

Newsletter 6/2018

Inhalt

- › Chancen und Risiken des neuen Pflegepersonalstärkungsgesetzes
- › OLG Düsseldorf: Kein D&O-Versicherungsschutz für Zahlungen nach Insolvenzreife
- › Zur Haftung des Vorstands bei Verstoß gegen den Zustimmungsvorbehalt zugunsten des Aufsichtsrats
- › Aktuelle Rechtsprechung zur Erlaubnispflicht bei Bankgeschäften gemäß § 32 KWG
- › Datenschutz-Verstoß in Portugal: Krankenhaus soll erstmals hohes Bußgeld zahlen
- › Urlaubsansprüche sind vererbbar!
- › „Outsourcing“ von Angebotseröffnungen möglich?
- › Erneut: Doppelte Schriftformklausel hält nicht!

Krankenhaus- und Pflegerecht

Chancen und Risiken des neuen Pflegepersonalstärkungsgesetzes

Das am 9. November 2018 vom Bundestag verabschiedete Gesetz zur Stärkung des Pflegepersonals (Pflegepersonal-Stärkungsgesetz – PpSG) ist vom Bundesrat in seiner Sitzung am 23. November 2018 gebilligt worden. Es soll noch in diesem Jahr von der Bundesregierung gegengezeichnet, ausgefertigt sowie verkündet werden und am 1. Januar 2019 in Kraft treten. Das PpSG reformiert die Finanzierung von Pflegestellten im Bereich der Kranken- und Altenpflege. Um dem sogenannten „Pflegenotstand“ entgegenzuwirken, soll mit einer nunmehr fallpauschalenunabhängigen Pflege eine bessere Versorgung gewährleistet werden.

Dass die Kosten für Pflegepersonal im Krankenhaus künftig unabhängig von den DRG-Fallpauschalen vergütet werden, bildet den Kern des PpSG. Für Krankenhäuser bedeutet das: Die Krankenhausvergütung soll ab dem Jahr 2020 umgestellt werden auf eine Kombination von Fallpauschalen- und Pflegekostenvergütung. Berücksichtigt werden in diesem Rah-

men auch die Aufwendungen für den krankenhausesindividuellen Pflegebedarf sowie die entsprechenden Personalkosten. Diese Pflegepersonalkosten werden von den DRG-Berechnungen abgezogen. Das bedeutet, dass die DRG-Vergütung ohne die Pflegeanteile in der unmittelbaren Patientenversorgung auf bettenführenden Stationen ausgewiesen wird.

Zukünftig wird die Personalausstattung zwischen Krankenhäusern und Kostenträgern individuell verhandelt und vereinbart. Die Vereinbarung basiert auf den von dem jeweiligen Krankenhaus geplanten und nachgewiesenen Kosten für die Personalausstattung. In diesem Rahmen obliegt es dem Krankenhaus, den Nachweis für eine zweckentsprechende Mittelverwendung zu erbringen; Mittel, die zweckzuwiderlaufend verwendet werden, können zurückgefordert werden.

Daneben obliegt den Kostenträgern nunmehr auch die Finanzierung sogenannter pflegeentlastender Maßnahmen. Über-

trägt ein Krankenhaus bestimmte Aufgaben – etwa die Essensausgabe – vom Pflegepersonal auf andere Personalgruppen, erhöht sich dadurch das Pflegebudget.

Besondere Beachtung findet die bedeutende Anhebung der Pflegepersonaluntergrenzen in besonders pflegeintensiven Krankenhausbereichen. Mit einer Umsetzung des entsprechenden gesetzlichen Auftrages ist allerdings nicht vor September 2019 zu rechnen.

Fazit

Das PpSG stärkt vor allem die Pflegesituation in Krankenhäusern. Diese werden durch die Übernahme der nunmehr fallpauschalenunabhängigen Personalkosten durch die Kostenträger entlastet. Die notwendige Angleichung der Pflegestellenfinanzierung im Bereich der Altenhilfe steht noch aus. Die Schaffung von 13.000 neuen

Pflegestellen in diesem Bereich gilt als vorsichtiger erster, aber nicht ausreichender Schritt in die richtige Richtung. Kritisch zu betrachten ist die Anhebung der Pflegepersonaluntergrenzen für bestimmte pflegeintensive Bereiche in Krankenhäusern: Denn die Festlegung einer Personalmindestgrenze dürfte die Problematik rund um die allgemeine Knappheit von verfügbarem Fachpersonal eher verschärfen als eine weitere Entlastung schaffen. Auch die Refinanzierung der Ausbildungskosten im Bereich der Krankenpflege wird daran kurzfristig nichts ändern. In diesem Zusammenhang deutet sich an, dass die Krankenhäuser mit dem tatsächlich zur Verfügung stehenden Personal weniger Patienten behandeln (können) und gegebenenfalls Versorgungsengpässe entstehen.

