

Mandanteninformation

April 2007

Inhalt

Erbschaftsteuer	Die Entscheidung des Bundesverfassungsgericht zur Erbschaftsteuer und ihre Folgen	1
Handelsrecht	Neuerungen seit dem Jahreswechsel	3
Privates Baurecht	Neuregelungen in der VOB/B 2006	4
Öffentliches Baurecht	Neues Abstandsflächenrecht in NRW	6
Arbeitsrecht	Erste Rechtsprechung zur Altersdiskriminierung bei der Stellenbesetzung	6
Öffentliches Wirtschaftsrecht/ Gesellschaftsrecht	Änderung des Gemeindefachrechts geplant	7
Energierrecht	Die Objektnetzausnahme des § 110 Abs. 1 EnWG für die Eigen- und Industrierversorgung	8
Kartellrecht	Verschärfung der energiekartellrechtlichen Preismissbrauchsaufsicht	10
Vergaberecht	Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte – Bundesverfassungsgericht vs. Europäischer Gerichtshof?	11
Vergaberecht	„Gebremste“ Ausschreibungspflicht im Linienverkehr nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Oktober 2006	12
Vertragsarztrecht	Erweiterte Möglichkeiten zur Anstellung von Ärzten und ihre steuerlichen Auswirkungen	14

In eigener Sache

Zum 1. April 2007 können wir in Essen einen weiteren Kollegen begrüßen. Rechtsanwalt **Carsten Kießling**, Mag. rer. publ., hat seine berufliche Laufbahn im Vergaberechtsteam einer großen internationalen Anwaltskanzlei begonnen. Auch bei uns wird er im Vergabe- und Beihilferecht tätig sein.

Bereits seit November 2006 verstärkt Rechtsanwalt **Sebastian Hauptmann** unser Team in Bochum. Seine Schwerpunkte liegen auf den Gebieten des Gesellschaftsrechts, des Erbrechts und des Steuerrechts.

Die Ruhr-Universität Bochum hat Rechtsanwalt **Dr. Stefan Mager** zum Dr. jur. promoviert. Seine Dissertation unter dem Titel „Vergaberecht und Gebührenrecht“ befasst sich mit der Frage, ob sich Gebührenschuldner auf die Rechtswidrigkeit eines Gebührenbescheids berufen können, wenn durch die gebührenerhebende Kommune eine benutzerfinanzierte Einrichtung privatisiert worden ist und die Kommune dabei einen Vergabeverstoß begangen hat. Die Arbeit wird im Laufe des Frühjahrs beim renommierten NOMOS-Verlag veröffentlicht.

Erbschaftsteuer: Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Erbschaftsteuer und ihre Folgen

Mit seiner am 31. Januar 2007 veröffentlichten Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) das geltende Erbschaftsteuer-/Schenkungssteuerrecht für **verfassungswidrig** erklärt und den Gesetzgeber verpflichtet, spätestens bis zum 31.

Dezember 2008 eine neue Regelung zu treffen. Welche Folgen ergeben sich daraus und was ist zu tun?

Die derzeitige Rechtslage und die Forderungen des BVerfG

Nach dem derzeit geltenden Erbschaftsteuergesetz, das gleichermaßen für die Schenkungsteuer gilt, werden die verschiedenen **Vermögensgegenstände unterschiedlich bewertet**, nämlich

- Geld und Wertpapiere mit dem Nominal- bzw. Kurswert,
- Grundbesitz typisierend mit dem 12,5-fachen der tatsächlichen oder üblichen Jahresnettomiete abzgl. eines Altersabschlags,
- land- und forstwirtschaftlicher Grundbesitz mit dem Ertragswert,
- Betriebsvermögen einschließlich Anteile an Personenhandelsgesellschaften mit dem Steuerbilanzwert abzgl. eines Freibetrages von 225.000,00 Euro und eines weiteren Abschlags von 35 %,
- Anteile an Kapitalgesellschaften, an denen der Erblasser/Schenker mehr als 25 % hält, nach dem sog. Stuttgarter Verfahren.

Das geltende Recht differenziert also bereits bei der Feststellung der Bemessungsgrundlage nach unterschiedlichen Vermögensarten, und zwar ganz gezielt, um den Erwerb bestimmter Vermögensgegenstände steuerlich zu privilegieren. Das hält das BVerfG für mit dem **Gleichheitsgrundsatz** nicht vereinbar und verlangt in diesem ersten Schritt die **einheitliche und gleichmäßige Bewertung** mit dem sog. gemeinen Wert (= **Verkehrswert**). Erst in einem zweiten Schritt könne der Gesetzgeber den Erwerb bestimmter Vermögensgegenstände begünstigen, wenn hierfür ausreichende Gründe des Gemeinwohls vorliegen und die **Begünstigung „zielgenau“** innerhalb des Kreises der Begünstigten möglichst gleichmäßig eintritt.

Das **bisherige Recht** sei, so das BVerfG weiter, bis zu einer Neuregelung anzuwenden, um Rechtsunsicherheiten in der **Übergangszeit** zu vermeiden.

Das künftige Erbschaftsteuerrecht

Wie das neue Erbschaftsteuerrecht unter Berücksichtigung der Vorgaben des BVerfG im Einzelnen ausgestaltet wird, ist völlig offen. Sicher ist nur: Schenken und Vererben wird teurer! Das gilt vor allem für Immobilien und sog. nicht produktives Betriebsvermögen. Dazu gehören u. a. fremdvermieteter Grundbesitz, Dritten zur Nutzung überlassene Seeschiffe, Flugzeuge, gewerbliche Schutzrechte und ähnliche Rechte sowie liquide Mittel und Wertpapiere, die die Verbindlichkeiten des Betriebes übersteigen.

Unklar ist, wie der Gesetzgeber der Forderung des BVerfG nachkommen will, alle Vermögensarten im ersten Schritt einheitlich mit dem Verkehrswert zu bewerten. Hierfür ein praxistaugliches Verfahren festzulegen, wird nicht einfach sein. Im Extremfall

müsste für jede Immobilie ein Sachverständigen- und für jede gesellschaftsrechtliche Beteiligung ein Unternehmenswertgutachten eingeholt werden. Das erscheint nicht praktikabel.

Für den Übergang von produktivem Betriebsvermögen hat das Bundeskabinett bereits im Oktober 2006 das **Gesetz zur Erleichterung der Unternehmensnachfolge** auf den Gesetzgebungsweg gebracht. Dieser bisher politisch von allgemeiner Zustimmung getragene, in der Fachwelt allerdings teilweise auch heftig kritisierte Gesetzentwurf sieht vor, dass die Übertragung von produktivem Betriebsvermögen im Laufe von 10 Jahren völlig von der Erbschaftsteuer freigestellt wird, wenn der Betrieb bzw. die Beteiligung in „vergleichbarer Form“ fortgeführt wird (Stundungs- und Erlassmodell). Ob dieses Gesetz, wie ursprünglich geplant, noch bis Mitte dieses Jahres mit Rückwirkung zum 1.1.2007 in Kraft treten kann, ist nach der Entscheidung des BVerfG zweifelhaft geworden. Denn dieser Gesetzentwurf geht, wie bisher, bei Einzelunternehmen und Personenhandelsgesellschaften von den Steuerbilanzwerten und bei Kapitalgesellschaften von der Bewertung nach dem Stuttgarter Verfahren aus. Das aber ist nach der Entscheidung des BVerfG mit dem Grundgesetz nicht vereinbar.

Dennoch ist damit zu rechnen, dass der Gesetzgeber, ggf. nach einer Korrektur beim Ausgangswert, im Kern an den Grundsätzen des sog. **Stundungs- und Erlassmodells** für produktives Betriebsvermögen festhalten wird., Offen ist, ob dies schon in einem gesonderten „Vorläufergesetz“ vor der Neuregelung des gesamten Erbschaftsteuerrechts oder gleichzeitig damit geschieht und ob für Übertragungen ab dem 1.1.2007 ein Wahlrecht zugunsten des neuen Rechts eingeräumt wird, wie dies bisher vorgesehen war.

Sicher dürfte auch sein, dass die Schenkung/Vererbung selbst genutzter „normaler“ **Einfamilienhäuser und Eigentumswohnungen** steuerfrei gestellt wird, und zwar entweder durch eine sachliche Steuerbefreiung oder durch entsprechende Freibeträge.

Die Anordnung des BVerfG, das bisherige Recht zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten bis zu einer Neuregelung weiter anzuwenden, schließt eine rückwirkende Inkraftsetzung neuer Vorschriften aus. Auch das Bundesfinanzministerium hat noch am Tage der Verkündung der Entscheidung des BVerfG erklärt, dass das bisherige Recht zunächst weiter gelte.

Was ist zu tun?

- Sie sollten **nichts übereilen**. Die Vorhaben des Gesetzgebers werden rechtzeitig bekannt werden.
- Übertragen Sie nicht, jedenfalls nicht aus steuerlichen Gründen, Ihr selbst genutztes Wohneigentum. Das brauchen Sie noch selbst!
- Inhaber größerer Immobilien- und/oder Wertpapiervermögen können nach wie vor daran denken, dieses Vermögen in eine **gewerblich geprägte Gesellschaft** einzubringen und Anteile daran zu verschenken, weil diese Gestaltungen in Zukunft mit Sicherheit nicht mehr möglich sein werden; solche Konstruktionen erfordern jedoch eine besonders sorgfältige Prüfung unter Abwägung aller Vor- und Nachteile und möglicher Risiken. Vorhaben dieser Art sollten daher zügig angegangen werden, da sie nicht in wenigen Tagen zu realisieren sind.
- Wenn ohnehin, z.B. aus Altersgründen, in absehbarer Zeit eine Übertragung von Immobilien und/oder Betriebsvermögen jeder Art einschließlich Fondsbeteiligungen (z.B. Schiffsbeteiligungen) auf die nächste Generation erwogen wird, sollten Sie zügig darüber nachdenken, ob solche Übertragungen nicht vorgezogen werden können. Dabei gibt es vielfältige Möglichkeiten der – steuerunschädlichen – Absicherung der älteren Generation, z.B. durch Vereinbarung von Versorgungsleistungen oder Nießbrauchsvorbehalten und von Widerrufsrechten. Außerdem können Immobilien und Wertpapiervermögen in Familiengesellschaften eingebracht werden, in denen sich die Eltern die Mehrheit der Stimmrechte und dadurch die Kontrolle über das Familienvermögen vorbehalten.

In allen Fällen ist eine sorgfältige Prüfung in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung der unterschiedlichen erbrechtlichen und steuerrechtlichen Verhältnisse und der jeweiligen wirtschaftlichen und familiären Situation unerlässlich.

Reinhard Knälmann

Handelsrecht: Neuerungen seit dem Jahreswechsel

Das Inkrafttreten des Gesetzes über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) zum 1. Januar 2007 hat einige für Unternehmen unmittelbar bedeutsame Änderungen im Handelsrecht mit sich gebracht.

Registerangaben jetzt auch in geschäftlichen Mails

Auf Geschäftsbriefen müssen grundsätzlich schon seit langem bestimmte Angaben über den Absender mitgeteilt werden. Der Adressat soll wissen können, mit wem er es „zu tun hat“. Jetzt besteht die Verpflichtung, diese Bezeichnungen anzugeben, auch für Korrespondenz in elektronischer Form.

