatte sich das Unternehmen entsprechend den Vorgaben des LVergabeG verpflichtet, seinen Angestellten mindestens Tariflöhne zu zahlen und dies auch gegenüber seinen Nachunternehmern durchzusetzen. Für den Fall eines Verstoßes gegen diese Verpflichtungen war die Zahlung einer Vertragsstrafe vereinbart worden. Diese Vertragsbestimmungen waren im Rahmen des Vergabeverfahrens vom öffentlichen Auftraggeber vorgegeben worden und - den Bestimmungen für die Vergabe im Offenen Verfahren entsprechend - nicht verhandelbar. Nach Auffassung des Zivilsenats des OLG Celle verstoßen die Vorgaben des LVergabeG zur Tariftreue gegen die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EGV, weshalb die hierauf basierenden und vom Auftraggeber vorgegebenen vertraglichen Bestimmungen als Allgemeine Geschäftsbedingungen gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam sind.

Der EuGH folgt der Auffassung des OLG Celle und stellt in seiner Entscheidung fest, dass die Tariftreueregelungen des LVergabeG, welche Unternehmen bei öffentlichen Aufträgen zur Zahlung von Tariflöhnen verpflichten, weder mit dem Grundsatz des freien Dienstleistungsver-

kehr nach Art. 49 EGV noch mit den Bestimmungen der EU-Richtlinie 96/71 über die Entsendung von Arbeitnehmern vereinbar sind. Das Gericht führt hierzu aus, dass das LVergabeG ausländische Unternehmen zur Zahlung von Tariflöhnen verpflichte, ohne dass diese Tariflöhne entsprechend den Vorgaben der EU-Richtlinie 96/71 sowie des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes für allgemeinverbindlich erklärt wurden. Zudem erstrecke sich das LVergabeG nur auf öffentliche Aufträge, die lediglich einen geringen Teil aller Aufträge umfassen, was der Rechtfertigung der Tariftreuebestimmungen des LVergabeG unter Hinweis auf das Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer entgegenstehe.

## Fazit:

Die - außer in Niedersachsen auch in etlichen weiteren Bundesländern wie z.B. Bayern, Berlin, Hessen, dem Saarland oder Schleswig-Holstein bestehenden - Tariftreuegesetze, die von Unternehmen die Zahlung örtlicher Tariflöhne bei der Erbringung öffentlicher Aufträge verlangen, können bei zukünftigen Vergabeverfahren nach diesem EuGH-Urteil nicht mehr zur Anwendung gelangen, und ihre Anwendung wurde in den meisten Bundesländern deshalb bereits ausgesetzt. Nur dann, wenn Tariflöhne für allgemeinverbindlich erklärt wurden, wird ihre Zahlung künftig noch vorgegeben werden können. Soweit in bereits abgeschlossenen Verträgen derartige Tariftreuebestimmungen enthalten sind, dürften diese unwirksam sein, soweit sie als Allgemeine Geschäftsbedingungen anzusehen sind.

**Dr. Karsten Kayser**, Rechtsanwalt

## Vertragsstrafenklauseln in Bauverträgen - 0,3 % pro Werktag zulässig

In Bauverträgen kann für den Fall, dass der Vertragspartner seine vertraglich geschuldete Leistung nicht oder nicht rechtzeitig erbringt, eine Vertragsstrafe vereinbart werden. Nach ständiger Rechtsprechung wird die Vertragsstrafenklausel, die klar und unmissverständlich formuliert sein muss, dabei auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) von Bauverträgen als grundsätzlich zulässig angesehen. Jedoch verbieten die Bestimmungen der §§ 305 ff. BGB formularmäßige Vertragsstrafenversprechen dann, wenn eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners oder ein Verstoß gegen Treu und Glauben anzunehmen ist. So ist von der Nichtigkeit einer Vertragsstrafenklausel in AGB auszugehen, wenn die Vertragsstrafe unangemessen hoch ist, also ein unangemessen hoher Tagessatz oder eine unangemessen hohe Gesamtstrafe vereinbart wurden. Im Hinblick auf die Angemessenheit der Vertragsstrafe ist zwar stets auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen. Gleichwohl hat der BGH hierzu grundlegende Ausführungen gemacht und im Hinblick auf die **Obergrenze** bereits im Jahre 2003 entschieden, dass eine in AGB enthaltene Vertragsstrafenklausel den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt, wenn sie eine Höchstgrenze von **5 % der Auftragssumme** überschreitet.

