

Mandanteninformation

Juni 2007

Inhalt

Gesellschaftsrecht	Verschärfte Kontrolle der Offenlegungspflichten für Jahresabschlüsse	1
Gesellschaftsrecht/Arbeitsrecht	Ein Rechtsformzusatz muss angegeben werden – sonst droht persönliche Haftung	3
Gesellschaftsrecht	GmbH-Reform: Modernisierungsentwurf vom Kabinett beschlossen	5
Arbeitsrecht	BAG erklärt Streik um Tarifsozialplan für zulässig	6
Wohnungseigentumsrecht	WEG-Novelle	7
Öffentliches Baurecht	Änderungen durch das Bürokratieabbaugesetz I	8
Energierrecht	Der Entwurf der Anreizregulierungsverordnung	9
Vergaberecht	Rahmenvereinbarung nach der neuen VOL/A	11
Kartellrecht	Kartellrecht als Risikofaktor auch für den Mittelstand — Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen	13
Öffentliches Wirtschaftsrecht/ Strafrecht	„Schwarze Kassen“ und ihre Problematik	15
Krankenhausrecht	GKV-Novelle erleichtert Zugang zur ambulanten Behandlung im Krankenhaus	16

In eigener Sache

Neuer Fachanwalt. Die zuständige Rechtsanwaltskammer Hamm hat Rechtsanwalt und Notar **Reinhard Knälmann** als **Fachanwalt für Erbrecht** anerkannt. Selbstverständlich bleibt Herr Knälmann daneben auch weiterhin auf seinen anderen Fachgebieten tätig, insbesondere im Gesellschaftsrecht und Steuerrecht.

Diese und unsere früheren Mandanteninformationen haben wir für Sie auch in elektronischer Form im Internet bereitgestellt. Von unserer Homepage www.aulinger.eu können Sie unter der Rubrik „Publikationen“ die Dokumente herunterladen. Gleichzeitig können Sie sich dort auch für die regelmäßige Zusendung unserer Mandanteninformation in elektronischer Form anmelden — natürlich für Sie kostenlos.

Gesellschaftsrecht: Verschärfte Kontrolle der Offenlegungspflichten für Jahresabschlüsse

In diesen und in den kommenden Wochen und Monaten ziehen die Unternehmen Bilanz für das Geschäftsjahr 2006 und sind mit der Aufstellung und Verabschiedung ihrer Jahresabschlüsse befasst.

Dabei wird verstärkt darauf zu achten sein, ob und in welchem Umfang der Jahresabschluss publiziert werden muss.

Die aus den Jahresabschlüssen ersichtlichen Informationen über die Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage eines Unternehmens sind, sofern es sich nicht um börsennotierte Gesellschaften handelt, in aller Regel vertraulich. Schon nach der bisherigen, unverändert weiter geltenden Rechtslage waren und sind die meisten Gesellschaften jedoch zur Offenlegung von Unternehmensdaten verpflichtet, wobei der Umfang der Offenlegungspflichten von der Größe des Unternehmens abhängt. Bisher blieb freilich die Versäumung dieser Pflichten regelmäßig folgenlos, weil die Handelsregister Verstöße nur auf Antrag verfolgten. Die überwiegende Anzahl der Unternehmen hat diese Verpflichtung daher nicht besonders ernst genommen.