Also muss auch hier dafür gesorgt werden, dass auf allen E-Mails, die an einen bestimmten Empfänger gerichtet werden, die gesetzlichen Pflichtangaben mitgeteilt werden.

Das sind für eine GmbH

- Firma und Rechtsform (also: „Emil Müller GmbH“).
- Sitz der Gesellschaft (das ist mindestens der Ort, es sollte die komplette Adresse sein)
- Das Registergericht des Sitzes der Gesellschaft (also z.B. AG Bochum)

- Die für die Gesellschaft im Handelsregister vergebene Nummer (also z.B. HRB 4711)
- **Alle** Geschäftsführer, und zwar mit Familiennamen und mindestens einem ausgeschriebenen (!, nicht etwa nur abgekürzten) Vornamen
- Falls die Gesellschaft einen Aufsichtsrat und dieser einen Vorsitzenden hat: Ebenfalls Familienname und mindestens ein ausgeschriebener Vorname des Vorsitzenden des Aufsichtsrats.

Bei GmbH & Co. KG oder ähnlichen Personengesellschaften, bei denen keine natürliche Person Gesellschafter ist, müssen angegeben werden:

- Für die KG selbst, was voranstehend zu den ersten vier Spiegelstrichen aufgelistet ist, also Firma und Rechtsform (KG), Sitz, Registergericht und – nummer und zusätzlich
- für sämtliche Gesellschafter, die selbst Gesellschaften sind, ggf. also für mehrere beteiligte GmbH **jeweils** die Firma oder die Firmen der Gesellschafter.
- Und für **jeden** dieser Gesellschafter: Wiederum die Angaben wie oben zur GmbH erwähnt.

Da Wettbewerber, vor allem aber auch die mehr oder minder seriösen Wettbewerbsvereine – bei Verdacht der Unseriosität gern auch als „Abmahnvereine“ qualifiziert – berechtigt sind, fehlerhafte

Handhabung bei diesen Registerpflichtangaben kostenpflichtig zu beanstanden, ist also dringend zu empfehlen, über das bisher gewohnte Maß hinaus insbesondere auch bei Telefax und vor allem Mail-Geschäftsbriefen die Pflichtangaben mitzuteilen.

Verschärfte Kontrolle der Veröffentlichung von Jahresabschlüssen

Schon nach bisheriger Rechtslage mussten Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften, in denen nicht mindestens eine natürliche Person persönlich haftender Gesellschafter ist (insbesondere also die typischen GmbH & Co. KG's) ihre **Jahresabschlüsse veröffentlichen**, wobei der Umfang der Veröffentlichungspflicht je nach Größe der Gesellschaft differierte. Verstöße gegen die Offenlegungspflichten konnten die Handelsregister aber nur **auf Antrag** verfolgen. Die im Gesetz angedrohten Sanktionen erwiesen sich damit als „stumpfes Schwert“, so dass die Mehrzahl der kleineren Unternehmen bisher den Offenlegungspflichten relativ unbeeindruckt nicht nachgekommen ist.

Nunmehr müssen die gesetzlichen Vertreter aller offenlegungspflichtigen Kapital- und Personengesellschaften alle Jahresabschlüsse und weitere, nach Größe und Rechtsform des jeweiligen Unternehmens unterschiedliche Dokumente **in elektronischer Form** spätestens innerhalb eines Jahres nach dem Abschlussstichtag beim **Bundesanzeiger** einreichen und dort bekannt machen lassen. Die Verpflichtungen betreffen nicht nur die nach deutschem Recht existierenden Unternehmen, sondern auch ihre Pendanten aus anderen Ländern der Europäischen Union, insbesondere also auch die englischen Limited. Am Umfang der Offenlegungspflicht selbst ändert sich nichts, so dass auch weiterhin die in den §§ 326, 327 des Handelsgesetzbuches (HGB) genannten Erleichterungen für kleine und mittelgroße Unternehmen fortgelten.

Anders als nach der bisherigen Rechtslage allerdings prüft nun der Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers von sich aus sowohl die fristgemäße und vollständige Einreichung der Unterlagen als auch die rechtmäßige Inanspruchnahme der Erleichterungen der §§ 326, 327 HGB, indem er die ihm

vorliegenden Daten mit denen der ebenfalls seit dem 1.1.2007 elektronisch geführten Handelsregister abgleicht. Dadurch ist eine flächendeckende **Kontrolle der Offenlegungspflichten** gewährleistet. Etwaige Versäumnisse werden an das neu geschaffene Bundesamt für Justiz gemeldet, welches nunmehr **von Amts wegen ein Ordnungsgeldverfahren** gegen die Mitglieder des vertretungsberechtigten Organs der veröffentlichungspflichtigen Gesellschaft einleitet. Unter Fristsetzung, den Veröffentlichungspflichten binnen sechs Wochen nachzukommen, werden Ordnungsgelder zwischen 2.500,00 € und 25.000,00 € angedroht und im Falle der Nichtbefolgung gegen die Mitglieder des Vertretungsorgans unter erneuter Fristsetzung und erneuter Androhung eines Ordnungsgeldes festgesetzt. Es steht also die persönliche Haftung der Mitglieder der Geschäftsführung für die Einhaltung der Veröffentlichungspflichten durch – bei mehrfacher Fristversäumnis wiederholte – persönliche Inanspruchnahme im Raum. Neben dem vertretungsberechtigten Organ kann das Bundesamt für Justiz auch die Gesellschaft selbst zur Zahlung des Ordnungsgeldes verpflichten.

Die Neuregelungen gelten für alle Jahresabschlüsse von nach dem 31.12.2005 beginnenden Geschäftsjahren. Wenn, wie im Regelfall, das Geschäftsjahr dem Kalenderjahr entspricht, sind also erstmals die Jahresabschlüsse per 31.12.2006 betroffen. Sie müssen bis spätestens 31.12.2007 offen gelegt werden und sind von der künftig flächendeckenden Kontrolle der Offenlegungspflicht erfasst. Zuverlässig entgehen können Unternehmen diesen Verpflichtungen nur, wenn sich ein Gesellschafter, der eine natürliche Person ist, entschließt, die volle Haftung für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich zu übernehmen. Aus der vollen persönlichen Haftung führen auch Wege wieder zurück, allerdings nur um den Preis einer mindestens fünf Jahre andauernden Nachhaftung des betroffenen Gesellschafters für alle bei seinem Ausscheiden als Vollhafter bestehenden Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Ob die Haftungsübernahme mit ihren Risiken in Kauf genommen werden kann, um die Publizität zu vermeiden, wird man nur im Einzelfall beurteilen können.

Dr. Egon Peus / Sebastian Hauptmann

Privates Baurecht: Neuregelungen in der VOB/B 2006

Der Hauptausschuss Allgemeines des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses (DVA) hat am 27.06.2006 erneut Änderungen der Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen Teil B (VOB/B) beschlossen. Die Neufassung ist am 18.10.2006 im Bundesanzeiger (Ausgabe Nr. 196) bekannt gemacht worden. Die für die Praxis wichtigsten Änderungen durch die VOB/B 2006 stellen sich wie folgt dar:

§ 8 Nr. 2 Abs. 1 hat folgende Fassung erhalten: „Der Auftraggeber kann den Vertrag kündigen, wenn der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt, von ihm oder zulässigerweise vom Auftraggeber oder einem anderen Gläubiger das Insolvenzverfahren (§§ 14 und 15 – InsO) beziehungsweise ein vergleichbares gesetzliches Verfahren beantragt ist, ein solches Verfahren eröffnet wird oder dessen Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird.“ Der bisher in der VOB/B enthaltene Kündigungsgrund der Beantra-

gung des Insolvenzverfahrens erfasste – seinem Wortlaut nach – nur den eigenen Antrag des Auftragnehmers, nicht hingegen den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch einen oder mehrere Gläubiger, insbesondere durch den Auftraggeber. In der Praxis bestanden daher Zweifel, ob jeder Insolvenzantrag das Kündigungsrecht begründet. Da die Interessenlage des Auftraggebers jedoch nicht davon abhängt, wer den Insolvenzantrag stellt, ist mit der Neufassung von § 8 Nr. 2 Abs. 1 nunmehr klargestellt, dass **jeder Antrag zur Kündigung berechtigt, wenn er nach der InsO zulässig ist.**

§ 13 Nr. 4 Abs. 2 lautet jetzt wie folgt: „Ist für Teile von maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen, bei denen die Wartung Einfluss auf Sicherheit und Funktionsfähigkeit hat, nichts anderes vereinbart, beträgt für diese Anlagenteile die Verjährungsfrist für Mängelansprüche abweichend von Abs. 1 zwei Jahre, wenn der Auftraggeber sich dafür entschieden hat, dem Auftragnehmer die Wartung für die Dauer der Verjährungsfrist nicht zu übertragen; dies gilt auch, wenn für weitere Leistungen eine andere Verjährungsfrist vereinbart ist.“ Durch die Neuregelung wird für die **maschinellen und elektrischen Anlagen** klargestellt, dass – was bisher überwiegende Meinung war – die **kurze Verjährungsfrist von 2 Jahren, wenn ein entsprechender Wartungsvertrag nicht abgeschlossen** worden ist, **auch dann gilt, wenn für weitere Leistungen eine andere Verjährungsfrist vereinbart ist**, wenn also z. B. – wie in der Praxis üblich – bei einem VOB-Vertrag vereinbart wird, dass die Gewährleistungsfrist für Mängelansprüche an Bauwerken statt 4 Jahre 5 Jahre beträgt.

§ 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 lautet jetzt: „Abschlagszahlungen sind auf Antrag in möglichst kurzen Zeitabständen oder zu den vereinbarten Zeitpunkten zu gewähren, und zwar in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen einschließlich des ausgewiesenen, darauf entfallenen Umsatzsteuerbetrages.“ Die bisherige Regelung sah nur vor, dass die Abschlagszahlungen in „möglichst kurzen Zeitabständen“ in Höhe der „nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen“ zu vergüten sein sollten. In der bauvertraglichen Praxis werden häufig Zahlungspläne zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vereinbart, die insbesondere Zeitpunkte für Abschlagszahlungen regeln. Durch die neue Fassung wird die **einvernehmliche Vereinbarung von festen Zahlungszeitpunkten ermöglicht, ohne dass die Gefahr des Verlustes der Privilegierung** und somit einer isolierten Inhaltskontrolle der einzelnen Bestimmungen **der VOB/B** besteht, weil diese nicht mehr als Ganzes vereinbart wurde. Eine Abschlagszahlung ist jedoch auch bei Vereinbarung von Zahlungszeitpunkten nur zu leisten, wenn jeweils eine entsprechende vertragsgemäße Leistung nachgewiesen wird.