Hinsichtlich der **Höhe des zulässigerweise zu vereinbarenden Tagessatzes** herrschte zuletzt häufig Unsicherheit bei der Vertragsgestaltung. Vertragsstrafen werden in der Regel nach Tagen bemessen, wobei die Anknüpfung an Kalendertage (jeder Kalendertag, einschließlich Sonn- und Feiertage), Werktagen (Kalendertage mit Ausnahme der Sonn- und Feiertage, also einschließlich Samstage) oder Arbeitstage (Kalendertage mit Ausnahme der Samstage, Sonn- und Feiertage) erfolgen kann. Diese verschiedenen Regelungsmöglichkeiten führten zu einer sich teilweise widersprechenden Urteilspraxis der Oberlandesgerichte. So hatte das OLG Dresden eine Vertragsstrafe von 0,3 % **pro Kalendertag** und das Schleswig-Holsteinische OLG sogar eine Vertragsstrafe von 0,3 % **pro Werktag** als unangemessen und daher unwirksam angesehen.

Vor diesem Hintergrund musste der BGH entscheiden, ob ein Tagessatz von 0,3 % pro Werktag, also umgerechnet 0,36 % pro Arbeitstag, in AGB wirksam vereinbart werden kann. Angesichts der Höchstgrenze von 5 % der Auftragssumme würde dies dazu führen, dass der Auftragnehmer die vollständige Vertragsstrafe bereits bei einem Verzug von 14 Arbeitstagen verwirkt hätte. Mit Urteil vom 6. Dezember 2007 stellte der BGH klar, dass eine in den AGB vereinbarte Klausel, wonach der Auftragnehmer für den Fall, dass er mit der Fertigstellung des Bauvorhabens in Verzug gerät, eine Vertragsstrafe in Höhe von **0,3 % pro Werktag** zu zahlen hat, den Auftragnehmer nicht unangemessen benachteiligt und daher wirksam vereinbart werden kann.

Um nicht gegen das Transparenzgebot zu verstoßen und damit die Unwirksamkeit einer Vertragsstrafenklausel herbeizuführen, ist bei der Vereinbarung der Vertragsstrafe zusätzlich auf die Verwendung einer **einheitlichen Bezugsgröße** zu achten. So sollten sich sowohl der Tagessatz als auch die Obergrenze eindeutig auf eine Bemessungsgrundlage, etwa die Auftragssumme oder die Schlussrechnungssumme, beziehen.

### Fazit:

Eine Klausel in den AGB des Auftraggebers, wonach der Auftragnehmer im Falle des Verzugs eine Vertragsstrafe von **0,3 % pro Werktag** zu zahlen hat, benachteiligt diesen nicht unangemessen und kann daher wirksam vereinbart werden. Zusätzlich ist jedoch eine Obergrenze der Vertragsstrafe zu vereinbaren, die **5 % der Auftragssumme** nicht überschreiten darf. Schließlich ist darauf zu achten, dass nicht nur hinsichtlich des Tagessatzes, sondern auch im Hinblick auf die Obergrenze eine **einheitliche Bezugsgröße** festgelegt wird.

Katja Wahl, Rechtsanwältin

## EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken

Nachdem das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) bereits im Jahr 2004 grundlegend geändert wurde, steht derzeit die nächste Herausforderung für den deutschen Gesetzgeber im Hinblick auf das Wettbewerbsrecht an. Die am 12. Juni 2005 in Kraft getretene Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken der Europäischen Union ist in deutsches Recht umzusetzen.

Was ist der Hintergrund der Richtlinie? Die Richtlinie ist vom **Verbraucherschutz** motiviert und soll einen entscheidenden Beitrag zur Gewährung eines hohen Verbraucherschutzniveaus leisten. Sie betrifft Vertriebs- und Werbemaßnahmen von Unternehmen gegenüber Verbrauchern. Ein Schutz von Mitbewerbern ist mit der Richtlinie nicht beabsichtigt. Ferner bezweckt die Richtlinie eine **Vollharmonisierung** der verbraucherschützenden lauterkeitsrechtlichen Regeln in allen Mitgliedsstaaten, um das Vertrauen in den Binnenmarkt zu stärken und aktuell noch aufgrund unterschiedlicher nationaler Regeln bestehende Hemmnisse für den grenzüberschreitenden Dienstleistungs- und Warenverkehr abzubauen.