Das wird sich ändern: Mit dem **Gesetz über elektronische Handelsregister- und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG)** wird die Kontrolle der Offenlegungspflichten und die Verfolgung von Verstößen zentralisiert und wesentlich verschärft. Seit dem 01.01.2007 mit erstmaliger Anwendung auf die Jahresabschlüsse des Geschäftsjahres 2006 kontrolliert das neu eingerichtete **Bundesamt für Justiz** in einem automatisierten Verfahren **von Amts wegen** die vollständige Einreichung aller offenlegungspflichtigen Unterlagen und verhängt bei Verstößen Bußgelder gegen die vertretungsberechtigten Organe und die Gesellschaft von bis zu 25.000,00 €. Auf die drohenden **persönlichen Haftungsrisiken** der verantwortlichen Geschäftsleiter haben wir bereits in unserem Mandantenrundsreiben von April 2007 hingewiesen. Jeder Unternehmer sollte demgemäß schon bei der Aufstellung des Jahresabschlusses 2006 beachten, dass die Offenlegung erzwungen wird, wenn die relevanten Unterlagen nicht freiwillig bis zum 31.12.2007 beim Bundesanzeiger eingereicht werden. Alle offenlegungspflichtigen Unterlagen sind in elektronischer Form bis spätestens 12 Monate nach dem jeweiligen Jahresabschlussstichtag beim Bundesanzeiger einzureichen. Die Kontrolle und ggf. Ahndung von Verstößen übernimmt dann zentral das Bundesamt für Justiz.

Im Hinblick auf die nunmehr eingeführte **flächendeckende Kontrolle** der Offenlegungspflichten für alle Jahresabschlüsse ab dem Geschäftsjahr 2006 ist es wichtig zu wissen,

- welche Unternehmen von der Veröffentlichungspflicht erfasst werden,
- welche Jahresabschlussinformationen im Einzelnen veröffentlicht werden müssen und
- welche Vermeidungsstrategien es gibt.

Betroffene Unternehmen

Der Kreis der offenlegungspflichtigen Unternehmen wird durch das EHUG nicht geändert. Publizitätspflichtig sind nach wie vor

- alle **Kapitalgesellschaften**, also AG, KGaA und vor allem alle **GmbH's** sowie ihre jeweiligen Pendanten aus anderen Ländern der Europäischen Union, insbesondere also auch die englische Limited,
- eingetragene **Genossenschaften**,
- Personengesellschaften ohne eine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter, also insbesondere die typischen **GmbH & Co. KGs**, aber auch alle offenen Handelsgesellschaften, deren Gesellschafter ausschließlich Kapitalgesellschaften sind, sowie
- die nach dem **Publizitätsgesetz** zur Offenlegung verpflichteten Unternehmen; dabei handelt es sich um alle Unternehmen, die in drei aufeinander folgenden Geschäftsjahren zwei der drei nachfolgend genannten Merkmale erfüllen: Bilanzsumme über 65 Mio. €, Umsatzerlöse über 130 Mio. € oder durchschnittlich über 5.000 Mitarbeiter.

Veröffentlichungspflichtige Informationen

Der **Umfang der Veröffentlichungspflichten** hängt von der Größe des Unternehmens ab.

Kleine Gesellschaften, also Gesellschaften, die zwei von drei Größenkriterien des § 267 Handelsgesetzbuch (HGB) (Bilanzsumme nicht mehr als 4.015.000,00 €, Umsatzerlöse von nicht mehr als 8.030.000,00 € sowie nicht mehr als 50 Arbeitnehmer im Jahresdurchschnitt) nicht überschreiten, brauchen nur die Bilanz und den Anhang ohne Angaben zur Gewinn- und Verlustrechnung veröffentlichen.

Gesellschaften, die mindestens zwei der vorgenannten drei Größenkriterien überschreiten (**mittelgroße und große Gesellschaften**) müssen grundsätzlich alle in § 325 HGB bezeichneten Unterlagen, also den gesamten Jahresabschluss einschließlich Gewinn- und Verlustrechnung, den Beschluss oder den Vorschlag für die Verwendung des Jahresergebnisses unter Angabe des Jahresüberschusses oder Jahresfehlbetrages etc. veröffentlichen. Für mittelgroße Gesellschaften (Größenkriterium hier: Bilanzsumme bis 16.060.000,00 €, Umsatz bis

32.120.000,00 € und/oder nicht mehr als 250 Arbeitnehmer) gelten bestimmte Erleichterungen für den Umfang der zu veröffentlichenden Bilanz (§ 327 HGB).