§ 16 Nr. 3 Abs. 1 Satz 2 hat nunmehr folgenden Wortlaut: „Werden Einwendungen gegen die Prüfbarkeit unter Angabe der Gründe hierfür nicht spätestens innerhalb von 2 Monaten nach Zugang der Schlussrechnung erhoben, so kann der Auftraggeber sich nicht mehr auf die fehlende Prüfbarkeit berufen.“ In der Baupraxis kam es häufig vor, dass der Auftraggeber nach Zusendung einer Schlussrechnung schwieg und erst Monate danach – manchmal sogar erst im Rahmen eines Rechtsstreits – einwandte, die Rechnung sei nicht prüffähig und daher nicht fällig. Dieser Praxis hatte der Bundesgerichtshof (BGH) vor einigen Jahren bereits dadurch Einhalt geboten, dass er den Auftraggeber nach Treu und Glauben mit solchen **Einwendungen gegen die Prüffähigkeit einer Schlussrechnung** ausgeschlossen hat, die nicht **spätestens innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach deren Zugang** vorgebracht wurden. Mit der Änderung der VOB/B wird die Rechtsprechung des BGH zur Rechtsfolge des Versäumnisses der Prüffrist umgesetzt.

§ 16 Nr. 3 Abs. 5 lautet jetzt: „Ein Vorbehalt ist innerhalb von 24 Werktagen nach Zugang der Mitteilung nach den Absätzen 2 und 3 über die Schlusszahlung zu erklären. Er wird hinfällig, wenn nicht innerhalb von 24 Werktagen – beginnend am Tag nach Ablauf der in Satz 1 genannten 24 Werktagen – eine prüfbare Rechnung über die vorbehaltenen Forderungen eingereicht oder, wenn das nicht möglich ist, der Vorbehalt eingehend begründet wird.“ Es bestand in Rechtsprechung und Schrifttum keine Einigkeit darüber, wann die Begründungsfrist von weiteren 24 Werktagen zu laufen beginnt, d. h. erst mit Ablauf der ersten 24 Werktagen oder bereits mit der tatsächlichen Erklärung des Vorbehalts. Die Neuregelung stellt jetzt im Sinne der auftragnehmerfreundlichen Sichtweise ausdrücklich klar, dass die **Begründungsfrist von 24 Werktagen erst nach Ablauf der 24 Werktage für die Erklärung des Vorbehalts beginnt.**

§ 17 Nr. 5 Satz 1 lautet nun wie folgt: „Wird Sicherheit durch Hinterlegung von Geld geleistet, so hat der Auftragnehmer den Betrag bei einem zu vereinbarenden Geldinstitut auf ein Sperrkonto einzuzahlen, über das beide nur gemeinsam verfügen können („**Und-Konto**“).“ In der Praxis wurde das Sperrkonto in der Regel allein vom Auftraggeber eröffnet und zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer lediglich vereinbart, dass man über das Konto nur gemeinsam verfügen kann. Durch die Neuregelung wird der **Auftragnehmer geschützt**, da nur ein ausschließlich von Auftraggeber und Auftragnehmer gemeinsam eröffnetes Konto **insolvenzfest** ist. Das Und-Konto ist nunmehr als einzig zulässige Kontoart in der VOB/B vorgesehen.

§ 17 Nr. 6 Abs. 1 ist um den nachfolgenden Satz 2 ergänzt worden: „Sofern Rechnungen ohne Umsatzsteuer gemäß § 13 b UStG gestellt werden, bleibt die Umsatzsteuer bei der Berechnung des Sicher-

heitseinhalts unberücksichtigt.“ In der Vergangenheit hatten Auftraggeber häufig die Auffassung vertreten, die **Höhe des Sicherheitseinhalts** würde sich auch **bei Rechnungen ohne Umsatzsteuer ausweis** nach § 13 b UStG nach dem – fiktiven – Brutto-Rechnungsbetrag bestimmen. Die neue Re-

gelung stellt vor diesem Hintergrund klar, dass dies nicht der Fall ist, sondern der Sicherheitseinhalt in diesen Fällen lediglich **nach der Netto-Rechnungssumme** vorzunehmen ist.

Dr. Marco Krenzer

Öffentliches Baurecht: Neues Abstandsflächenrecht in NRW

Ende 2006 ist eine Änderung der Landesbauordnung in Kraft getreten. Die neue Regelung betrifft die erforderlichen **Abstandsflächen**. Es geht dabei um den Abstand, den ein Gebäude von der Grundstücksgrenze einhalten muss.

Die Regelungen sind nicht nur rechtstechnisch, sondern auch materiell vereinfacht worden. Eine Halbierung des ansonsten erforderlichen Abstandes gilt jetzt nicht mehr nur, wie bisher, an zwei Grundstücksgrenzen, sondern für eine jeweilige Länge von 16 m an jeder Grundstücksgrenze. Mindestens erforderlich ist jedoch 3 m Abstand (sofern nicht unmittelbar an die Grenze gebaut werden darf). Die Neuregelung kann eine spürbar **intensivere Ausnutzung** von kleineren Baugrundstücken für kleine und mittlere Gebäude, insbesondere auch Wohnbauten ermöglichen.

Die Flächenbegrenzung für **Abstellräume** direkt an der Grenze ist weggefallen. Garagen und Abstellräume, auch übereinander oder gestaffelt, dürfen hier jetzt mit einer Länge bis zu 9 m gebaut und genutzt werden. Sie dürfen nunmehr auch direkt vom Hauptgebäude aus zugänglich sein.

Zwei Regelungen sind für die Entwicklung von **Altbeständen**, vor allem auch im dicht bebauten innerstädtischen Bereich, von erheblichem Interesse. Bei bestandsgeschützten Gebäuden, die die heute gültigen erforderlichen Abstände nicht einhalten, hindert diese Unterschreitung des Abstandes in keinem Fall mehr „Änderungen innerhalb des Gebäudes“, vor allem aber nicht mehr – wenn der Abstand des Gebäudes zur Nachbargrenze mindestens 2,5 m beträgt – **Nutzungsänderungen**. Vormalig konnten solche Änderungen, insbesondere Umwidmung von Gewerbe zu Wohnraum oder Wohnraum zu Gewerbe, allein daran scheitern, dass das bestehende Gebäude heutige Abstandsflächenvoraussetzungen nicht erfüllte. Die Flexibilität für die Nutzung wird damit deutlich erhöht. Außerdem können unter den für Balkone geltenden privilegierenden Voraussetzungen in erheblich erleichterten Umfang auch funktionsgleiche sog. „Altane“ zugelassen werden, also freie begehbare Flächen, die auf Säulen außen an das Haus montiert werden. Der Gebrauchs- und Vermarktungswert älterer Wohnhäuser kann hierdurch gesteigert werden.

Dr. Egon A. Peus

Arbeitsrecht: Erste Rechtsprechung zur Altersdiskriminierung bei der Stellenbesetzung

Im vergangenen Jahr haben wir Sie ausführlich über das neu geschaffene **Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)** informiert. Auch wenn sich viele der im Vorfeld geäußerten Befürchtungen als überzogen herausgestellt haben und die angekündigte Klagewelle bisher nicht zu verzeichnen ist, bleibt doch eine gewisse Unsicherheit bei den Personalverantwortlichen, die insbesondere mit der differenzierten Beweislastregelung für Diskriminierungen zusammenhängt. Der Benachteiligungskläger muss gemäß § 22 AGG lediglich Indizien nachweisen, die eine Benachteiligung wegen eines der verbotenen Kriterien Rasse, Herkunft, Geschlecht, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexuelle Identität vermuten lassen. Der Arbeitgeber muss dann beweisen, dass kein Verstoß gegen die gesetzlichen Bestimmungen vorlag.

In der Zwischenzeit wurde ein **Urteil des Landesarbeitsgerichtes (LAG) München vom 16. August 2006** veröffentlicht, das zeigt, dass es abgelehnten Stellenbewerbern schwer fallen wird, eine angebli-

che Diskriminierung zu belegen, wenn der Arbeitgeber die grundlegenden Vorsichtsmaßnahmen einhält.

Dem Urteil liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: eine **52-jährige italienische Staatsangehörige** bewarb sich über einen Zeitraum von zwei Jahren hinweg insgesamt dreimal bei demselben Arbeitgeber. Ihre erste Initiativbewerbung wurde mangels passender Stellen abgelehnt. Eine weitere auf eine Stellenanzeige hin erfolgte Bewerbung wurde abschlägig beschieden, jedoch an ein anderes Werk der Arbeitgeberin weitergeleitet, in dem eine ähnliche Stelle zu besetzen sei. Auch hier wurde die Klägerin abgewiesen. Dasselbe geschah bei einer dritten, etwa ein Jahr später eingereichten Bewerbung. Während der Bewerbungsverfahren war der Bewerberin jeweils mitgeteilt worden, dass sie die Anforderungen der freien Stellen erfüllte, mit ihrer Bewerbung hervorragend abgeschnitten habe und in die engere Wahl gekommen sei. Auf Anfrage der Arbeitnehmerin wurden keine detaillierten Auskünfte über die

Gründe der Ablehnungen erteilt. Sie erhob daraufhin Klage und verlangte Schadenersatz in der sagenhaften Höhe von 55.000,00 € für den ihr seit der ersten Initiativbewerbung entgangenen Verdienst, reduzierte Rentenansprüche sowie die Bewerbungskosten einschließlich des Zeitaufwandes für die Bewerbungen (je ca. 9 Stunden).

Allein die Höhe und Zusammensetzung dieser Forderung dürfte beim Gericht den Eindruck des „AGG-Hopping“ erweckt haben. Sowohl das Arbeitsgericht München als auch das LAG München erteilten der Klägerin eine klare Abfuhr: es seien keine Tatsachen vorgetragen, die eine Benachteiligung auf Grund des Alters oder gar der Staatsangehörigkeit der Bewerberin vermuten lassen würden. Zwar sei sie unstrittig qualifiziert, teilweise sogar überqualifiziert. **Die Qualifikation sei jedoch nur eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für den Erfolg einer Bewerbung, weshalb der Bewerber weitere Umstände dafür glaubhaft machen müsse, das Alter oder seine Nationalität habe eine maßgebliche Rolle bei den Einstellungsentscheidungen gespielt.**

Die Argumentation der Klägerin laufe letztlich darauf hinaus, dass das Vorziehen jeglichen jüngeren Bewerbers bei grundsätzlich gleichem und stellenkompatiblen Qualifikationsprofil eo ipso eine Altersdiskriminierung indizieren müsse, was nicht nachvollziehbar sei. Beide Gerichte weisen darauf hin, dass die Arbeitgeberin in allen Fällen **nachvollziehbare** und **legitime Motive** für ihre Besetzungsentscheidungen

benennen konnte, nämlich sowohl die Überqualifikation der Klägerin für eine der ausgeschriebenen Stellen als auch die Tatsache, dass eine der vorgezogenen Bewerberinnen – eine bosnische Staatsangehörige – bereits als Zeitarbeiterin im Unternehmen bekannt war. Dazu, ob der Vortrag der Arbeitgeberin zu diesen Motiven in Anbetracht der fehlenden Indizien für eine Benachteiligung überhaupt erforderlich war, äußert sich das LAG München nicht.