Was regelt die Richtlinie? Sinn und Zweck der Regelungen ist der Schutz von Verbrauchern vor - wie der Name schon sagt - unlauteren Geschäftspraktiken. Kernstück der Richtlinie ist das allgemeine **Verbot unlauterer Geschäftspraktiken** in Art. 5 (Generalklausel). Dabei wird zwischen **irreführenden** und **aggressiven** Geschäftspraktiken unterschieden. In den Artikeln 6 bis 9 finden sich Konkretisierungen der Generalklausel. Die Richtlinie enthält in Anhang I eine konkrete Aufzählung von 31 Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als wettbewerbswidrig gelten (sog. „**Black List**“). In einigen Punkten sieht die Richtlinie sogar eine Verschärfung des derzeit geltenden Wettbewerbsrechts vor.

So ist beispielsweise der unmittelbare Kaufappell an Kinder in der Werbung bislang nicht per se wettbewerbswidrig. Vielmehr müssen besondere Umstände wie zum Beispiel ein unangemessener unsachlicher Einfluss hinzukommen, die die Werbung unlauter machen.

Nach der „Black List“ ist aber bereits allein der unmittelbare Appell an Kinder schon als Wettbewerbsverstoß anzusehen.

Die den nationalen Gesetzgebern vorgegebene **Umsetzungsfrist** ist im Dezember 2007 in Deutschland ergebnislos **abgelaufen**. Die EU-Kommission hat daher gegen die Bundesrepublik Deutschland ein Verfahren eingeleitet. Nachdem lange Zeit lediglich ein Referentenentwurf aus dem Justizministerium für ein Gesetz zur Änderung des UWG vorlag, hat das Bundeskabinett nunmehr am 21. Mai 2008 einen Gesetzesentwurf zur Änderung des UWG beschlossen.

Nunmehr stellt sich nach Ablauf der Umsetzungsfrist vor allem die Frage, wie sich das UWG und die Richtlinie zueinander verhalten. **Das UWG gilt bis zur Umsetzung der Richtlinie unverändert weiter und ist von den Unternehmen bei der Werbung nach wie vor zu beachten**. Die Richtlinie entfaltet keine unmittelbare Wirkung gegenüber den Unternehmen und Verbrauchern. Sie muss erst in nationales Recht umgesetzt werden. Gleichwohl haben die Gerichte im Falle wettbewerbsrechtlicher Streitigkeiten bei der Anwendung des UWG in der aktuellen Fassung eine **richtlinienkonforme Auslegung** vorzunehmen. Falsch ist daher die aktuell nicht selten zu lesende und die Unternehmen verunsichernde Aussage mancher Branchenbriefe und Newsletter, das deutsche UWG sei nunmehr in weiten Teilen nicht mehr anwendbar.

### Fazit:

Die EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken ist bereits im Jahr 2005 in Kraft getreten, wurde aber vom deutschen Gesetzgeber trotz entsprechender Vorgaben bisher (noch) nicht in nationales Recht umgesetzt. Mit einer Umsetzung ist bis Ende 2008 zu rechnen. Bei der Gestaltung von Werbungen ist die Richtlinie jedoch bereits heute zu beachten und bei der rechtlichen Prüfung der beabsichtigten Werbung mit einzubeziehen.

**Manfred Hammer, LL.M.**, Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz /  
**Dr. Matthias Schröder**, Rechtsanwalt

# Das neue Versicherungsvertragsgesetz - Auswirkungen der gesetzlichen Neuregelungen für die Praxis

Das Versicherungsvertragsgesetz (im Folgenden: **VVG**) regelt die vertraglichen Beziehungen zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer (im Folgenden: **VN**). Mit dem **Inkrafttreten des neuen VVG am 1. Januar 2008** sind grundlegende Änderungen verbunden, die vor allem die Stellung des VN verbessern sollen.

## I. Geringe Veränderungen bei der Versicherung von Großrisiken und der laufenden Versicherung

Wie bisher werden **Großrisiken von den Beschränkungen der Vertragsfreiheit ausgenommen**, so dass den Vertragsparteien auch ein Abweichen von den zwingenden Bestimmungen möglich ist (vgl. § 210 VVG).