- › [Rechtsanwalt Martin Wohlgemuth, LL.M.](#)
- › [Rechtsanwältin Dr. Julia Heinrich](#)

Gesellschaftsrecht/Versicherungsrecht

OLG Düsseldorf: Kein D&O-Versicherungsschutz für Zahlungen nach Insolvenzreife

Mit Urteil vom 20. Juli 2018 – I-4 U 93/16 – hat das OLG Düsseldorf entschieden, dass die Haftung wegen insolvenzrechtswidriger Zahlungen an Dritte nach Insolvenzreife nicht vom Versicherungsschutz der üblichen Managerhaftpflichtversicherungen (sog. D&O-Versicherungen bzw. Vermögensschadenshaftpflichtversicherungen) gedeckt ist. Dies erhöht nicht nur das private Risiko der Geschäftsführer beträchtlich, sondern erschwert auch Insolvenzverwaltern die Durchsetzung von Erstattungsansprüchen zugunsten der Insolvenzmasse. Das Urteil, gegen das die Revision beim BGH nicht zugelassen wurde, hat in der Praxis enorme Ausstrahlungswirkung.

Geschäftsführer unterliegen ohnehin schon einer Vielzahl von Haftungsrisiken. Dabei hat die sogenannte Insolvenzhftung (§ 64 GmbHG), d. h. die Haftung der Geschäftsführer für Zahlungen nach Insolvenzreife der Gesellschaft, die größte Bedeutung erlangt. In der juristischen Literatur ist schon länger umstritten, ob Ansprüche auf Rückerstattung von Zahlungen nach Insolvenzreife von den üblichen D&O-

Versicherungen umfasst sind. Nach einer ersten Entscheidung des OLG Celle aus dem Jahr 2016, die bereits am Rande eine Deckungspflicht verneinte, hat nun das OLG Düsseldorf eindeutig entschieden, dass D&O-Versicherungen ohne gesonderten Versicherungsschutz in Fällen von Zahlungen nach Insolvenzreife nicht eintreten müssen.

Im vorliegenden Fall hatte eine Geschäftsführerin nach Eintritt der Insolvenzreife noch Zahlungen (Überweisungen) getätigt. Der Insolvenzverwalter machte daraufhin Erstattungsansprüche zugunsten der Insolvenzmasse nach § 64 GmbHG geltend. Die von der Geschäftsführerin in die Pflicht genommene D&O-Versicherung weigerte sich, für die Ansprüche einzustehen – unter anderem, weil es sich wegen Kenntnis der Geschäftsführerin von der Zahlungsunfähigkeit um eine vorsätzliche Pflichtverletzung gehandelt habe. Diese sei vom Versicherungsschutz ausgenommen.

Das OLG Düsseldorf hat zwar zunächst festgestellt, dass der Geschäftsführerin ein solcher Vorsatz nicht ausreichend

nachgewiesen werden konnte. Gleichzeitig hat der Senat aber auch ausgeurteilt, dass es sich bei Insolvenzhaftungsansprüchen nach § 64 GmbHG nicht um Schadensersatzansprüche im Sinne einer typischen D&O-Versicherung handelt. Vielmehr liege ein Erstattungsanspruch eigener Art vor. Bei diesem komme es gerade nicht auf einen „Schaden“ bei der Gesellschaft an, sondern lediglich darauf, dass die Zahlung nach Insolvenzreife die Insolvenzmasse schmälere, d. h. die Chancen der Insolvenzgläubiger auf Befriedigung verschlechtere. Nach Ansicht des Senats ist die durch seine Rechtsprechung möglicherweise entstehende Deckungslücke bei vielen D&O-Versicherungen für die versicherten Geschäftsführer bei genauer Lektüre der Versicherungsbedingungen erkennbar.

Fazit

Die Zahl der Haftungsprozesse gegen Geschäftsführer wegen Insolvenzhaftung hat in den letzten Jahren stetig zugenommen. Vor allem Insolvenzverwalter haben sich – wegen der im Hintergrund als zahlungsfähige Schuldner

zur Verfügung stehenden D&O-Versicherer – oft mit der Klageerhebung leicht getan. Die nun vom OLG Düsseldorf aufgestellte Rechtsprechungslinie bedeutet nicht nur eine erschwerte Durchsetzbarkeit für die Insolvenzverwalter, sondern vor allem bei noch nicht angepassten Policen ein ungleich höheres Haftungsrisiko für Geschäftsführer bis hin zur Privatinsolvenz, da hier schnell sechsstellige oder noch größere Beträge im Raum stehen können. Wir empfehlen Ihnen daher dringend, Ihre D&O-Policen daraufhin zu überprüfen, ob der Versicherungsschutz für Insolvenzhaftungstatbestände eingeschlossen ist. Hierzu kann vom Versicherer eine entsprechende Bestätigung des Deckungsschutzes für derartige Erstattungsansprüche angefordert werden. Andernfalls sollte dies zukünftig – ggf. im Wege eines Nachtrags – inkludiert werden. Gern unterstützen wir Sie dabei.