Vermeidungsstrategien

Während große, insbesondere börsennotierte Unternehmen seit langem daran gewöhnt sind, ihre Zahlenwerke und Erfolgsrechnungen zu veröffentlichen, sind mittelständische (Familien-)Unternehmen traditionell verschwiegen und befürchten infolge der Offenlegung Wettbewerbsnachteile, gleichgültig ob die Zahlen (zu) gut oder (zu) schlecht sind. Viele Unternehmen denken daher darüber nach, wie sie der Offenlegungspflicht entgehen können.

Der **sicherste und einfachste Weg** ist die Aufnahme **einer natürlichen Person als persönlich haftender Gesellschafter**, ggf. unter Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personenhandelsgesellschaft. Dann entfallen alle Offenlegungspflichten des HGB und es gelten lediglich die bereits erwähnten, wesentlich höheren Grenzwerte des Publizitätsgesetzes. Damit verbunden ist allerdings die persönliche Haftung der natürlichen Person für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Die Haftung erlischt erst fünf Jahre nach der Eintragung des Ausscheidens des persönlich haftenden Gesellschafters im Handelsregister, ist allerdings begrenzt auf die Verbindlichkeiten, die bei Eintragung des Ausscheidens bestanden.

In Betracht kommen kann auch eine **Unternehmensumstrukturierung** in der Weise, dass Geschäfts-

bereiche auf verschiedene rechtlich selbständige Gesellschaften verteilt werden und sich dadurch die jeweilige Betriebsgröße verringert. Dadurch können zum einen die maßgebenden Schwellenwerte unterschritten und zum anderen die Ertragskraft auf mehrere Gesellschaften verteilt werden, so dass das gesamte Zahlenwerk von außen nur schwer nachvollzogen werden kann. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Aufsplittung dazu führen kann, dass ein **Konzernabschluss** gem. § 290 HGB aufgestellt werden muss. Damit wären zwar die einzelnen konzernangehörigen Gesellschaften von der Offenlegungspflicht befreit, die Muttergesellschaft – unter der Voraussetzung, dass es sich dabei wiederum um eine Kapitalgesellschaft (einschl. GmbH & Co. KG) handelt – allerdings verpflichtet, einen Konzernabschluss aufzustellen und zu veröffentlichen. Ein solcher **befreiender Konzernabschluss** ist aber in manchen Fällen auch ein geeignetes Mittel, um die Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage einzelner Tochter- und Beteiligungsgesellschaften durch Dritte zumindest zu erschweren; denn Einzelabschlüsse müssen dann nicht mehr publiziert werden.

Bei allen Vermeidungsstrategien ist zu beachten, dass diese teilweise erhebliche Veränderungen der vorhandenen Unternehmensstrukturen mit sich bringen und häufig nur mit großem Aufwand zu realisieren sind. Dabei sind steuer-, arbeits- und gesellschaftsrechtliche Fragen zu klären. In jedem Fall ist daher abzuwägen, ob die Geheimhaltung unternehmensbezogener Informationen von so hohem Wert ist, dass der entsprechende Aufwand gerechtfertigt ist.

Reinhard Knälmann / Sebastian Hauptmann

Gesellschaftsrecht/Arbeitsrecht: Ein Rechtsformzusatz muss angegeben werden — sonst droht persönliche Haftung

Wer für eine haftungsbeschränkte Gesellschaft (AG, GmbH, GmbH & Co. KG, aber auch ein Verein, eine Stiftung) unterschreibt oder Erklärungen abgibt, muss auf die Haftungsbeschränkung durch **Angabe der Rechtsform** hinweisen. Sonst **haftet** er für alle Verpflichtungen **persönlich**. Das gilt nicht nur für Geschäftsführer, sondern auch Prokuristen, sonstige **Mitarbeiter** und ohne erkennbare Einschränkung für **jeden**, der sonst als **Vertreter** für eine haftungsbegrenzte Gesellschaft handelt.