Dasselbe gilt nunmehr auch für die sog. **laufende Versicherung**.

## II. Änderungen bei der Versicherung von Normalrisiken

Im Wesentlichen gelten seit dem 1. Januar 2008 folgende Neuerungen für Versicherungsverträge über Normalrisiken:

### 1. Beratungs- und Dokumentationspflicht des Versicherers (§ 6 VVG)

- Es besteht eine Verpflichtung des Versicherers zur Beratung des VN **vor und während des Versicherungsvertrages** bei erkennbarem Beratungsbedarf des VN.
- Bei schuldhafter Verletzung der Beratungspflicht besteht eine **Schadensersatzpflicht des Versicherers**, etwa wenn der VN infolge der fehlenden oder unzureichenden Beratung ein Risiko nicht bzw. nicht ausreichend versichert hat.
- Die Beratungs- und Dokumentationspflicht des Versicherers **entfällt** u.a. bei der **Vermittlung durch einen Versicherungsmakler** und bei **Fernabsatzverträgen**.

### 2. Informationspflichten des Versicherers (§ 7 VVG)

- Der Versicherer muss dem VN grundsätzlich **vor Abgabe von dessen Vertragserklärung** die Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Versicherungsbedingungen **in Textform** aushändigen.
- Die Informationspflicht gilt nunmehr **auch gegenüber juristischen Personen** als VN.
- Rechtsfolgen einer fehlenden oder unzureichenden Information durch den Versicherer sind ein **zeitlich unbegrenztes Widerrufsrecht des VN** sowie - bei schuldhaftem Verhalten - eine **Schadensersatzpflicht des Versicherers**.

### 3. Einschränkung der Leistungsfreiheit des Versicherers bei Fehlverhalten des VN

- Das sog. „**Alles-oder-Nichts**“-Prinzip bei grob fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalls durch den VN **wurde abgeschafft**. Stattdessen erfolgt eine **anteilige Kürzung der Leistungspflicht** des Versicherers nach dem Grad des Verschuldens des VN.
- Die Leistungsfreiheit des Versicherers bei Vorsatz des VN und die vollständige Leistungspflicht des Versicherers bei einfacher Fahrlässigkeit des VN bleiben unverändert bestehen.

### 4. Vorvertragliche Anzeigepflichten des VN

- Der VN ist nach neuer Rechtslage grundsätzlich nur noch **bis zur Abgabe seiner Vertragserklärung** verpflichtet, dem Versicherer **bestehende Gefahrumstände** anzuzeigen (§ 19 Abs. 1 VVG). Eine **unabhängige Nachmeldepflicht des VN** besteht damit nicht mehr.

- Die Anzeigepflicht für bestehende Gefahren erstreckt sich nur auf solche Umstände, **nach denen der Versicherer den VN in Textform gefragt hat** (§ 19 Abs. 1 VVG).
- Eine Anzeigepflicht des VN besteht, wenn **nach der Abgabe der Vertragserklärung eine Gefahrerhöhung eintritt** (§ 23 Abs. 2 VVG).

#### 5. Teilbarkeit der Versicherungsprämie bei vorzeitiger Vertragsbeendigung

- Entgegen der bisherigen Praxis schuldet der VN bei vorzeitiger Beendigung des Versicherungsvertrages nicht mehr die volle Jahresprämie, sondern nur noch die **anteilige Prämie bis zum Eintritt der Leistungsfreiheit** (§ 39 VVG).
- Dem VN steht damit ein **anteiliger Rückzahlungsanspruch gegen den Versicherer** zu, soweit er mit der Prämienzahlung über den Zeitpunkt der Leistungsfreiheit des Versicherers hinaus in Vorleistung getreten ist (§ 39 Abs. 2 VVG).

#### 6. Sonderkündigungsrecht des VN

- Der Versicherungsvertrag kann nunmehr **nur noch für drei Jahre unkündbar abgeschlossen werden**. Der VN kann den Versicherungsvertrag zum Ende des dritten und jedes darauffolgenden Jahres mit einer **Frist von drei Monaten** kündigen (§ 11 Abs. 4 VVG).

- Sonderregelungen bestehen für die Lebensversicherung (§§ 166, 168 VVG), die Krankenversicherung (§§ 205 f. VVG) und die Berufsunfähigkeitsversicherung (§ 176 VVG).