› [Rechtsanwalt Sven Schiffner, Fachanwalt für Steuerrecht](#)

Gesellschaftsrecht

Zur Haftung des Vorstands bei Verstoß gegen den Zustimmungsvorbehalt zugunsten des Aufsichtsrats

Mit seinem Urteil vom 10. Juli 2018 – II ZR 24/17 – hat der BGH eine Reihe offener Fragen zur Haftung des Vorstandsmitglieds bei Verstoß gegen Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Aufsichtsrats geklärt.

Zunächst stellte der BGH klar, dass eine (Satzungs-)Regelung, die die Vornahme eines Geschäfts von der Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig macht, den Vorstand dazu verpflichtet, die erforderliche Zustimmung zeitlich vor der Durchführung des Geschäfts einzuholen. Dies gelte insbesondere auch dann, wenn die Satzung explizit keinen Zeitpunkt für die Zustimmungserteilung nennt. Das Begriffsverständnis der §§ 183, 184 BGB, nach dem die Zustimmung sowohl die vorherige Einwilligung als auch die nachträgliche Genehmigung umfasst, sei nicht übertragbar, da das Zustimmungserfordernis gemäß § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG nur für das Innenverhältnis gelte und Rechtsgeschäfte – anders als nach den

Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches – unter Verstoß gegen das Zustimmungsgesetz im Außenverhältnis wirksam sind. Die erforderliche vorherige Zustimmungserfordernis könne auch nicht durch eine nachträgliche (konkludente) Genehmigung des Handelns durch den Aufsichtsrat ersetzt werden. Das gilt jedenfalls für den Fall, dass keine ausdrückliche anderweitige Regelung getroffen wurde. Ebenso wenig könne die Zustimmung des Aufsichtsrats, so der Senat unter Hinweis auf vorangegangene Rechtsprechung weiter, durch eine Einwilligung des Aufsichtsratsvorsitzenden ersetzt werden, weil dieser seinen Willen abweichend vom Aufsichtsrat bilden könnte.

Der Haftung des Vorstandes aufgrund des Verstoßes stehe auch eine Einwilligung des Alleinaktionärs nicht entgegen. Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) greife nicht, weil der Vorstand nicht an

die formlose Willenskundgabe gebunden sei. Die Ersatzpflicht sei allenfalls ausgeschlossen, wenn der Handlung ein gesetzmäßiger Beschluss der Hauptverhandlung zugrunde liege.

Für zulässig erachtet der Senat den Einwand des rechtmäßigen Alternativerhaltens. Dies war für die AG bislang umstritten. Demnach kann auch der Vorstand einer AG – wie der Geschäftsführer einer GmbH oder einer GmbH & Co. KG – im Rahmen einer Schadensersatzklage der Gesellschaft einwenden, der Aufsichtsrat hätte den von ihm durchgeführten Maßnahmen zugestimmt, wenn er ihn gefragt hätte. Allerdings trifft den Vorstand insoweit die Darlegungs- und Beweislast. Er muss den sicheren Nachweis erbringen, dass der Schaden auf jeden Fall eingetreten wäre. Die bloße Möglichkeit oder selbst die Wahrscheinlichkeit, dass er auch bei pflichtgemäßem Verhalten entstanden wäre, genügt nicht. Dem Einwand sind äußerlich zum einen dadurch Grenzen gesteckt, dass die Aufsichtsratsmitglieder bei pflichtgemäßem Verhalten in das vom Vorstand vorgelegte Geschäft hätten einwilligen oder die Einwilligung hätten versagen müs-

sen. Zum anderen ist der Einwand durch den unternehmerischen Handlungsspielraum des Aufsichtsrats begrenzt, der fehle, wenn eine Maßnahme gegen Gesetz oder Satzung verstößt. In diesem Fall könne auch eine Einwilligung den Vorstand nicht entlasten.

Fazit

Die Entscheidung klärt wesentliche Fragen zur Vorstandshaftung einer Aktiengesellschaft und ist für die Praxis im Rahmen der Compliance von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Obgleich Einzelaspekte der aktienrechtlichen Vorstandshaftung nicht zuletzt wegen der Satzungsstrenge des Aktienrechts nicht ohne weiteres auf die Geschäftsführerhaftung einer GmbH übertragen werden können, sind die vom BGH aufgestellten Leitsätze zum Zeitpunkt der erforderlichen Zustimmungserteilung und die Grundsätze zur Darlegungs- und Beweislast im Falle des Einwandes des rechtmäßigen Alternativerhaltens auch für die GmbH zu beachten.

› [Rechtsanwältin Dipl.-Kffr. Micaela Speelmans](#)

Kreditwesen

Aktuelle Rechtsprechung zur Erlaubnispflicht bei Bankgeschäften gemäß § 32 KWG

Wer im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte (z. B. Kreditgeschäfte oder Einlagengeschäfte) betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen will, bedarf gemäß § 32 KWG der schriftlichen Erlaubnis des Bundesamts für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Geschäfte nicht unter das sog. Konzernprivileg gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 7 KWG fallen und auch kein sonstiger Ausnahmetatbestand greift. Die Vornahme von Bankgeschäften ohne die erforderliche Erlaubnis ist gemäß § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG strafbar.