Das hat der Bundesgerichtshof (BGH) in einem Urteil vom 5. Februar 2007 verdeutlicht. Die Vertragspartner sollen wissen oder jedenfalls wissen können und damit „gewarnt“ sein, dass sie daran gehen,

vertragliche Verabredungen einzugehen, bei denen ihre Ansprüche nicht durch die persönliche Haftung natürlicher Personen abgesichert sind. Die Rechtsprechung sieht ein besonderes Risiko darin, dass der Schuldner eine juristische Person mit beschränkter Haftung ist. Wird diese Warnung, also der Rechtsformhinweis nicht erteilt, so haftet derjenige persönlich, der die vertragliche Verabredung getroffen hat, also etwa einen Vertrag unterzeichnet hat, eine Bestellung aufgegeben hat oder umgekehrt eine Bestellung bestätigt und angenommen hat. Dieses Risiko tragen insbesondere Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder, die selbst für die Gesellschaft handeln und zeichnen, dabei aber nicht den Rechtsformzusatz (korrekt) verwenden.

Das neue Urteil lenkt das Augenmerk auf folgendes: Diese Haftung gilt für **jede natürliche Person**, die die rechtserhebliche Erklärung abgibt, aber nicht den Rechtsformzusatz zutreffend angibt. Im konkreten Fall ging es um eine holländische Gesellschaft („besloten vennootschap“, abgekürzt: „B.V.“, das niederländische Gegenstück zur deutschen GmbH). Für diese hatte bei Abschluss eines Generalunternehmervertrages im Urteilsfall eine Frau B. unterschrieben. Ob sie Arbeitnehmerin dieser niederländischen Gesellschaft war, oder etwa Maklerin, Handelsvertreterin, das ergibt sich aus dem Urteil nicht deutlich. Der Hinweis, dass sie (nur) mit dem Zusatz „i.A.“ unterschrieben hat, deutet an, dass sie nach den üblichen Zeichnungsgewohnheiten nicht einmal besonders hochrangig in dem Unternehmen positioniert war. Immerhin hatte sie **Vollmacht**, für die „B.V.“ einen Vertrag abzuschließen. Sie hat aber den Zusatz „B.V.“ nicht in die Vertragsurkunde aufgenommen. Deswegen haftet sie selbst und persönlich.

Die Merkwürdigkeit des Urteils ist, dass das Gericht dies nicht aussprach. Der Kläger hatte nämlich den Geschäftsführer der B.V. und deren Prokuristen verklagt. Keiner von ihnen hatte das konkrete Vertragschriftstück unterschrieben. Und deswegen haftet auch keiner von ihnen. Der BGH begrenzt die **persönliche Haftung**, als Rechtsscheinhaftung, **ausschließlich** auf den tatsächlich für die haftungsbegrenzte Gesellschaft **auftretenden Vertreter**. Die Grundlage für die Verpflichtung, auch den eine Gesellschaft niederländischer Rechtsform kennzeichnenden Zusatz anzugeben, entnimmt der BGH einer analogen Anwendung des § 4 GmbHG, der sich seinem Wortlaut nach „eigentlich“ nur auf die (deutsche) GmbH bezieht. Dies wendet der BGH auch auf die niederländische B.V. an, und augenscheinlich dürfte das wohl auch für sämtliche sonstigen ausländischen haftungsbegrenzten Rechtsformen gelten. Dabei sind traditionell in Deutschland einigermaßen bekannt und jüngst noch bekannter geworden etwa die englische Ltd., die italienische S.p.A. (Aktiengesellschaft), die französische s.a.r.l. (in etwa der deutschen GmbH entsprechend).