Zur Zeit der angeblichen Diskriminierung war das AGG noch nicht in Kraft, so dass sich das LAG München ausschließlich auf die diesem zu Grunde liegende Antidiskriminierungs-Richtlinie der EU stützt. Da die Regelung der Darlegungs- und Beweislast im AGG aus Sicht des angeblich Benachteiligten sogar strenger ausgestaltet ist, lässt sich das Urteil auch für künftige Fälle heranziehen. Die in der Presse verbreitete Auffassung, Alte, Kranke, Behinderte und Ausländer könnten heute praktisch nicht mehr abgelehnt werden, trifft somit nicht zu. **Konsequenz für den Arbeitgeber** ist, dass für eine **diskriminierungsfreie Gestaltung von Stellenausschreibung und Bewerbungsverfahren** zu sorgen ist. Wenn dann noch in sich schlüssige und **diskriminierungsfreie Gründe für die Auswahlentscheidung** existieren – und dies dürfte selbstverständlich sein –, gibt es keinen Anlass für Angst vor Schadenersatzklagen.

Inken Hansen

Öffentliches Wirtschaftsrecht/Gesellschaftsrecht: Änderung des Gemeindefinanzrechts geplant

Städte und Gemeinden erfüllen weiterhin, wie seit Jahrzehnten, die traditionellen und klassischen öffentlichen Aufgaben, wie Straßenbau, Anlage von Erschließungseinrichtungen, Unterhaltung von Schulen, Überwachung durch das Ordnungsamt. Geordnete Kanalisation, Abfallbeseitigung, Versorgung mit Strom und Wasser waren Leistungen, die seit der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts ebenfalls vielfach als eigene Angelegenheiten der Gemeinde betrieben wurden. Solche und vielerlei andere Leistungen haben im 20. Jahrhundert zunehmend den Charakter allgemeiner wirtschaftlicher Tätigkeit bekommen. Erst recht gilt das für gemeindeeigenen Bau und Bewirtschaftung von Wohnungen. Landesrecht, nämlich das sog. „**Gemeindefinanzrecht**“, regelt näher, inwieweit den Gemeinden eine Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr erlaubt ist und welche Grenzen dafür bestehen.

Diese sollen nun in NRW geändert werden. Die Regierungsmehrheit strebt an, der **Privatwirtschaft weiteren Raum** zu geben und dafür umgekehrt der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden (ebenso Städten und Kreisen) engere Grenzen zu ziehen.

Ein entsprechender Gesetzentwurf wurde zwischenzeitlich vom Kabinett verabschiedet.

Es soll weiterhin sog. **nichtwirtschaftliche Tätigkeiten** von Gemeinden geben, für die geringere Zulässigkeitsvoraussetzungen bestehen. Dazu gehört etwa der Betrieb von Theatern, Museen, Sportanlagen und von Einrichtungen des Gesundheitswesens, der Straßenreinigung oder Abfallentsorgung. Deutlich eingeschränkt werden soll aber die Befugnis der Gemeinden, solche nichtwirtschaftlichen Leistungen außerhalb des Gemeindegebiets oder gar im Ausland zu erbringen.

Die Zulässigkeit allgemeiner **wirtschaftlicher** Betätigung einer Gemeinde soll erheblich zurückgedrängt werden. Bisher genügte, dass ein öffentlicher Zweck die Betätigung erforderte. Nunmehr soll Voraussetzung sein, dass dieser öffentliche Zweck **„dringend“** die Betätigung erfordert. Und neben dieser Bedingung wird zusätzlich noch gefordert, dass der dringende öffentliche Zweck durch andere (privatwirtschaftliche) Unternehmen „nicht ebenso gut und wirtschaftlich erfüllt werden kann“. Vormalig durften

Gemeinden eine wirtschaftliche Betätigung schon dann ergreifen, wenn Privatunternehmen die Zwecke nicht gerade besser erfüllen konnten. Jetzt soll schon bei **Effizienz-Parität die Privatwirtschaft** den Vorrang haben. Das sind keine klar abgrenzbaren und eindeutigen Merkmale. Die gewollte Tendenz ist aber deutlich.

Zunächst wird sich kaum etwas ändern. Denn bisher zulässigerweise ergriffene Tätigkeiten von Gemeinden sollen **Bestandsschutz** erhalten. Schon bei jeder wesentlichen Weiterentwicklung oder Erweiterung des Tätigkeitsbereichs dürften sich aber die einschränkenden Voraussetzungen bemerkbar machen. Denn die Beschränkungen der Gemeinden gelten nicht nur, wenn sie „im eigenen Namen“ eine solche Betätigung entfalten, sondern vor allem auch dann, wenn sie an Privatunternehmen (Kapitalgesellschaften, insbes. GmbH) beteiligt sind. Die Beschränkungen sollen auch für Fälle mittelbarer Beteiligungen gelten. Hier stößt der Landesgesetzgeber an grundsätzliche Grenzen. Denn das **Gesellschaftsrecht** ist **Bundesrecht**, und im Gesellschaftsrecht wird geregelt, dass Organe, etwa Geschäftsführer einer GmbH, Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft wie auch vor allem Aufsichtsratsmitglieder, umfassend auf die **Interessen der Kapitalgesellschaft** verpflichtet sind. Davon kann auch das Landes-Gemeindegewirtschaftsrecht nicht oder

höchstens in engen Grenzen abweichen, wenn es solche Gemeindevertreter in die Pflicht nehmen will.

Was von der Seite der Gemeinden aus vielfach eine politisch unerwünschte Schmälerung der wirtschaftlichen Aktivitätsmöglichkeiten ist, das ist umgekehrt für Unternehmer und Privatinvestoren ein Zuwachs an unternehmerischen Möglichkeiten. Brisanz haben die gemeindegewirtschaftsrechtlichen Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit der Gemeinden – und damit auch die Änderungen solcher Regelung – aus folgendem Grund: Nach dem Stand der Rechtsprechung ist es möglich, dass privatunternehmerische Konkurrenten eine bestimmte wirtschaftliche Aktivität einer Gemeinde (oder eines von einer Gemeinde gehaltenen Unternehmens) gerichtlich bekämpfen und Unterlassung verlangen, wenn eine solche Tätigkeit der Gemeinde durch die gemeindegewirtschaftsrechtlichen Einschränkungen untersagt ist. Abgesehen davon: **Organmitglieder**, Geschäftsführer, Vorstandsmitglieder und Aufsichtsratsmitglieder von Gesellschaften, die zu einem erheblichen Anteil von der öffentlichen Hand, insbesondere Gemeinden, gehalten werden, unterliegen einem rechtlich sehr komplizierten Geflecht **gesetzlicher Anforderungen**, die sie persönlich zu erfüllen haben.

Dr. Egon A. Peus

Energierrecht: Die Objektnetzausnahme des § 110 Abs. 1 EnWG für die Eigen- und Industrierversorgung

Energieversorgungsnetzbetreiber sind zur Entflechtung von Netzbetrieb und Energieversorgung verpflichtet und unterliegen grundsätzlich einer regulierungsbehördlichen Aufsicht, die mit umfangreichen Berichts- und Nachweispflichten sowie einem hohen Kostenaufwand verbunden ist. Eine Ausnahme von der Regulierung enthält § 110 EnWG für **Eigen- und Industrieleitungsnetze**, die auf (**konzern-) eigenem Werksgelände** betrieben werden, um die dem Unternehmen zuzurechnenden Produktionsstätten zu versorgen (sog. **Objektnetze**).

Voraussetzung dafür, dass eine solche **Infrastruktureinrichtung** unter die Objektnetzausnahme des § 110 Abs. 1 EnWG fällt, ist zunächst, dass ein **Energieversorgungsnetz** – d.h. ein Elektrizitäts- oder Gasversorgungsnetz unabhängig von der Spannungs- bzw. Druckstufe – vorliegt, über das **keine allgemeine Versorgung** erfolgt. Ein Netz der allgemeinen Versorgung setzt voraus, dass der Netzbetreiber bereit oder verpflichtet ist, jeden Letztverbraucher im Einzugsgebiet seines Netzes, der dies wünscht, an sein Netz anzuschließen und über sein Netz zu versorgen. Dies ist in der Regel der Fall, wenn sich ein Netzbetreiber gegenüber einer Gemeinde im Rahmen eines Konzessions-/Wegenutzungsvertrags entsprechend verpflichtet hat. Hingegen dürfte dieses Merkmal bei traditionell ge-

wachsenen Netzen wie z.B. auf Flughäfen sowie im Falle von Werksnetzen für bestimmte (meist industrielle) Abnehmer zu verneinen sein.

Darüber hinaus muss das Energieversorgungsnetz einer der **drei freistellungsfähigen Netzkategorien des § 110 EnWG** zuzuordnen sein: Hierbei handelt es sich um Betriebs-, Dienstleistungs- und Eigenversorgungsnetze.

Ein **Betriebsnetz** liegt gemäß § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG vor, wenn sich das Netz auf einem räumlich zusammengehörenden Betriebsgebiet befindet und (überwiegend) dem Energietransport im eigenen oder zu verbundenen Unternehmen dient. Diese Netzkategorie bezieht sich insbesondere auf **Werks- oder Industrienetze**. Für die Zusammengehörigkeit des Betriebsgebietes müssen sich die Netzanlagen auf einem als Einheit erscheinenden, **räumlich** in sich geschlossenen Gelände befinden. Kleinere Lücken – bspw. durch die Querung öffentlicher Straßen – sind unschädlich. Die **Nutzung** des Betriebsnetzes muss überwiegend (d.h. über 50%) eigenen Energietransportzwecken dienen. **Energietransport** im eigenen Unternehmen bedeutet, dass der Netzbetreiber selbst die gelieferte Energie verbraucht. Daneben ist der Energietransport an **verbundene Unternehmen** im Sinne des Art. 3 Abs. 2 der EG-

Fusionskontrollverordnung ausreichend. Hierbei handelt es sich um unter unternehmerischer Kontrolle des Netzbetreibers arbeitende Unternehmen bzw. um solche Unternehmen, die unter einheitlicher Leitung stehen. Unerheblich ist, ob der Netzbetreiber Tochtergesellschaft des oder der zu versorgenden Unternehmen oder aber deren Muttergesellschaft ist.

Dienstleistungsnetze (§ 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG) sind Energieversorgungsnetze, die auf einem räumlich zusammengehörenden **privaten Gebiet** liegen und die dem Netzbetreiber oder einem Beauftragten dazu dienen, durch einen bestimmten gemeinsamen **übergeordneten Geschäftszweck**, der über reine Vermietungs- und Verpachtungsverhältnisse hinausgeht, **bestimmbare Letztverbraucher** mit Energie **zu versorgen**. Die Verwirklichung des Geschäftszwecks muss bei Eingreifen der regulierungsbehördlichen Aufsicht zudem **unzumutbar erschwert** werden.