In seinem [Beschluss vom 26. März 2018 – 4 StR 408/17](#) – hält der 4. Strafsenat des BGH – entsprechend der Verwaltungsauffassung und Praxis der BaFin – an der bisherigen, vom 6. Zivilsenat des BGH vertretenen Auffassung (vgl. BGH,

[Urteil vom 16. Mai 2017 – VI ZR 266/16](#)) fest, wonach es an einem erlaubnispflichtigen Bankgeschäft fehlt, wenn zwischen dem Kapitalgeber und dem Kapitalnehmer eine so genannte qualifizierte Nachrangabrede vereinbart wird. Voraussetzung ist, dass die Nachrangvereinbarung wirksam ist. Unwirksam können entsprechende Vereinbarungen in vorformulierten Verträgen insbesondere aus AGB-rechtlicher Sicht gemäß §§ 305 ff. BGB sein, wenn sie unter Berücksichtigung der berechtigten Erwartungen der Vertragspartner und der individuellen Begleitumstände im konkreten Fall einen überraschenden Charakter aufweisen. Die Unwirksamkeit kann sich aber auch aus einer nur zum Schein getroffenen Rangrücktrittsvereinbarung ergeben. Das Gericht stellte insoweit klar, dass für eine Scheinabrede eine vom Vertragsinhalt abweichende tatsächliche Übung dergestalt sprechen könne, dass die Kapitalgeber auf ihr bloßes Verlangen hin

ohne Rücksicht auf den Nachrang und die fehlende Fälligkeit ungeprüft Geld zurückgezahlt erhielten. Eine nur zum Schein abgegebene Erklärung, um gegenüber der BaFin eine entsprechende Vertragslage durch den äußeren Anschein einer Vereinbarung vorzuspiegeln, genüge nicht. Zu bedenken sei, dass eine vertragliche Regelung nicht gleichzeitig bankenrechtlich gewollt, zivilrechtlich aber nicht gewollt sein könne.

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein möglicher Irrtum über das Verbotensein die Strafbarkeit ausschließt, stellte das Gericht in Fortführung der bisherigen Rechtsprechung (vgl. BGH, [Urteil vom 16. Mai 2017 – VI ZR 266/16](#) – und [Urteil vom 27. Juni 2017 – VI ZR 424/16](#)) erneut klar, dass es für die Strafbarkeit gemäß § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG ausreicht, wenn der Handelnde den Bedeutungssinn des Bankgeschäfts zutreffend erfasst und er seine Geschäfte lediglich gleichwohl als rechtlich zulässig und nicht erlaubnispflichtig ansieht. Es liegt dann ein rechtlich unbeachtlicher, d. h. die Strafbarkeit nicht ausschließender Verbotsirrtum vor. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Verbotsirrtum unvermeidbar ist. Der 6. Senat des BGH führte in seinem [Urteil vom 10. Juli 2018 – VI ZR 263/17](#) – diese Rechtsprechung fort. Ausführlich ging das Gericht in dieser Entscheidung auf die Frage der Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums ein. Den Handelnden treffe im Zweifel eine Erkundigungspflicht. Bei Zweifeln habe er sich vorzugsweise an die zuständige Behörde (d. h. die BaFin) zu wenden. Auf deren Aussage könne er

sich grundsätzlich jedenfalls dann verlassen, wenn die Auskunft nicht – für den Betroffenen erkennbar – offensichtlich falsch gewesen ist.

Fazit

Die aktuelle Rechtsprechung des BGH verdeutlicht erneut die Voraussetzungen für die Erlaubnispflicht von Bankgeschäften und die Rechtsfolgen im Falle eines Verstoßes. Nachrangklauseln sind nur dann geeignet, den Tatbestand des Bankgeschäfts auszuschließen, wenn diese auch wirksam sind. Zu achten ist darauf, dass die tatsächliche Praxis auch dem Inhalt der getroffenen Vereinbarungen entsprechen muss. Werden etwa Gelder entgegen dem erklärten Nachrang zurückgezahlt, kann insoweit ein unwirksames Scheingeschäft vorliegen. Ein Irrtum über das Verbotensein von Bankgeschäften wirkt sich nur dann strafbefreiend aus, wenn dieser unvermeidbar war. An die Unvermeidbarkeit stellt die Rechtsprechung sehr hohe Anforderungen. Gerade bei komplexen Sachverhalten wird sich die Erkundigungspflicht der Verantwortlichen im Zweifel auf die Einholung einer behördlichen Auskunft erstrecken. Die Einholung einer anwaltlichen Auskunft vermag nach höchstrichterlicher Rechtsprechung im konkreten Einzelfall nicht ohne Weiteres zu genügen.