#### 7. Verjährung

- Statt der bisherigen zweijährigen Regelverjährung gilt nunmehr für Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag **die dreijährige Regelverjährung nach § 195 BGB**.

- Die bislang geltende **Ausschlussfrist für die Geltendmachung von Ansprüchen des VN innerhalb von sechs Monaten** nach der schriftlichen Ablehnung der Eintrittspflicht durch den Versicherer **wurde abgeschafft**.

#### 8. Gerichtsstand

- Bei **natürlichen Personen** als VN ist zukünftig das **Gericht am Wohnsitz des VN** für seine Klagen aus dem Versicherungsvertrag oder dem Versicherungsvermittlungsvertrag alternativ und **bei Klagen gegen den VN ausschließlich zuständig** (§ 215 Abs. 1 VVG).
- **Juristische Personen** als VN können dagegen zukünftig ihre Ansprüche **nur noch am Sitz bzw. am Ort der Niederlassung des Versicherers** geltend machen, da die bisher mögliche Klage am Sitz des Versicherungsvertreeters (§ 48 VVG a.F.) entfallen ist.

#### Fazit:

Für die **Versicherung von Großrisiken** und im Rahmen der sog. **laufenden Versicherung** ergeben sich durch das neue VVG **nur geringe Veränderungen**.

Bei der **Versicherung von Normalrisiken** hat das neue VVG dagegen eine **Vielzahl von Änderungen** gebracht, die sich **auch unmittelbar auf den Versicherungsschutz**

**kleinerer und mittlerer Unternehmen** auswirken können. Insbesondere bei der Absicherung von Großrisiken und in der laufenden Versicherung haben die Vertragsparteien **umfassende Gestaltungsmöglichkeiten**, weshalb dem VN zu empfehlen ist, den jeweiligen **Versicherungsvertrag vor dessen Abschluss rechtlich überprüfen zu lassen**.

Dr. Thomas Klingelhöfer, Rechtsanwalt

## Wertersatz für die Nutzung von mangelhaften Waren - Kein Anspruch des Verkäufers beim Verbrauchsgüterkauf

Wenn der Verkäufer ein mangelhaftes Produkt liefert, kann der Käufer zunächst die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung eines mangelfreien Produkts verlangen. Nach **deutschem Recht** kann der Verkäufer die Ersatzlieferung von der Rückgabe der mangelhaften Sache abhängig machen, wobei die Rückgabe auch den **Wert der Gebrauchsvorteile** umfasst, die der Käufer bis zur Ersatzlieferung hatte. Der Käufer muss sich also eine Art **Abzug „Neu für Alt“** gefallen lassen, wenn er aufgrund eines Mangels neue Ware erhält.

Vor diesem Hintergrund war der Bundesgerichtshof der Auffassung, dass ein Versandhaus von einer Kundin Wertersatz für die Vorteile verlangen kann, die sie aus der Nutzung eines mangelhaften Herds bis zu dessen Rückgabe gezogen hatte. Die Kundin hatte den Herd nahezu eineinhalb Jahre im Gebrauch, als sich herausstellte, dass sich die Emaille-Schicht des Herds löste. Da eine Reparatur nicht möglich war, gab die Kundin den Herd an das Versandhaus zurück und erhielt ein Ersatzgerät. Das Versandhaus verlangte rund EUR 70,00 als Wertersatz für die Gebrauchsvorteile. Dagegen wehrte sich die Kundin mithilfe des Bundesverbands der Verbraucherzentralen.

Der Bundesgerichtshof hatte Bedenken, ob die deutsche gesetzliche Regelung mit den **europarechtlichen Vorgaben zum Verbrauchsgüterkauf** vereinbar ist, weil Verbraucher möglicherweise Abstand von der Geltendmachung ihrer Mängelrechte nehmen könnten, da sie die Voraussetzungen und Höhe des Wertersatzes nur schwer einschätzen und möglicherweise den zu zahlenden Betrag gar nicht aufbringen könnten. Aus diesem Grund legte der Bundesgerichtshof den Fall am 16. August 2006 dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vor.