Als **privates Gebiet** in diesem Sinne ist ein Netzgebiet anzusehen, wenn es nicht lediglich eine öffentlich-rechtliche Funktion erfüllt, sondern zu einem einer industriellen Nutzung vergleichbaren sonstigen privat(-wirtschaftlich)en Zweck genutzt wird. Der Netzbetreiber muss zudem selbst oder vertreten durch eine Hilfsperson gleichzeitig **auch als Energielieferant** für die an das Netz angeschlossenen Letztverbraucher auftreten. Nicht erfasst sind solche Fallkonstellationen, bei denen die Energielieferung durch einen oder mehrere dritte Energielieferanten erfolgt. Als **Geschäftszweck** kommt jedes wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche (z.B. gemeinnützige) Interesse in Betracht, das Letztverbraucher und der Netzbetreiber dauerhaft gemeinschaftlich verfolgen. Er liegt insbesondere vor, wenn der Netzbetreiber bestimmbarer Letztverbraucher eine Vielzahl von Leistungen (wie Wasser, Werksfeuerwehr, Werksschutz usw.) zur Verfügung stellt, die über die Versorgung mit Strom und Gas hinausgehen und damit den Letztverbrauchern die Ausübung ihres Gewerbes erst ermöglichen.

Die **Unzumutbarkeit** regulierungsbehördlicher Aufsicht ist zu bejahen, wenn die mit der Regulierung für die am Geschäftszweck Beteiligten verbundenen Nachteile schwerer wiegen als die Vorteile, die der Allgemeinheit und den an das Netz angeschlossenen Letztverbrauchern aus einer uneingeschränkten Regulierung erwachsen. Im Rahmen einer solchen Abwägung sind insbesondere die innerhalb des Objektnetzverbundes installierten Rechtsinstrumentarien zu berücksichtigen, d.h. die in der Regel komplexen vertraglichen Strukturen zwischen Netzbetrieb und Letztverbrauchern.

Eigenversorgungsnetze (§ 110 Abs. 1 Nr. 3 EnWG) sind solche Netze, die sich auf einem räumlich zusammengehörenden Gebiet befinden und überwiegend der Eigenversorgung dienen. Erfasst

werden **nur Elektrizitäts-, nicht aber Gasversorgungsnetze**. Das Netzgebiet muss hier im Vergleich zu den anderen beiden Objektnetzarten von seiner Gebietsstruktur her einen besonders hohen Grad an Geschlossenheit vermitteln. Lücken werden nur in geringfügigem Maß akzeptiert. Daneben muss das Energieversorgungsnetz überwiegend (über 50%) der Eigenversorgung dienen. Insofern kommt auch der Transport von Zusatz- und Reservestrom über das jeweilige Netz in Betracht. Bei der **Eigenversorgung** handelt es sich zum einen um die unmittelbare Versorgung eines Letztverbrauchers aus der für seinen Eigenbedarf errichteten Eigenanlage. Erfasst sind hier Konstellationen, in denen ein Unternehmen eine Stromerzeugungsanlage errichten lässt, diese selbst betreibt und auch den darin erzeugten Strom selbst verbraucht. Die Mitversorgung Dritter ist hier ausgeschlossen. Zum anderen fällt unter die Eigenversorgung das sog. **Contracting**. Dabei errichtet und betreibt ein Dritter eine Stromerzeugungsanlage und versorgt daraus ausschließlich oder überwiegend einen bestimmbarer Letztverbraucher unmittelbar mit Strom. Unmittelbar ist die Versorgung, wenn der Strom von der Erzeugungsanlage aus direkt in das Objektnetz und von dort aus direkt an den Letztverbraucher geliefert wird.

Um die Privilegierung nach § 110 Abs. 1 EnWG zu erlangen, muss der Objektnetzbetreiber oder sein Beauftragter schließlich die **personelle, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit** besitzen, um den Netzbetrieb entsprechend der Vorschriften des EnWG – auch ohne Eingreifen der regulierungsbehördlichen Aufsicht – auf Dauer zu gewährleisten. Netzbetreiber ist derjenige, der in tatsächlicher Hinsicht die für den Energietransport erforderlichen Aufgaben ausführt und zusätzlich in rechtlicher Hinsicht für einen gesetzeskonformen Netzbetrieb verantwortlich ist. Beauftragter des Netzbetreibers ist insbesondere sein Betriebsführer, von dessen Entscheidung der Ablauf des Netzbetriebs abhängen muss.

Die zuständige Regulierungsbehörde (regelmäßig die Landesregulierungsbehörde) entscheidet auf Antrag nach § 110 Abs. 4 EnWG, ob die Voraussetzungen nach § 110 Abs. 1 EnWG vorliegen. Die Tatbestandsvoraussetzungen sind vom Antragsteller nachzuweisen. In Rechtsprechung und Literatur umstritten ist die Frage, ob der Entscheidung der Regulierungsbehörde eine **konstitutive** (die behördliche Entscheidung ist Voraussetzung für eine Freistellung) oder nur eine **deklaratorische Wirkung** (die Freistellung greift unabhängig davon, ob der Antrag gestellt wird oder nicht) zukommt. Die Bundesnetzagentur und die Mehrheit der Landesregulierungsbehörden gehen bislang von einer deklaratorischen Funktion des Antragserfordernisses aus. Rechtsfolge der Privilegierung des Netzbetreibers nach § 110 Abs. 1 EnWG ist, dass dieser von der Regulierung des Netzbetriebes (Entflechtung, Vorgaben zur Gewährleistung von Netzzugang und Netzanschluss, Ge-

nehmungspflicht des Netzbetriebs, Meldungspflicht von Versorgungsstörungen, Beitragspflicht und Grundversorgungspflicht) ausgenommen ist. Die privilegierten Objektnetze unterliegen aber wei-

terhin der Aufsicht nach dem allgemeinen Kartellrecht.

Dr. Christian Stenneken / Dr. Hans-Christoph Thomale

Kartellrecht: Verschärfung der energiekartellrechtlichen Preismissbrauchsaufsicht

Um missbräuchlich überhöhte Energiepreise zu bekämpfen, soll neben die Preisregulierung der Netze durch die Bundesnetzagentur mit einem neuen § 29 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) eine **Preiskontrolle** durch das **Bundeskartellamt** treten. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi) hat hierzu Ende des letzten Jahres einen Referentenentwurf vorgelegt. Dieser ist im Hinblick auf die Energiewirtschaft – daneben ist weiter beabsichtigt, eine Verschärfung der Preisaufsicht in der Lebensmittelbranche bei den sog. „Unter-Einstandspreisverkäufen“ einzuführen – Teil eines umfangreichen Maßnahmenpakets, zu dem auch die angekündigte Kraftwerksanschlussverordnung gehört. Systematisch handelt es sich um eine Verschärfung der bislang in den §§ 19, 20 GWB geregelten **Missbrauchsaufsicht** für einen bestimmten Wirtschaftssektor, die bis zum 31. Dezember 2012 zeitlich begrenzt sein soll.

Der Entwurf enthält für die Unternehmen der Energiewirtschaft (Anbieter von Elektrizität, Gas oder Fernwärme) ein Verbot, **Entgelte** zu fordern, „die die **Kosten** in unangemessener Weise überschreiten“. Damit wird der Preismissbrauch zu einem **Verbotstatbestand**, der auch zivilrechtlich durchsetzbar wäre. Nicht näher dargelegt wird, was als „unangemessen“ gelten soll. Einer der wesentlichsten Kritikpunkte ist, dass unklar bleibt, an welchen **Kostenbegriff** angeknüpft wird. Hier fehlt bereits die Klarstellung, dass ein Entgelt, das nebst einer Kostendeckung einen angemessenen Gewinn ausweist, nicht unangemessen sein kann. Ein Hinweis auf das Grenzkostenprinzip ist ebenfalls weder der Neuregelung noch deren Begründung zu entnehmen. Die Berechnung und Zurechnung von Kosten ist in der Praxis kaum exakt durchführbar. Noch wesentlicher ist, dass deren Bewertung notwendigerweise mit der Beurteilung unternehmerischen Verhaltens verbunden ist. Welche finanziellen Aufwendungen sind für welche Kosten angemessen? Dies führt zu **erheblichen Beurteilungsspielräumen** der Kartellbehörden. Der wissenschaftliche Beirat des BMWi hat dann auch zu Recht diesen Aspekt als **ordnungspolitisch bedenklich** eingestuft. Nach dem Gesetzesentwurf wäre es möglich, bei der Missbrauchsprüfung zukünftig auf durchschnittliche Erzeugungskosten abzustellen. Die Preiskontrolle würde damit eine Ausnahme zur bisherigen Missbrauchsaufsicht darstellen, da sie Marktergebnisse beurteilt und nicht auf wettbewerbsbeschränkendes Verhalten gegenüber Konkurrenten abstellt.

Ein weiterer Punkt, der erheblich kritisiert wird, ist der **Wegfall** des sog. **Erheblichkeitszuschlags** beim Vergleich von Preisen verschiedener Energieversorgungsunternehmen. Damit würde ein relevanter Preismissbrauch bereits dann vorliegen, wenn das Entgelt eines marktbeherrschenden Unternehmens das eines anderen Versorgers – ausdrücklich einbezogen in das Vergleichsmarktkonzept werden auch Märkte ohne wirksamen Wettbewerb – nur geringfügig überschreitet. Bislang hat die Rechtsprechung – BGH vom 28. Juni 2005 „Stadtwerke Mainz“ – an dem Grundsatz festgehalten, dass ein Missbrauch erst vorliege, wenn das tatsächliche Verhalten erheblich von dem redlichen Vergleichsverhalten abweicht. Das ist auch sachgerecht, denn allein der Unterschied in der Preisgestaltung zweier als vergleichbar eingestufte Unternehmen stellt noch keinen Missbrauch dar. Das Verbot einer pauschalierenden Betrachtung erklärt sich damit, dass auch ein marktbeherrschendes Unternehmen in seinem unternehmerischen Verhalten grundsätzlich frei ist. Ein Eingriff ist erst dann gerechtfertigt, wenn die Umstände des Einzelfalls es nahe legen, dass das unternehmerische Verhalten in einem Maße von dem vergleichbaren Durchschnitt abweicht, dass die Abweichung nicht mehr als Ausdruck durch den Wettbewerb geleiteten, autonomen unternehmerischen Verhaltens zu betrachten ist.

Der Erheblichkeitszuschlag ist im Übrigen auch deshalb sinnvoll, weil das Unternehmen zumeist nicht zuverlässig einschätzen kann, bei welchem Preis die Schwelle zwischen erlaubtem und missbräuchlichem – damit bußgeldbewehrtem – Verhalten verläuft. Auch die in dem Entwurf enthaltene **Beweislastumkehr** ist nicht unumstritten. Zwar spricht zunächst das öffentliche Interesse an einer umfangreichen Sachaufklärung, insbesondere hinsichtlich von Fakten, die in der Sphäre des Versorgungsunternehmens angesiedelt sind, für eine derartige Regelung. Andererseits darf nicht außer Acht bleiben, dass im Bereich der Eingriffsverwaltung die materielle Beweislast, die die Behörde trifft, nicht ohne weiteres verändert werden darf. Der bloße Tatbestand unterschiedlicher oder ungünstiger Preise eines marktbeherrschenden Unternehmens hingegen indiziert noch keinen Preishöhenmissbrauch. Eine Umkehr der Beweislast begegnet daher **rechtsstaatlichen Bedenken**. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass bereits die bestehende Regelung in § 19 Abs. 3 GWB zur Feststellung der Marktbeherrschung eine Verschiebung der Beweislast beinhaltet. Das in einem Kartellzivilverfahren beklagte Energieversor-

gungsunternehmen verfügt über keine detaillierte Kenntnis der Preiskalkulation der Wettbewerber. Damit würde es vor unüberwindbaren Schwierigkeiten bei der sachlichen Rechtfertigung der fehlenden Vergleichbarkeit der Märkte stehen. Preisvergleiche im Energiesektor sind ohnehin komplex und äußerst ermittlungintensiv. Für die zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts scheinen sie damit ohnehin wenig geeignet. Faktisch droht mit der Beweislastumkehr eine **Preiskontrolle**. Um ein entsprechendes Missbrauchsverfahren zu vermeiden, wird den Energieversorgern nichts anderes übrig bleiben, als die Kartellämter vor der Preisfestsetzung zu unterrichten.