Diese Entscheidung gibt Anlass, dringend auf die sorgsame Beachtung und **ausnahmslose Angabe des Rechtsformzusatzes** bei haftungsbeschränkten Gesellschaften zu achten. Das kann für Mitarbeiter und Angestellte gelten; es gibt auch Formen der Zusammenarbeit von Unternehmen, bei denen in

Deutschland tätige Repräsentanten, Vertriebsvermittler oder Personen bevollmächtigt sind, Verträge schließen. Wollen sie nicht Gefahr laufen, persönlich für sämtliche Vertragspflichten zu haften, so müssen sie penibel darauf achten, den (zutreffenden) Rechtsformzusatz auch wirklich stets zu verwenden. An die Hand gegebene Vertragsmuster oder Formulare sind daher sorgsam zu prüfen.

Auch von der Warte des Vertragspartners, insbesondere von Unternehmen und ganz besonders bei wirtschaftlich besonders bedeutsamen oder langfristigen Vertragsabschlüssen, besteht dringender Anlass, auf eine genaue Klärung der Firmierung und Rechtsverhältnisse des ausländischen Vertragspartners zu dringen. Wer hier zu Beginn es sich leicht macht, nicht genau hinsieht und sich ggf. mit ungenauen (und ggf. nicht zutreffenden) Angaben zufrieden gibt, bemerkt dies kaum, solange das Vertragsverhältnis kaufmännisch und technisch problemlos funktioniert. Gibt es aber Reibungen und Notwendigkeit zu rechtsförmlichem Vorgehen, so können sich Ungenauigkeiten bitter rächen. Schon die Wirksamkeit außergerichtlicher Erklärungen kann davon abhängen, dass sie rechtsförmlich dem „richtigen“ Gegner zugehen. Erst recht kann eine Klage oder sonstige gerichtliche Klärung nur dann Erfolg bringen, wenn sie gegen die „richtige“ Partei in Gang gesetzt worden ist. Ansonsten kann Rechtsverlust in der Sache und im Übrigen überflüssiger Prozesskostenaufwand drohen.

Der Urteilsfall vom 05.02.2007 veranlasst schließlich noch folgende Überlegung: Man kann dem Urteil nicht entnehmen, ob der deutsche Kläger sich nicht die Mühe machen wollte, in den Niederlanden eine B.V. zu verklagen oder in Deutschland zu verklagen, aber in den Niederlanden vollstrecken zu müssen oder ob die B.V. erkennbar vermögenslos war. Im letzteren Fall würde der unterschreibenden Vertreterin ein etwaiger Regressanspruch gegen die B.V. als Arbeitgeberin, oder als Auftraggeberin, auch nichts nützen. Sie hat nicht einmal einen Ausgleichsanspruch gegen den Geschäftsführer jener Gesellschaft „persönlich“, jedenfalls nicht unter dem Gesichtspunkt, dass er – etwa als Verantwortlicher für die Geschäftsführung und damit auch für etwaige Formulare, Musterverträge und die Verwendung von Bezeichnungen – ebenfalls „mithaften“ würde.

Dr. Egon Peus

Gesellschaftsrecht: GmbH-Reform — Modernisierungsentwurf vom Kabinett beschlossen

In unserer Ausgabe Oktober 2006 hatten wir über den Entwurf des Justizministeriums zur Modernisierung des GmbH-Rechts berichtet. Ziel dieses Entwurfs war es, die GmbH attraktiver zu gestalten. Kernpunkte waren die Herabsetzung des Mindeststammkapitals, die Abschaffung des eigenkapitaleretzenden Gesellschafterdarlehens als Rechtsfigur des GmbH-Rechts und die Verlagerung der Problematik ins Insolvenzrecht, aber auch Verschärfungen für solche Gesellschaften, die in finanzielle Schieflagen geraten sind.