Mit Urteil vom 17. April 2008 hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass die **deutsche Regelung den Bestimmungen des Europarechts widerspricht**. Die **Unentgeltlichkeit** der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands durch den Verkäufer gehöre zu einem wesentlichen Bestandteil des durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gewährleisteten **Verbraucherschutzes**. Jede finanzielle Forderung des Verkäufers im Rahmen der Erfüllung der Mängelrechte des Käufers sei daher ausgeschlossen. Die Mängelbeseitigung oder Ersatzlieferung habe also nicht nur innerhalb einer angemessenen Frist, sondern auch ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher zu erfolgen. Verkäufer können demnach vom Käufer keinen Wertersatz für die Nutzung von mangelhaften Verbrauchsgütern mehr verlangen.

Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs dürfte erhebliche Folgen für die Hersteller von Konsumgütern sowie für den Groß- und Einzelhandel haben. Auf den Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen wirkt sich das Urteil des Europäischen Gerichtshofs aber nicht aus.

### Fazit:

Das Urteil des Europäischen Gerichtshof stärkt die Rechte der Verbraucher. Der Wegfall des Wertersatzes für die Nutzung von mangelhaften Waren im Falle der Ersatzlieferung wird zu einer Erhöhung der Gewährleistungskosten der Unternehmen führen. Es fällt nicht nur der Wertersatzanspruch als solcher weg, sondern es ist auch mit einer Zunahme der Ansprüche auf Ersatzlieferung zu rechnen, da das Risiko für die Kunden, Wertersatz bezahlen zu müssen, nicht mehr besteht.

**Dr. Till Mahler**, Rechtsanwalt

# Das Umweltschadengesetz - Neue Verantwortlichkeiten für ökologische Schäden mit unkalkulierbaren Haftungsrisiken

Seit dem 14. November 2007 gibt es in Gestalt des Umweltschadengesetzes ein **neues öffentlich-rechtliches Haftungsregime** mit vielfältigen Pflichten für Verursacher von Umweltschäden und weitreichenden Eingriffsbefugnissen der Umweltbehörden.

## 1. Schaffung eines neuen Schutzgutes

Das Umweltschadengesetz führt neben den bisher im Umwelthaftungsrecht bekannten Schutzgütern (Wasser und Boden) ein **neues Schutzgut** ein: die **Biodiversität** (geschützte Tier- und Pflanzenarten sowie natürliche Lebensräume). Wer hier Schäden anrichtet, muss künftig im Rahmen seiner **Sanierungspflicht** in erster Linie das Biotop wieder herstellen oder die Tiere und Pflanzen sogar neu ansiedeln. Eine rein finanzielle Abgeltung des Schadens kommt nicht in Betracht. **Haftungshöchstgrenzen** bestehen - im Gegensatz zum Umwelthaftungsgesetz - **nicht**.

## 2. Erweiterung der Haftungsgrundlagen

Anders als die bisherigen Regelungen zur Umwelthaftung, die ausschließlich die Anlagenhaftung in den Mittelpunkt stellen, geht das Umweltschadengesetz einen Schritt weiter und stellt nunmehr auf **Tätigkeiten und Arbeitsschritte** ab, die mit dem Betrieb von Anlagen im Zusammenhang stehen. Für bestimmte, im Gesetz aufgeführte umweltgefährliche Tätigkeiten - wie der Betrieb von genehmigungsbedürftigen Anlagen nach der IVU-Richtlinie, Gewässerbenutzungen, Umgang mit Gefahrstoffen - gilt eine **verschuldensunabhängige** Haftung. Erfasst werden daher grundsätzlich auch Umweltschäden, die durch eine behördlich genehmigte Anlage bei Einhaltung sämtlicher Auflagen verursacht werden. Bei allen anderen nicht explizit aufgeführten Tätigkeiten ist nur verantwortlich, wer vorsätzlich oder fahrlässig handelt.

## 3. Haftungsadressaten

Haftungsadressaten sind nicht nur die Unternehmen, sondern ausdrücklich **auch die Handlungs- und Entscheidungsträger in den Unternehmen**, darunter Geschäftsführer, Vorstände und Aufsichtsratsmitglieder, sofern deren Handlungen oder Unterlassen nachweislich zu einer unmittelbaren Umweltgefährdung oder einem Umweltschaden führen. Da es sich um eine öffentlich-rechtliche Verhaltensverantwortlichkeit handelt, bleibt diese auch grundsätzlich **bestehen, sofern das Organmitglied aus der Gesellschaft ausscheidet oder diese aufgelöst wird**.

## 4. Verschärfung der Sanierungsstandards

Wie im Polizei- und Ordnungsrecht ist die Haftung **vorverlagert**.