Festzuhalten ist, dass mit der **sektorspezifischen Sonderregelung** in Ergänzung zur bisherigen Regulierung die Kontrolle von Preisen dort vorgenommen werden soll, wo der Markt aufgrund unzureichenden Wettbewerbs dies nicht selbst schafft. Bedenklich ist, dass dafür **Grundprämissen** der **Missbrauchskontrolle aufgegeben** werden sollen. an.

Dabei sind sich Befürworter und Kritiker dahingehend einig: Nur eine Verstärkung des Wettbewerbs kann die Preise angemessen kontrollieren. Bereits nach geltendem Recht können Kostenfaktoren oder ein Vergleich von Kosten und Erlösen in Preismissbrauchsverfahren relevant sein. Entsprechende Verfahren laufen bereits, deren rechtskräftiger Ausgang sollte zunächst abgewartet werden. Der Preis, der sich am Markt – und sei es auch nur an einem Vergleichsmarkt – herausgebildet, hat als wettbewerbsanalog zu gelten. Eine Kontrolle über dessen „Angemessenheit“ könnte dazu führen, dass kein Preiswettbewerb mehr aufkommt. Kein Unternehmen würde mehr zu einer Preisführerschaft bereit sein, wenn der wettbewerbsanaloge Preis sich an den Preisen des Unternehmens orientieren müsste, das die niedrigsten Kosten aufweist. Dies gilt auch mit Blick auf neue Energieanbieter, die in den Markt eintreten wollen.

Dr. Andreas Lotze

Vergaberecht: Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte - Bundesverfassungsgericht vs. Europäischer Gerichtshof?

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat mit Beschluss vom 13. Juni 2006 (1 BvR 1160/03) darauf erkannt, es **verletze nicht den Gleichheitssatz** des Grundgesetzes (Art. 3 Abs. 1 GG), dass der Gesetzgeber den Rechtsschutz gegen Vergabeentscheidungen unterhalb der Schwellenwerte anders gestaltet hat als den gegen Vergabeentscheidungen, die die **Schwellenwerte** überschreiten. Auf Basis dieser Entscheidung ist teilweise der Eindruck entstanden, dass das BVerfG damit **Vorgaben aus europarechtlichen Grundfreiheiten** und verschiedene **Urteile des Europäischen Gerichtshofs** (EuGH) zum Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte missachtet und in Deutschland primäre Rechtsschutzansprüche bei Unterschwellenvergaben gänzlich eine Absage erteilt hat. Dies ist bei nüchterner Betrachtung nicht der Fall.

Nur etwa 10% aller kommunalen Aufträge erreichen die für europaweite Vergabeverfahren geltenden Schwellenwerte (VOB/A-Bereich: 5,2 Mio. Euro; VOL/A und VOF: 211.000,- Euro). Ab diesen Summen gilt das sog. **Kartellvergaberecht** der §§ 97 ff. GWB, wonach ein Bieter **vor der Zuschlagsentscheidung (Primär-)Rechtsschutz** gegen Entscheidungen der Vergabestelle begehren kann (beispielsweise wegen des völligen Verzichts auf Ausschreibungen, Anwendung ausschließlich nationaler statt internationaler Industrienormen, Verkürzung der Angebots- und Zuschlagsfristen oder einer etwaigen falschen Angebotswertung etc.). Ein Nachprüfungsverfahren ist erstinstanzlich vor der Vergabekammer bei der Bezirksregierung, zweitinstanzlich vor dem zuständigen Oberlandesgericht zu führen. Wird ein Vergabeverstöß festgestellt, hat die Verga-

bestelle die Maßnahmen zu ergreifen, die den **Rechtsverstoß beseitigen**, was – wenn eine Heilung in einem laufenden Verfahren nicht mehr möglich ist – bis hin zur Aufhebung und Neuausschreibung gehen kann. Der Rechtsschutz eines Bieters in einem europaweiten Vergabeverfahren geht damit sehr weit; hierzu trägt zusätzlich bei, dass er **im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens Einsicht in die Akten der Vergabestellen** nehmen darf. Findet er hier weitere (vorher unbekannte) Vergabeverstöße, kann er diese **noch in das laufende Verfahren einbringen**. Das kann für Antragsteller höchst attraktiv sein.

Für die restlichen ca. 90% der kommunalen Aufträge existiert **kein gesetzlich ausgebildetes Rechtsschutzsystem** für Bieter vor der Erteilung des Zuschlags. Aber auch bei nicht die Schwellenwerte erreichenden Beschaffungsvorgängen kann es zu Vergabefehlern etwa in Form von unterlassenen Bekanntmachungen, Diskriminierungen oder bspw. Fristfehlern kommen. Deshalb kam die Frage auf, ob die gesetzgeberische Nichtgewährung von Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte eine **Ungleichbehandlung** gegenüber Bietern dieser Verfahren im Vergleich zu Teilnehmern an europaweiten Ausschreibungen darstellt. Das **BVerfG hat dies verneint**. Es sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber davon ausgeht, dass der mögliche **Ertrag an Wirtschaftlichkeit**, den ein gesetzliches Rechtsschutzsystem mit sich bringt, **erst bei werthaltigeren Beschaffungsvorgängen steige**. Der (bislang untätige) Gesetzgeber habe durch seine erkennbare Höherbewertung eines **zügigen und wirtschaftlichen Beschaffungsvor-**

gangs unterhalb der Schwellenwerte seinen – in weitem Maße bestehenden – Ermessensspielraum in verfassungsgemäßer Weise ausgeübt. Gegen die Zweigleisigkeit des Rechtsschutzsystems im deutschen Vergaberecht können hiernach keine rechtlichen Bedenken erhoben werden.

Gleichzeitig aber hat das BVerfG in dieser Entscheidung betont, dass die Art und Weise einer Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte **an dem allgemeinen Gleichheitssatz des Grundgesetzes (Art. 3 Abs. 1 GG) zu messen** sei und **jedenfalls eine Willkürkontrolle über das Verhalten der Vergabestelle möglich** sei. Denn das Grundgesetz garantiere Rechtsschutz über den **allgemeinen Justizgewährungsanspruch** auch, wenn bislang keine konkrete gesetzliche Ausgestaltung vorgenommen worden ist.

Diesem Teil des Beschlusses wird bislang bei der Deutung der Entscheidung vom 13. Juni 2006 zu wenig Beachtung geschenkt. **Das BVerfG** spricht sich damit nämlich keinesfalls generell gegen primären Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte aus, sondern bejaht einen solchen gerade. Was es freilich versäumt, ist der Hinweis auf die bereits vorliegende und auch vom BVerfG zu beachtende Rechtsprechung des EuGH, nach der bei Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte **nicht nur der allgemeine Gleichheitsgrundsatz** des nationalen Verfassungsrechts (also die Willkürfreiheit einer Vergabeentscheidung) zu beachten ist, sondern **auch direkt die Grundfreiheiten des EG-Vertrages Anwendung finden** können. Dies ist nach der Entscheidung des EuGH vom 20. Oktober 2005 (C-264/03) jedenfalls dann der Fall, wenn eine Unterschwellenvergabe sog. **Binnenmarktrelevanz** aufweist, d.h. der betreffende Auftrag auch für Bieter aus dem europäischen Ausland interessant sein kann, was speziell im Baubereich (Straßenbau, Hochbau, Tiefbau etc.) häufig in Betracht kommen dürfte. Hier nehmen Unternehmen mittlerweile weite Anfahrtswege – beispielsweise aus den Niederlanden – in Kauf.

Auch die EU-Kommission vertritt in ihrer Mitteilung zur Handhabung von Unterschwellenvergaben vom 24. Juli 2006 (ABl. 2006 C 294, S. 52) die Ansicht

des EuGH vertritt. Sie **konkretisiert die Handlungsvorgaben der Grundfreiheiten weiter** und fordert, dass in jedem Fall die folgenden Maßgaben auch bei Nichterreichen der Schwellenwerte gerichtlich überprüfbar sein müssen: Sicherstellung einer angemessenen **Veröffentlichung**, Beachtung des **Diskriminierungsverbots**, Einräumung einer ausreichenden **Angebotsfrist** und Beachtung der **Gleichwertigkeit** von ausländischen Nachweisen und Bescheinigungen im Rahmen des Eignungstests. Was aus dieser – anders als die Grundfreiheiten des EG-Vertrags keine gesetzliche Bindungskraft entfaltenden – Konkretisierung der EU-Kommission wird, bleibt allerdings vorerst abzuwarten; die Bundesrepublik hat hiergegen am 14. September 2006 Klage vor dem EuGH erhoben.

Hinzuweisen ist abschließend darauf, dass die Auffassungen, **bei welchem Gericht vergaberechtlicher Rechtsschutz** unterhalb der Schwellenwerte eingeholt werden kann, auseinander gehen. Das kann von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich sein und bedarf der **Prüfung im Einzelfall**. Der Verfassungsgerichtshof des Landes Baden-Württemberg (vgl. Beschluss vom 30.10.2006 - 6 S 1522/06) bevorzugt die Zivilgerichte, das hiesige Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen dagegen die Verwaltungsgerichte (vgl. Beschluss vom 04.05.2006 - Az: 15 B 692/06). Auch das **Verwaltungsgericht Gelsenkirchen** vertritt letzteres (VG Gelsenkirchen vom 12.07.2006 - 12 L 673/06). Es begründet seine Ansicht damit, dass das Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte in zwei Phasen unterteilt sei, in die – durch **Normen des öffentlichen Rechts** geprägte – **Ausschreibungs- und Auswahlphase** einerseits und die **Abschlussphase** andererseits, die sich im zivilrechtlichen Vertragsschluss widerspiegeln. Hat ein Bieter den Zuschlag noch nicht erhalten, bleibe das zwischen ihm und der öffentlichen Stelle bestehende Rechtsverhältnis **im öffentlich-rechtlichen Teil** der Ausschreibung verhaftet. Vor Zuschlagserteilung könnten Bieter dementsprechend Ansprüche gegen die öffentliche Stelle **vor den Verwaltungsgerichten** geltend machen.