Die Zielrichtung des Entwurfs hat in Wissenschaft und Praxis viel Zustimmung erhalten. Das Bundeskabinett hat die Vorstellungen des Justizministeriums in seinem am 23.05.2007 verabschiedeten **Regierungsentwurf des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts** daher nicht nur übernommen, sondern hat die Reformansätze noch ausgebaut. Neu gegenüber dem Entwurf des Ministeriums sind folgende Vorschläge:

Das Bundeskabinett hat den Vorschlag übernommen, das **Mindeststammkapital** der Gesellschaft auf **10.000,00 €** herabzusetzen. Der jetzige Entwurf geht aber noch weiter: Er führt die „**Unternehmergesellschaft**“ ein. Diese **Sonderform der GmbH** verfügt zwar immer noch über ein Stammkapital, das aber beliebig niedrig sein kann. Auf diese Weise ist die „**1-Euro-GmbH**“ möglich. Der Preis, den die Gründer einer solchen GmbH für das fehlende Stammkapital zu entrichten haben, ist überschaubar: Die betroffenen Gesellschaften müssen den Rechtsformzusatz „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ führen und so nach außen deutlich machen, dass ihr Stammkapital geringer ist als 10.000,00 €. Sie dürfen ferner nicht ihren gesamten Gewinn ausschütten, sondern müssen ein Viertel des Jahresüberschusses in eine gesetzliche Rücklage einstellen. Hat die Unternehmergesellschaft Erfolg und — im Idealfall aus Rücklagen — ein Eigenkapital von 10.000,00 € „angespart“, kann die Gesellschaft problemlos in eine „reguläre“ GmbH überführt werden.

Mit der Einführung eines Mustergesellschaftsvertrages und eines zugehörigen „Gründungs-Sets“ will das Bundeskabinett die Gründung von GmbHs vereinfachen. Wird das „**Gründungs-Set**“ unverändert übernommen, ist **keine notarielle Beurkundung** des Gesellschaftsvertrages mehr nötig. Nur noch die Anmeldung zum Handelsregister muss notariell beglaubigt erfolgen. Die Sinnhaftigkeit dieser Regelung ist allerdings zu bezweifeln. Abgesehen davon, dass das „Gründungs-Set“ nur für Gesellschaften mit bis

zu drei Gesellschaftern und nur für bestimmte Gesellschaftszwecke vorgesehen ist, enthält es auch nur ganz rudimentäre Bestimmungen über das Gesellschaftsverhältnis. Diese Bestimmungen dürften vor allem für Konfliktfälle bei Mehrpersonen-Gesellschaften nicht ausreichen. Die Gründer können dies nicht einmal überblicken, weil sie nicht mehr beraten werden. Dabei sparen sie nicht einmal den Gang zum Notar, der ja wegen der Handelsregisteranmeldung erforderlich bleibt. Die vielfach überschätzten Kosten einer GmbH-Gründung — bei überschaubarem Stammkapital wenige Hundert Euro — werden in der Regel gut angelegtes Geld bleiben.

Eine für die Praxis bedeutende Erleichterung bringt der Reformentwurf demgegenüber im Recht der Kapitalaufbringung. Wir haben uns in der Vergangenheit vielfach mit so genannten „**verdeckten Sacheinlagen**“ befasst. Darunter versteht man den Fall, dass eine Bargründung verabredet wird, die Gesellschafter aber statt Barmitteln wirtschaftlich Sacheinlagen erbringen. Wenn dies nicht gegenüber dem Handelsregister aufgedeckt wird, können die Rechtsfolgen nach der Rechtsprechung verheerend sein. Die Bareinlage gilt nämlich als nicht erbracht und muss neu eingezahlt werden. Die Sacheinlage kann zwar zurückgefordert werden; da die Sacheinlage allerdings regelmäßig erst in der Insolvenz der Gesellschaft aufgedeckt wird, ist der Rückforderungsanspruch wertlos. Der neue Gesetzentwurf erteilt der Rechtsprechung eine Absage. In Fällen verdeckter Sacheinlagen soll es künftig ebenso wie im Falle offener Sacheinlagen bei einer **Differenzhaftung** bewenden. Der Gesellschafter hat also nur noch darzulegen und zu beweisen, dass der Vermögensgegenstand, den er wirtschaftlich auf die Bareinlage der Gesellschaft zugeführt hat, den Wert der vereinbarten Bareinlage erreichte. Diese Grundsätze sollen aufgrund der beabsichtigten Übergangsvorschrift **auch für Altfälle** gelten.