Bereits für den Fall eines Gefahren**verdachts** besteht eine Pflicht, die zuständige Behörde unverzüglich und umfassend über **alle Aspekte des Sachverhaltes zu informieren**. Diese Informationspflicht ist im **Umweltrecht bislang unbekannt** und ist von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Im Fall einer unmittelbaren **Gefahr** sind des Weiteren unverzüglich **Maßnahmen zur Vermeidung** von Umweltschäden zu ergreifen. Gegen bereits eingetretene Umweltschäden sind **Schadensbegrenzungs- und Sanierungsmaßnahmen** vorzunehmen. Die bisherigen Erfahrungen zeigen, dass insbesondere die Frage, wie festgestellt wird, ob überhaupt eine Gefahr oder ein Umweltschaden vorliegt und in welchem Umfang Maßnahmen zur Regulierung zu ergreifen sind, **Stoff für Auseinandersetzungen bietet**.

Wichtig ist, dass die Verantwortlichen **von sich aus** - also auch ohne behördliche Anordnung - kraft Gesetzes verpflichtet sind, die Informations-, Gefahrenabwehr- und Sanierungspflichten zu erfüllen. Gleichwohl kann es insbesondere bei **unklarer Sach- und Gefahrenlage** von Vorteil sein, die entsprechenden Maßnahmen **mit der Behörde abzustimmen** und erst aufgrund einer Anordnung tätig zu werden.

## 5. Beteiligung von Umweltverbänden

Die bislang lediglich im Naturschutzrecht geltende **Verbandsbeteiligung und Verbandsklage anerkannter Umweltverbände** kommt nun auch im Umweltschadensrecht zur Anwendung. Weiter wird den Umweltverbänden ein Mitspracherecht bei der Bestimmung von Sanierungsmaßnahmen zugesprochen.

### Fazit:

Der weite Anwendungsbereich, die Erweiterung auf Umweltgefahren, die Verschärfung von Sanierungsstandards sowie das Fehlen von Haftungshöchstgrenzen erhöhen sowohl für Unternehmen als auch deren Organmitglieder das Risiko einer behördlichen Inanspruchnahme. Zur **Risikominimierung** ist dringend zu empfehlen, das betriebliche **Risiko- und Umweltmanagementsystem** anhand des **Tätigkeiten-Katalogs des USchadG zu erweitern**. Mit Blick auf die Haftungsrisiken der geschäftsführenden Personen ist eine eindeutige und dokumentierte **innerbetrieb-**

**liche Delegation der Pflichten** sowie eine genaue und nachvollziehbare Dokumentation der bei der Geschäftsführung verbleibenden **Aufsichts- und Überwachungsfunktion** unerlässlich. Auch ist aus Sicht der Organmitglieder an eine **Vereinbarung über einen internen Freistellungsanspruch** zu denken. Schließlich empfiehlt sich die Entwicklung **proaktiver Kommunikationsstrukturen** gegenüber Behörden und Umweltverbänden. Gerne bieten wir Ihnen zur Unterstützung Ihres Risikomanagements **Inhouse-Schulungen** an.

Verena Rösner, Rechtsanwältin, Dipl.-Verwaltungswirtin (FH)

## In eigener Sache

Rechtsanwalt Lars Kuchenbecker ist im April 2008 in den Vorstand der Rechtsanwaltskammer Stuttgart gewählt worden. Die Rechtsanwaltskammer ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die von allen Rechtsanwälten gebildet wird, die im Kammerbezirk zugelassen sind.

Die Mitgliederzahl beträgt derzeit etwa 6.500. Zu den Aufgaben der Rechtsanwaltskammer gehört die gesamte berufsrechtliche Betreuung ihrer Mitglieder. Wir gratulieren Herrn Kuchenbecker zur Wahl und wünschen ihm viel Erfolg in seinem Amt.

Redaktion: **Dr. Axel Klumpp / Dr. Christoph Winkler**

**MENOLD BEZLER**  
RECHTSANWÄLTE

Menold Bezler Rechtsanwälte  
Rheinstahlstraße 3 · 70469 Stuttgart · Anfahrt über Stresemannstraße 79  
Tel. +49 (711) 8 60 40 00 · Fax +49 (711) 8 60 40 01 · [www.menoldbezler.de](http://www.menoldbezler.de)