Dr. Stefan Mager

Vergaberecht: „Gebremste“ Ausschreibungspflicht im Linienverkehr nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Oktober 2006

Mit seiner Entscheidung vom 19. Oktober 2006 (3 C 33.05) hat das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) eine jahrelange Kontroverse um die Frage der **Erteilung eigenwirtschaftlicher Verkehrskonzessionen** beendet und für **Rechtsklarheit in der gesamten ÖPNV-Branche** gesorgt. Grundlage für eine Betätigung im ÖPNV (lokaler Verkehr mit Bussen, Straßen- und U-Bahnen) ist die Erteilung einer Verkehrskonzession. Eine solche ist auf maximal

acht (Busverkehr) bzw. 25 Jahre (Straßenbahnen) befristet. Das Verfahren zur Erteilung einer Verkehrskonzession unterscheidet zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehren. **Eigenwirtschaftlich** sind - verkürzt - Verkehrsdienstleistungen, die **kostendeckend** betrieben werden. **Gemeinwirtschaftliche Verkehre** bedürfen der **Bezuschussung** und sind nach § 13a Personenbeförderungs-

gesetz (PBefG) in Verbindung mit der Europäischen Verordnung 1191/69 **ausschreibungspflichtig**.

In der Praxis wurde bislang die überwiegende Anzahl der Verkehre als eigenwirtschaftlich qualifiziert, obwohl auch bei solchen überwiegend eine **interne Bezuschussung** u.a. durch Verlustausgleich im steuerlichen Querverbund – mit etwaigen Gewinnen der Stadtwerke wird der chronisch defizitäre ÖPNV unterstützt - stattgefunden hat. Vertreten wurde, dass Zuschüsse der öffentlichen Hand zu den Kosten einer Verkehrsleistung deren Eigenwirtschaftlichkeit nicht aufheben würde, da es sich bei den gewährten Beträgen um „**handelsrechtliche Unternehmererträge**“ i.S.d. **§ 8 Abs. 4 S. 2 PBefG** handele. Ausschreibungen von Verkehrsdienstleistungen im ÖPNV sind deshalb oftmals unterbleiben. Eine Ausnahme bildeten allein Städte und Kreise im **Bundesland Hessen**, in denen seit einigen Jahren **intensiv Ausschreibungsverfahren um ÖPNV-Konzessionen** betrieben wurden.

In seinem Urteil vom 19. Oktober 2006 hat das **BVerwG nun klargestellt**, dass das **Unterbleiben von Ausschreibungsverfahren** im Bereich der eigenwirtschaftlichen Verkehre des ÖPNV mit der beihilferechtlichen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes in Sachen **Altmark Trans** (EuGH, Urteil vom 24. 7. 2003, Rs. C-280/00) **konform geht**. Der EuGH hatte hier gefordert, dass auf Ausschreibungen, die bezuschusst werden, nur dann verzichtet werden könne, wenn das nationale Recht tatsächlich eine rechtssichere sog. Teilbereichsausnahme von der VO 1191/69 enthält.

Das BVerwG führt nun aus, dass mit der Regelung der §§ 8 Abs. 4, 13 Abs.1 PBefG der bundesdeutsche Gesetzgeber eine solche **Ausnahme angeordnet** habe. Hiernach sei es möglich, auch defizitäre und notwendig auf öffentliche Zuschüsse angewiesene Verkehrsleistungen von den Bestimmungen der insoweit einschlägigen Verordnung freizustellen. Das BVerwG stellt klar, dass die **Zweifel des EuGH auf einer fehlerhaften Darstellung der deutschen Rechtslage im Vorlagebeschluss** beruhte. Hierin sei fälschlicherweise dargestellt worden, dass der Unternehmer ein Wahlrecht zwischen einer Genehmigung nach § 13 oder § 13a PBefG habe. Dies sei unzutreffend, da sich das Wahlrecht des Unternehmers auf die Entscheidung beschränke, ob er auf eigenes Risiko mit den ihm zur Verfügung stehenden Finanzmitteln einen Linienverkehr betreiben will oder nicht. **Wird dies von ihm verneint**, so liegt das weitere **Vorgehen in der Hand des Aufgabenträgers**; dieser hat zu prüfen, ob eine eigenwirtschaftlich nicht zu erbringende Verkehrsleistung für eine ausreichende Verkehrsbedienung nötig ist, und hat darauf aufbauend die Möglichkeit, für eine gemeinwirtschaftliche Erbringung der Verkehrsleistung zu sorgen. Bei der Genehmigung nach § 13 PBefG liege mithin die Initiative beim Unternehmer, während im Fall des § 13a PBefG der Aufgabenträger initiativ

werden müsse. Diese **gestufte Konstruktion**, so das BVerwG, lasse keinen Raum für Zweifel, welche Verkehrsleistungen der deutsche Gesetzgeber von der Anwendung VO 1191/69 freistellt und für welche er die Verordnung für maßgeblich habe erklären wollen. Die Vorschriften der §§ 8 Abs. 4, 13 PBefG würden insoweit den aus dem **Grundsatz der Rechtssicherheit** folgenden Erfordernissen der **Bestimmtheit** und **Klarheit** genügen. Dem ist zuzustimmen.

Ebenfalls zu begrüßen ist die im Rahmen der Entscheidung ferner geäußerte Auffassung des BVerwG, dass die **Wirksamkeit** der Auftragsvergabe **nicht davon abhängig sei**, ob eine Subventionierung von Buslinien mit den EU-Vorschriften über die **Zulässigkeit von Beihilfen** vereinbar ist. Die Rechtmäßigkeit etwaiger Zuschüsse sei **allein** in dem dafür vorgesehenen **Verfahren nach Artikel 87 ff. EGV** zu prüfen. Selbst wenn es sich um **unzulässige Beihilfen** handele, würden diese Zuzahlungen **sonstige Unternehmererträge** im handelsrechtlichen Sinne und damit im Sinne von § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG darstellen. Auch Beihilfen gehören damit zu den sonstigen Unternehmererträgen, unabhängig davon, ob sie gemeinschaftsrechtlich zulässig sind oder nicht.

Eine Genehmigung nach § 13 PBefG darf danach nicht (mehr) mit der Begründung versagt werden, dass der beabsichtigte Linienverkehr durch gemeinschaftsrechtlich unzulässige Beihilfen finanziert werde; die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Beihilfen liegt allein bei der EU-Kommission. Aufgrund der Trennung dieser beiden Prüfungsverfahren (Genehmigung und Beihilfe) wird damit zu rechnen sein, dass **unterlegene Konkurrenten** demnächst **verstärkt** die Möglichkeit wahrnehmen werden, **bei der Kommission wegen einer unzulässigen Beihilfe eine Anzeige zu erstatten**. Der Vorteil für konkurrierende private Verkehrsunternehmen liegt darin, dass das betreffende Beihilfe-Verfahren **jederzeit in Gang** gesetzt werden kann. Für den Inhaber der Genehmigung beinhaltet das „Parallelverfahren“ das **wirtschaftliche Risiko**, unzulässig erhaltene Beihilfen nach Maßgabe des Europarechts **zurückzahlen zu müssen**.

Zieht man ein Resümee, so ist zu konstatieren, dass das Urteil des BVerwG vom 19. Oktober 2006 den **Wettbewerbsdruck** im Bereich der Vergabe von Linien-Konzessionen im ÖPNV-Bereich zunächst geschwächt hat. Von einer vollkommenen **Aufhebung des Wettbewerbs kann allerdings nicht gesprochen werden**. Denn bei genauerem Hinsehen **verlagert sich das wettbewerbliche Korrektiv in den Bereich des Beihilferechts**. Dieses wird durch die Entscheidung gestärkt, indem die Subventionierung im ÖPNV der jederzeitigen Prüfung durch die Europäische Kommission unterliegt. Dies kann – nimmt man die Kommissionspraxis in anderen Wirtschaftsbereichen in den Blick – ein **nicht unerhebliches**

Gefahrenpotential für die kommunalen Aufgabenträger und deren – ohne Ausschreibung beauftragungsfähigen - Verkehrsgesellschaften beinhalten.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass mit Inkrafttreten der **Nachfolgeverordnung zur VO 1191/69** noch **im Laufe dieses Jahres** zur rechnen sein dürfte. Bleibt es bei der bisherigen Formulierung im Vorschlag der Kommission vom 20. Juli 2005 (KOM(2005)319) kann sich ein **Anpassungs-**

bedarf auch für das deutsche PBefG ergeben. Ob der deutsche Gesetzgeber dann noch an der bestehenden Systematik, insbesondere an der nunmehr höchstrichterlich festgestellten „rechtssicheren Teilbereichsausnahme“, festhalten kann, bleibt abzuwarten. Der vorliegende Verordnungsentwurf sieht **keine derartige Ausnahme mehr** vor.

Dr. Andreas Lotze / Dr. Stefan Mager

Vertragsarztrecht: Erweiterte Möglichkeiten zur Anstellung von Ärzten und ihre steuerlichen Auswirkungen

Das zum 01.01.2007 in Kraft getretene **Vertragsarztrechtsänderungsgesetz (VÄG)** eröffnet neue Gestaltungsspielräume für niedergelassene Ärzte, deren Konkurrenzfähigkeit im Wettbewerb zu medizinischen Versorgungszentren und Krankenhäusern gestärkt werden soll. Die Zukunft gehört auch in diesem Sektor unternehmerisch denkenden Ärzten, die größere, schlagkräftigere Einheiten bilden werden. Das VÄG beinhaltet neben der Erleichterung der Kooperation zwischen Vertragsärzten, der Kooperation von Vertragsärzten mit anderen Leistungserbringern und der überörtlichen Tätigkeit vor allem die Verbesserung der Möglichkeiten zur Anstellung von Ärzten in der Vertragsarztpraxis. Viele der neuen Regelungen bedürfen noch der Umsetzung im Bundesmantelvertrag (BMV), in dem die Vertreter der Kassen und Ärzte die Voraussetzungen der Vergütung der kassenärztlichen Leistungen regeln, so dass derzeit noch nicht endgültig absehbar ist, in welchem Umfang sie sich verwirklichen lassen werden; erst nach dieser Umsetzung, die bis Sommer 2007 zu erwarten ist, werden die Zulassungsausschüsse diese Anstellungsverhältnisse genehmigen können.

Mit den neuen kassenarztrechtlichen Bestimmungen hat der Gesetzgeber die 2004 durch den Deutschen Ärztetag mit seiner Musterberufsordnung (MBO) vorgeprägten Liberalisierungen umgesetzt, teilweise sogar übertroffen. Das auf der Grundlage der MBO erlassene Berufsrecht, in Nordrhein-Westfalen die Berufsordnung der Ärztekammer Nordrhein aus dem Jahre 2005 und die Berufsordnung der Ärztekammer Westfalen-Lippe aus dem Jahre 2006, hat jeder Arzt – gleich ob niedergelassen oder angestellt – zu beachten. Es bestimmt die Anstellungsmöglichkeiten im Wesentlichen mit. Da über das rechtliche Verhältnis zwischen dem an sich höherrangigen Vertragsarztrecht (Bundesrecht) und dem unter Umständen spezielleren Berufsrecht (Landesrecht) bisher nicht abschließend entschieden ist, ist damit zu rechnen, dass beide in der Zulassungspraxis parallel zueinander Berücksichtigung finden werden.