› [Rechtsanwältin Dipl.-Kffr. Micaela Speelmans](#)

Datenschutzrecht

Datenschutz-Verstoß in Portugal: Krankenhaus soll erstmals hohes Bußgeld zahlen

Die portugiesische Datenschutz-Aufsichtsbehörde Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPd) hat wegen eines Verstoßes gegen die seit Ende Mai gültige Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) ein Bußgeld in Höhe von 400.000 EUR verhängt. Betroffen ist das Krankenhaus Barreiro Montijo in der Nähe von Lissabon.

Hintergrund waren zwei datenschutzrechtlich bedenkliche Sachverhalte. Einerseits konnten Nutzer mit dem Profil „Techniker“ auf sämtliche Daten des örtlichen Krankenhaus-

Informationssystems (KIS) zugreifen, d. h. auch auf der Kenntnisnahme durch Ärzte vorbehaltene Daten. Nach Ansicht des CNPD sei diese Situation vom Krankenhaus sogar ganz bewusst herbeigeführt worden. Darüber hinaus seien insgesamt 985 aktive Benutzer mit einem Profil „Arzt“ vorhanden, obwohl in der Klinik lediglich 296 Ärzte arbeiteten.

Beide Sachverhalte verstoßen gegen das sogenannte Need-to-know-Prinzip, wonach den Mitarbeitern der Zugriff nur auf solche Patientendaten möglich sein soll, die sie für ihren

Dienst zwingend benötigen. In der Regel wird daher der Zugriff auf ihre jeweilige Organisationseinheit (OE) genügen. Es bedarf eines sachlichen Grundes, warum außerhalb der jeweiligen OE Mitarbeiter Zugriff auf Patientendaten erhalten. Ein solcher dürfte z. B. bei einem Springer gegeben sein. Vollzugriff auf sämtliche Daten der Patienten hat eine absolute Ausnahme zu bleiben und ist bei einem ordnungsgemäß konfigurierten KIS lediglich im Rahmen einer sog. Notfallberechtigung möglich. Diese ist jedoch speziell zu protokollieren und zu begründen.

Als Grundlage zur Validierung eines ordnungsgemäß eingerichteten KIS kann die Orientierungshilfe-KIS (OH-KIS) der deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden dienen. Diese ist zwar seit März 2014 nicht mehr aktualisiert worden und stammt damit aus Prä-DSGVO-Zeiten, allerdings haben ihre Aussagen im Hinblick auf die Gestaltung des Rollen- und Berechtigungskonzepts eines KIS noch weitgehende Gültigkeit und können daher als Archetyp eines datenschutzkonformen KIS-Systems verwendet werden. Insbesondere

Teil 2 der OH-KIS, der sich mit den technischen Anforderungen an die Gestaltung des Betriebs von Krankenhausinformationssystemen befasst, enthält in umfassender Weise konkrete Vorgaben an die Muss- bzw. Soll-Beschaffenheit des Systems sowie die Unterscheidung zwischen der Zuständigkeit des Herstellers und derjenigen des Betreibers des KIS.

Fazit

Vergleichbare Verstöße gegen das Need-to-know-Prinzip wären auch hierzulande nach der DSGVO und auch dem kirchlichen Datenschutz (KDG, KDR-OG, EKD-DSG) bußgeldwürdig und sollten daher als Anlass dienen, das Rollen- und Berechtigungskonzept Ihres KIS auf diesen Sachverhalt hin zu prüfen. Eine erste Hilfestellung bei überschaubarem Aufwand bietet unser eigens für diesen Zweck entwickeltes Quick-Check-Verfahren. Sprechen Sie uns an, wir unterstützen Sie gerne.

› [Rechtsanwalt Alexander Gottwald, EMBA, Datenschutzbeauftragter \(GDDcert. EU\)](#)

Arbeitsrecht

Urlaubsansprüche sind vererbbar!

In einer aktuellen Entscheidung widerspricht der Europäische Gerichtshof (EuGH, [Urteil vom 6. November 2018 – C-570/16, C-569/16](#)) ausdrücklich der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgericht (BAG) und stellt fest, dass die Erben eines verstorbenen Arbeitnehmers vom Arbeitgeber eine finanzielle Vergütung für dessen nicht genommenen Jahresurlaub verlangen können.

Es kommt nicht selten vor, dass Erben die Auszahlung von Urlaubstagen vom Arbeitgeber eines verstorbenen Arbeitnehmers verlangen. Die Rechtsprechung des BAG war in entsprechenden Fallgestaltungen bislang eindeutig. Danach geht ein Urlaubsanspruch mit dem Tod des Arbeitnehmers grundsätzlich unter und ein entsprechender Anspruch kann sich insbesondere nicht in einen Abgeltungsanspruch i. S. d. § 7 Abs. 4 BUrlG umwandeln lassen (vgl. BAG, [Urteil vom 12. März 2013 – 9 AZR 532/11](#)). Aus diesem Grund kann der

Urlaubsanspruch nach Auffassung des BAG auch nicht Teil der Erbmasse werden. Lediglich die Vererbbarkeit eines bereits entstandenen Urlaubsabgeltungsanspruchs bestätigte das BAG bisher (BAG, [Urteil vom 22. September 2015 – 9 AZR 170/14](#)).