Die frühere **zahlenmäßige Begrenzung von Anstellungsverhältnissen auf eine Vollzeit- oder zwei Halbtagsstellen ist aufgehoben**. Im gesperrten Planungsbereich, d.h. in Gebieten mit ärztlicher

Überversorgung, ist allerdings nach wie vor die Verpflichtung zur Einhaltung der **Leistungsbeschränkungen** in Kauf zu nehmen. Ausnahmen können zur Deckung eines zusätzlichen **lokalen Versorgungsbedarfes** beispielsweise in ländlichen Regionen oder am Stadtrand beantragt werden. Da die Vertragsparteien des BMV durch das VÄG beauftragt sind, Regelungen über den zulässigen zahlenmäßigen Umfang unter Berücksichtigung der Versorgungspflicht des anstellenden Arztes und über die Voraussetzungen eines lokalen Sonderbedarfes zu treffen, haben die Kassenärztlichen Vereinigungen angekündigt, weitere Anstellungsverhältnisse erst nach Abschluss dieses Vertrages zuzulassen.

In Gebieten, in denen keine ärztliche Überversorgung besteht, ist eine Anstellung auch **über die Grenzen des Fachgebietes bzw. der Facharztbezeichnung hinaus** zulässig; insoweit sind allerdings die berufsrechtlichen Schranken zu beachten. Insbesondere im Bezirk Nordrhein sieht die Berufsordnung diese gebietsüberschreitende Anstellung im Gegensatz zu Westfalen-Lippe nicht vor. Bei derartigen Planungen sollte daher geprüft werden, ob auf das Modell des Medizinischen Versorgungszentrums ausgewichen werden kann (s. dazu unser Rundschreiben 5/2005).

Hoch interessant ist die Möglichkeit, den **Vertragsarztsitz eines zugelassenen Arztes zu übernehmen**, wenn dieser in der Praxis **angestellt** wird. Dadurch erhält die Praxis die Möglichkeit, das zusätzliche Budget zu nutzen. Der Kassenarztsitz bleibt auch beim Ausscheiden des Kollegen bei der Praxis und kann dort neu besetzt werden. In diesem Bereich sollen die niedergelassenen Ärzte den medizinischen Versorgungszentren weiter angenähert werden. In Verbindung mit den verbesserten Möglichkeiten zur Eröffnung einer Zweigpraxis sogar über den Bereich einer kassenärztlichen Vereinigung hinaus werden Anstellungsverträge mit Ärzten daher künftig ein interessantes Instrument werden. Sowohl in Zweigpraxen als auch in überörtlichen Gemeinschaftspraxen kann die erweiterte Anstellungsmöglichkeit dazu dienen, den Nachweis der Sicherstellung der Versorgung an allen Standorten zu erbrin-

gen und dadurch einen bekannten Namen überregional zum Aufbau eines Filialnetzes zu nutzen.

Schließlich erlaubt das VÄG künftig unter erleichterten Bedingungen die Niederlassung und Anstellung von **Krankenhausärzten** in Praxen; dies kann genutzt werden, um die Zusammenarbeit mit dem stationären Sektor zu vertiefen.

Bei der Gestaltung neuer Praxismodelle sind auch etwaige **steuerliche Auswirkungen** zu beachten. Der niedergelassene Arzt erzielt grundsätzlich als Freiberufler **Einkommen aus selbstständiger Arbeit** gemäß § 18 Einkommensteuergesetz (EStG), so dass er **nicht der Gewerbesteuer unterliegt**. Nach § 18 Abs. 3 EStG schadet dabei die Mithilfe fachlich vorgebildeter Arbeitskräfte nicht, wenn der Arzt auf Grund eigener Fachkenntnisse **leitend und eigenverantwortlich** tätig wird. Entscheidend ist, dass seine persönliche Arbeitsleistung im Vordergrund steht. Fehlt dieses Merkmal, droht die Gewerbesteuerpflicht. So ist die Tätigkeit von Laborärzten in der Vergangenheit von der Rechtsprechung regelmäßig als gewerbliche Tätigkeit angesehen worden, wenn auf Grund der Vielzahl der Untersuchungsaufträge ausgeschlossen ist, dass der Praxisinhaber jeden Fall persönlich zur Kenntnis genommen hat und in irgendeiner Form an der Bearbeitung beteiligt war. Nach der neueren **Rechtsprechung des Finanzgerichtes des Landes Sachsen-Anhalt** kann dieses Argument allerdings auf die „klassische“ ärztliche Tätigkeit nicht unmittelbar übertragen werden. Wesentlich ist nach zwei **Urteilen vom 24.08.2006**, dass der Arzt, auch wenn er nicht an jedem einzelnen Auftrag beteiligt ist, so doch jedenfalls Bezugsperson und Anlaufstelle der Patienten ist, grundsätzlich für die medizinische Betreuung immer zur Verfügung steht und dadurch **die typische Vertrauensstellung des niedergelassenen Arztes innehat**. Das Berufsbild des Arztes sei im besonderen Maße geprägt durch den persönlichen, individuellen Dienst am Patienten und die personale Zurechnung von rechtlicher und ethischer Verantwortung. Die regelmäßige und nicht nur ausnahmsweise Tätigkeit des angestellten Facharztes außerhalb der Praxisräume, so dass der Praxisinhaber nicht in der Lage wäre, in Notfällen einzugreifen, sowie die Verselbstständigung

von Patientenkreisen um den angestellten Arzt herum führe dagegen zur Gewerblichkeit.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze der Rechtsprechung ist bei den neueren Modellen ärztlicher Tätigkeit genau zu prüfen, ob und in welchem Umfang noch freiberufliche Tätigkeit vorliegt. Bereits der Abschluss von Anstellungsverhältnissen mit einer Vielzahl von Ärzten – soweit dies nach dem BMV zulässig werden sollte – kann schädlich sein, wenn auf Grund der Zahl der Behandlungsfälle eine persönliche Einflussnahme des Praxisinhabers ausgeschlossen ist. Insbesondere **problematisch ist die Beschäftigung von fachgebietsfremden Ärzten**, weil sie aus fachlichen Gründen meist nicht umfassend kontrolliert werden können. Unter Umständen noch **problematischer** ist in diesem Zusammenhang der Abschluss von Anstellungsverhältnissen mit Ärzten, die die **Versorgung in einer Zweigpraxis** sicherstellen sollen, in der der Praxisinhaber nicht mehr regelmäßig anwesend ist. In diesem Falle werden die genannten Voraussetzungen einer freiberuflichen Tätigkeit häufig nicht eingehalten werden können. Die Berufsordnung Westfalen-Lippe lässt die Anstellung von Fachärzten anderer Fachgebiete nur dann zu, wenn der Behandlungsauftrag der Patienten regelmäßig nur von Ärzten verschiedener Fachgebiete gemeinschaftlich durchgeführt werden kann, wenn also fachliche Überschneidungen vorliegen. In solchen Fällen wird eine hinreichende Eigenverantwortlichkeit des Praxisinhabers oft vorliegen. Je eigenständiger die Tätigkeit des fachfremden Angestellten ist, umso wahrscheinlicher ist jedoch, dass die Praxistätigkeit als gewerbliche Tätigkeit angesehen werden wird. Dann hilft als „Trostpflaster“ nur noch die Anrechnung eines Teils der Gewerbesteuer auf die Einkommensteuer nach § 35 EStG.

Fazit: Bereits bei der Planung neuer Praxismodelle, insbesondere aber vor Abschluss von Anstellungsverträgen mit Ärzten sollten die steuerlichen, aber auch die berufsrechtlichen Konsequenzen im Detail geprüft werden, um unangenehme und kostspielige Überraschungen zu vermeiden.

Inken Hansen

Veranstaltungen (Seminare etc.) unter Beteiligung von Referenten von AULINGER Rechtsanwälte:

Voraussichtlich am **12. Juni 2007** hält Herr Dr. Peus einen Vortrag bei dem Altlastensanierungs- und Altlastenaufbereitungsverband AAV Hattingen mit dem Arbeitstitel „Gesellschaften im Untergang, erloschen oder „begraben – taugliche Adressaten für Ordnungsverfügungen?“ Anfragen richten Sie bitte an Herrn Dr. Peus unter seiner E-Mail-Adresse egon.peus@aulinger.eu.

Aktuelle Veröffentlichungen von AULINGER Rechtsanwälte:

Dr. Andreas Lotze/ Dr. Stefan Mager	„Entwicklung der kartellrechtlichen Fallpraxis im Entsorgungsmarkt“ WuW (Wirtschaft und Wettbewerb), März 2007, Seite 241
Dr. Andreas Lotze	„Kartellrechtliche Restriktionen der Verbandstätigkeit“, in: Enforcement - Die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, Referate des XXXVII. FIW-Symposiums erweitert durch Referate des XXXI. FIW-Seminars, Köln, 2006, Seite 117 ff.
Dr. Karlheinz Lenkaitis/ Dr. Christian Stenneken	Mitautoren des Handbuchs „Wegerechte und Telekommunikation“, herausgegeben von Professor Thomas Hoeren (Beck-Verlag, 2007)
Dr. Christian Stenneken/ Dr. Hans-Christoph Thomale	„Die neuen Netzanschlussverordnungen im Strom- und Gasbereich“ Netzwirtschaften & Recht, Heft 2/2007
Dr. Stefan Mager	„Novelle der Verpackungsordnung – Verpackungsrecycling im Umbruch“, Recycling Magazin, Ausgabe 06/2007, Seite 18 ff.
Dr. Stefan Mager	„Gastkommentar: Der Referentenentwurf lässt einige Fragen offen“, Recycling Magazin, Ausgabe 06/2007, Seite 20

In den einzelnen Beiträgen können die angesprochenen Themen nur schlagwortartig und in gedrängter Kürze dargestellt werden. Die Lektüre ersetzt also in keinem Fall eine gründliche Rechtsberatung! Sollten Sie feststellen, dass Sie im Einzelfall Beratungs- oder Handlungsbedarf haben, so bitten wir Sie, Ihren vertrauten Anwalt bei AULINGER Rechtsanwälte anzusprechen oder sich an eines unserer Büros in Bochum oder Essen zu wenden.

Für Fragen, Anregungen und Kritik zu diesem Mandantenrundschreiben stehen wir alle Ihnen gern zur Verfügung.

Redaktion: *Dr. Andreas Eickhoff*

Büro Bochum:
ABC-Straße 5 | 44787 Bochum
Telefon: +49 (234) 68 77 9-0
Telefax: +49 (234) 68 06 42
eMail: info-bochum@aulinger.eu
Internet: www.aulinger.eu

Dr. Leonhard Aulinger, Notar a.D.
Reinhard Knälmann, Notar
Hans-Jochen Hütter, Notar
Dr. Karlheinz Lenkaitis, Notar
Dr. Egon A. Peus, Notar
Dr. Matthias Koch
Dr. Andreas Eickhoff, Notar

Dr. Volker Weinreich, Notar
Dr. Achim Tempelmann
Dr. Thomas Huesmann
Inken Hansen
Dr. Marco Krenzer

Büro Essen: "Villa Bredeney"
Frankenstraße 348 | 45133 Essen
Telefon: +49 (201) 95 98 6-0
Telefax: +49 (201) 95 98 6-99
eMail: info-essen@aulinger.eu
Internet: www.aulinger.eu

Dr. Andreas Lotze
Dr. Martin Alberts
Dr. Christian Stenneken
Dr. Markus Haggene
Stefan Mager
Dr. Hans-Christoph Thomale
Dr. Melanie Koch