Der EuGH hat sich nun mit seiner Entscheidung eindeutig positioniert. Der EuGH bestätigte, dass der Urlaubsanspruch eines Arbeitnehmers nach Unionsrecht nicht mit seinem Tod untergeht. Die Erben des verstorbenen Arbeitnehmers können vielmehr eine finanzielle Vergütung für den von ihm nicht genommenen bezahlten Jahresurlaub verlangen. Sofern das nationale Recht eine solche Möglichkeit ausschließt und sich daher als mit dem Unionsrecht unvereinbar erweist, können sich die Erben unmittelbar auf das für sie günstige Unionsrecht berufen. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um einen öffentlichen oder einen privaten Arbeitgeber handelt.

In der Begründung weist der EuGH darauf hin, dass das EU-Grundrecht für Arbeitnehmer auf bezahlten Jahresurlaub sowohl eine zeitliche als auch eine finanzielle Komponente beinhaltet. Selbst wenn der zeitliche Aspekt (die Erholungsmöglichkeit) wegfalle, bliebe der vermögensrechtliche Aspekt (der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub) und eng damit verbunden der Anspruch auf eine finanzielle Vergütung für bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommenen Jahresurlaub. Ein Zugriff auf diesen vermögensrechtlichen Bestandteil des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub dürfe in der Folge auch denjenigen, auf die das Vermögen des Arbeitnehmers im Wege der Erbfolge übergehen soll, durch den Tod des Arbeitnehmers nicht rückwirkend entzogen werden.

Vergaberecht

„Outsourcing“ von Angebotseröffnungen möglich?

Darf ein dem Vergaberecht unterliegender öffentlicher Auftraggeber die Angebotseröffnung im Rahmen eines Vergabeverfahrens an das beauftragte Ingenieurbüro auslagern, oder ist § 55 Abs. 2 Vergabeverordnung – VgV (entspr. § 40 Abs. 2 Unterschwellenvergabeordnung – UVgO) dahingehend zu verstehen, dass nur zwei Mitarbeiter des Auftraggebers die Angebotseröffnung durchführen dürfen?

Die Frage ist für viele öffentliche Auftraggeber von großer Relevanz, da es in komplexen Beschaffungsverfahren üblich ist, externe Dritte (Projektsteuerer, Ingenieurbüros oder Kanzleien) mit der Durchführung von Vergabeverfahren einschließlich der Angebotseröffnung zu beauftragen. Insbesondere die Fachplaner und die beratenden Ingenieure werden häufig die Angebotswertung und Zuschlagsberichte anfertigen und zuvor die Angebote ohne Beisein des Auftraggebers im Submissionstermin öffnen. Ein Verstoß gegen das Vier-Augen-Prinzip nach VgV oder UVgO führt jedoch regelmäßig zu einem unheilbaren Vergabeverstoß, der zu einer Rücksetzung des gesamten Vergabeverfahrens führt. In der Sache herrscht Uneinigkeit zwischen den Vergabekammern.

Fazit

Das Bundesarbeitsgericht wird künftig den Fortbestand des Anspruchs auf Urlaubsabgeltung auch im Fall des Todes des Arbeitnehmers und damit seine Vererblichkeit anerkennen müssen. Damit dürfte die Rechtsprechung des EuGH nicht unwesentliche praktische Auswirkungen haben. So müssen Arbeitgeber bei dem Tod eines Arbeitnehmers mit durchsetzbaren Ansprüchen der Erben auf finanzielle Vergütung für bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommenen Jahresurlaub rechnen.

› [Rechtsanwalt André Spak, LL.M., Steuerberater, Mediator, Fachanwalt für Steuerrecht, Fachanwalt für Arbeitsrecht](#)

Im Ausgangsfall hatte ein dem öffentlichen Auftragsrecht unterliegender Krankenhausträger über seine Vergabestelle einen MRT mithilfe eines Ingenieurbüros ausgeschrieben, das auch die Zuschlags- und Bewertungsmatrizen erstellte und mit der Prüfung und Wertung der eingegangenen Angebote beauftragt war. Da bei der Angebotsöffnung nur Mitarbeiter des beauftragten Ingenieurbüros anwesend waren und keine Vertreter des Krankenhausträgers bzw. seiner Vergabestelle, rügte der Antragsteller die Verletzung des § 55 Abs. 2 VgV. Noch im Januar 2018 hatte die Vergabekammer Südbayern (Beschluss v. 2. Januar 2018 – Z 3-3-3194-1-47-08/17) ausgeurteilt, dass die Öffnung der Angebote von mindestens zwei Vertretern des öffentlichen Auftraggebers gemeinsam durchgeführt werden muss und das in § 55 Abs. 2 VgV / § 40 Abs. 2 UVgO enthaltene Vier-Augen-Prinzip nicht durch die Auslagerung an Dritte umgangen werden dürfe. Die Vergabekammer Südbayern sah sich bei ihrer Entscheidung im Einklang mit dem bestehenden vergaberechtlichen Grundsatz, dass zwar der Auftraggeber sich für die Vergabe Dritter (Experten, Planer, Anwälte) bedienen darf, aber stets die maßgebenden Schritte und Entscheidungen im Vergabeverfahren selbst vornehmen muss und nicht delegieren darf (z. B. OLG Celle, [Beschluss v. 7. Juni 2007 – 13 Verg 5/07](#)). Angesichts des klaren Wortlauts von § 55 Abs. 2 S. 1 VgV sei

daher die Angebotsöffnung von mindestens zwei Vertretern des öffentlichen Auftraggebers selbst unverzüglich nach Ablauf der Angebotsfrist vorzunehmen. Der Bieterschützer § 55 VgV stelle auf die Vertraulichkeit der Angebote ab. Insbesondere bei Projektsteuerern und Architekturbüros seien gewisse Näheverhältnisse zu den Bietern nicht fernliegend, so dass eine Angebotsöffnung nur durch solche Dritte einen Verstoß gegen § 55 darstelle.

Dem ist nunmehr die Vergabekammer Lüneburg mit Beschluss vom 8. Mai 2018 – VgK 10/18 – entgegengetreten. Ein Verstoß gegen die Vorschriften des § 55 VgV führe nur dann zu einer Rücksetzung des Vergabeverfahrens, wenn die konkrete Möglichkeit bestehe, dass einer der Vertreter mit einem der Anbieter zusammengearbeitet haben könnte. Entsprechendes müsste dann im Vergabebericht dokumentiert werden. Grundsätzlich stünde es dem Auftraggeber frei, sich im Vergabeverfahren Dritter zu bedienen und sich deren Handlungen als Vertreter zurechnen zu lassen. Dem stehe auch nicht der Wortlaut des § 55 VgV bzw. § 40 UVgO entgegen. Denn dort wird nur von zwei Vertretern des Auftraggebers gesprochen. Soweit Interessenskonflikte bei den beauftragten Dritten ausgeschlossen

werden können, soll daher eine Angebotsöffnung durch diese weiterhin im Vergabeverfahren möglich sein.

Fazit

Die Entscheidung der Vergabekammer Lüneburg verdient schon aus Praxisgründen den Vorzug. § 55 VgV bzw. § 40 UVgO sind keine abstrakten, sondern konkrete Gefährungsdelikte, welche den Bieter schützen. Allerdings gilt weiterhin der Grundsatz, dass die Vergabestelle die maßgeblichen Entscheidungen im Vergabeverfahren selbst an sich ziehen muss und nur formale Vorgänge im Vergabeverfahren an Dritte auslagern darf, deren Handlungen sie sich dann als Vertreter zurechnen lassen muss. Da die Vergabekammer Lüneburg ihre Entscheidung nicht im Wege einer Divergenzvorlage an den BGH weitergereicht hat, besteht auch weiterhin ein offener Dissens zwischen den Vergabekammern, so dass öffentliche Auftraggeber je nach zuständiger Nachprüfungsinstanz ihr Verhalten in Bezug auf das „Outsourcing“ überdenken sollten.

› [Rechtsanwalt Justus Kampff](#)

AGB-Recht

Erneut: Doppelte Schriftformklausel hält nicht!

Zwei Parteien (Unternehmer und Subunternehmer) streiten sich über Vergütungsansprüche aus einem Vertrag (hier: Bauvertrag). Der Vertrag enthält in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) eine typische Standard-AGB-Schriftform-Klausel mit folgendem Wortlaut:

„Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform. Von dieser Schriftformvereinbarung kann nur durch schriftliche Vereinbarung abgewichen werden.“

Der beklagte Unternehmer, welcher hier auch Verwender der AGB war, beruft sich im Prozess darauf, dass die geltend gemachten Leistungen des Subunternehmers nicht entspre-

chend der Schriftformklausel nachträglich ordnungsgemäß vereinbart worden seien.

Die Einrede des beklagten Unternehmers bleibt ohne Erfolg. Er muss die Leistungen bezahlen. Denn die gestellte Schriftformklausel verstößt nach Ansicht des OLG Karlsruhe (Urteil vom 12. Juni 2018 – 8 U 102/16) gegen § 307 Abs. 1 BGB und ist damit AGB-rechtlich unwirksam. Die Schriftformklausel sei zu weit gefasst und irreführend. Sie erwecke den Eindruck, jede spätere vom Vertrag abweichende mündliche Abrede sei gemäß § 125 S. 2 BGB (Nichtigkeit wegen Schriftformmangel) nichtig. Nach § 305 BGB haben jedoch individuelle Vertragsabreden stets Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dieses Prinzip des Vorrangs gebe-

nenfalls auch möglicher individueller Vertragsabreden setzt sich auch gegenüber doppelten Schriftformklauseln durch, wenn diese nicht hinreichend bestimmt sind. Damit folgt das OLG der ständigen Rechtsprechung des BGH zur AGB-Rechtswidrigkeit.

Fazit

Allerdings: Nicht jede Schriftformklausel ist AGB-rechtlich unwirksam. Ihre Wirksamkeit hängt nach Ansicht der ständigen Rechtsprechung des BGH davon ab, ob sie verhindern soll, dass einer mündlichen Abrede keine Bedeutung zukommen soll. Dann ist sie unwirksam. Wirksam hingegen sind Schriftformklauseln wonach Leistungsänderungen oder Abweichungen vom Vertrag nur

dann Gültigkeit erlangen, wenn sie rechtswirksam unterschrieben werden (vgl. z. B. BGH, Urteil v. 14. Juli 1994 – VII ZR 186/93). Doppelte Schriftformklauseln finden sich in einer Vielzahl von Vertragsmustern. Sie dürften häufig zu unbestimmt sein. Insbesondere bei Bauverträgen (Stichwort: Nachträge) führt die doppelte Schriftformklausel häufig zu anhaltenden Streitigkeiten, so dass besonders Bauherren und Auftraggeber bei deren Formulierung Vorsicht walten lassen sollten. Ein Ausweg können AGB-feste, vom BGH zugelassene qualifizierte doppelte Schriftformklauseln sein.

› [Rechtsanwalt Justus Kampp](#)

Seminar-Tipps

Datenschutz und Datensicherheit – Erste Erfahrungen bei der Umsetzung der Datenschutzreform 2018

30.01.2019, Köln

02.04.2019, München

Schreckgespenst Betriebsprüfung

06.02.2019, Würzburg

27.09.2019, Berlin

Vergabe- und Beihilferecht im Überblick – Die Vergaberechtsreform und ihre Folgen

13.02.2019, Würzburg

Krankenhäuser im Fokus von KV und Staatsanwaltschaft

15.02.2019, Berlin

12.09.2019, Hamburg

Architekten und Projektsteuerer als Vertragspartner – Rechtssichere Zusammenarbeit mit Architekten, Fachplanern und Projektsteuerern nach dem neuen Baurecht

21.02.2019, Hamburg

Von der Aufnahme bis zur Entlassung – Rechtssicherer und erlösichernder Ablauf der Krankenhausbehandlung

21.02.2019, Köln

21.03.2019, Berlin

Fördermittel- und Zuwendungsrecht in der Praxis

14.03.2019, Berlin

20.03.2019, Hamburg

Vergaberecht für Auftraggeber und Bieter – VgV, UVgO, VOB/A, Vergabeverfahren, e-Vergabe

19.03.2019, Hamburg

28.03.2019, Mainz

Neues vom Bundesarbeitsgericht

21.03.2019, Freiburg

Die Änderung von Arbeitsbedingungen: Weisung – Versetzung – Änderungskündigung – Mitbestimmung

26.03.2019, München

Detaillierte Informationen und Anmeldung unter www.solidaris.de oder direkt bei Frau Braun: m.braun@solidaris.de, 02203 . 8997-221.

Kontakt/Newsletterverwaltung

Dieser Newsletter ist ein kostenloser Service der Solidaris Rechtsanwaltsgesellschaft mbH. Unser zentrales Anliegen ist es, Sie mit aktuellen Informationen aus dem Bereich des Rechts zu versorgen. Sollte dieser Newsletter für Sie jedoch keinen informativen Mehrwert aufweisen, können Sie ihn jederzeit unter www.solidaris.de mit sofortiger Wirkung abbestellen. Wir sind stets bemüht, unseren Service für Sie optimal zu gestalten – daher zögern Sie bitte nicht, uns bei Fragen, Anmerkungen, Kritik und Feedback zu kontaktieren. Ihr Ansprechpartner: Herr Ivan Panayotov, Telefon: 02203 . 8997-136, E-Mail: i.panayotov@solidaris.de.

Disclaimer

Die Inhalte dieses Newsletters dienen ausschließlich der allgemeinen juristischen Information. Sie stellen keine rechtliche Beratung dar und können eine einzelfallbezogene Beratung nicht ersetzen. Durch die Übersendung dieses Newsletters wird kein Mandatsverhältnis zwischen Absender und Empfänger begründet. Obwohl wir die Inhalte dieses Newsletters nach bestem Wissen und Kenntnisstand erstellt haben, können sie wegen ihres rein informativen Charakters die aktuellen rechtlichen Entwicklungen nicht vollständig berücksichtigen und wiedergeben.

Impressum

Solidaris Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

51149 Köln, Von-der-Wettern-Str. 11

51152 Köln, Postfach 92 02 55

E-Mail: info@solidaris.de

Website: www.solidaris.de

Geschäftsführer: Dr. Axel Stephan Scherff

Sitz der Gesellschaft: 51149 Köln

Registergericht: Amtsgericht Köln, HRB 69691