Wie in unserer Ausgabe Oktober 2006 bereits berichtet, sollten schon nach dem Ministeriumsentwurf die Risiken, die sich aus der Rechtsprechung zum Kapitalerhaltungsrecht für das „**Cash Pooling**“ ergeben, abgemildert werden. Das Bundeskabinett hat den Ansatz des Ministeriums nicht nur übernommen, sondern noch erheblich ausgeweitet. Der Bundesgerichtshof hatte seit November 2003 Darlehen an Gesellschafter wie Auszahlungen aus dem Eigenkapital der GmbH behandelt. Derartige Darlehen durften also nicht gewährt werden, wenn das Eigenkapital der Gesellschaft nicht mindestens das satzungsmäßige Stammkapital erreichte. Nunmehr kehrt das Gesetz entgegen der Rechtsprechung zur so genannten **bilanziellen Betrachtung** zurück.

Darlehen aus gebundenem Vermögen sind künftig zulässig, wenn sie durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind. Dabei kommt es auf den Zeitpunkt der Darlehensgewährung an den Gesellschafter an. Das Risiko, dass sich die Vermögensverhältnisse des Gesellschafters nachträglich verschlechtern und er das Darlehen nicht mehr zurückzahlen kann, trägt also künftig die GmbH.

Der Entwurf sieht noch weitere Neuregelungen vor, auf die hier aus Platzgründen nicht eingegangen werden soll. Geplant ist, dass die Neuregelungen im ersten Halbjahr 2008 in Kraft treten. Wir werden weiter berichten.

Dr. Andreas Eickhoff

Arbeitsrecht: BAG erklärt Streik um Tarifsozialplan für zulässig

Das **Bundesarbeitsgericht (BAG)** hat mit **Urteilen vom 6. Dezember 2006 und 24. April 2007** die in den letzten Jahren aufgekommene **Doppelstrategie von Betriebsräten und Gewerkschaften im Falle von Betriebsänderungen bestätigt** und die Verhandlungsposition der Gewerkschaften erheblich gestärkt.

Bisher lag der Schutz der Arbeitnehmer bei Betriebsänderungen, also insbesondere der Vollständigen oder teilweisen Stilllegung eines Betriebes und der Betriebsverlagerung, in der Hand der betroffenen Betriebsräte. Nach dem Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) sind Arbeitgeber im Falle einer solchen Betriebsänderung verpflichtet, mit dem Betriebsrat über den Abschluss eines **Sozialplanes** zu verhandeln. Typische Gegenstände eines Sozialplanes, mit dem die wirtschaftlichen Nachteile der Betriebsänderung für die Arbeitnehmer gemildert werden sollen, sind die Vereinbarung von Abfindungen, die Überführung der Mitarbeiter in Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften und die Durchführung von Qualifizierungsmaßnahmen. Der Betriebsrat kann einen solchen Sozialplan erzwingen, indem er die **Einigungsstelle** anruft, die **verbindlich über Inhalte und Volumen des Sozialplanes entscheiden** kann.

Insbesondere bei großen, öffentlich wirksamen Projekten – beispielsweise Infineon oder AEG/Electrolux – haben sich in den letzten Jahren vermehrt die Gewerkschaften an den Verhandlungen beteiligt und den Abschluss von **tariflichen Sozialplänen** verlangt. Die Zulässigkeit solcher Tarifsozialpläne und insbesondere das Recht, diese durch Streik zu erzwingen, war lange umstritten, weil hierdurch in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit eingegriffen werde und der besondere Ordnungsrahmen des BetrVG, der auch den Schutz der Arbeitgeberseite bezweckt, umgangen werde.

Nachdem das BAG mit Urteil vom 06. Dezember 2006 bereits die grundsätzliche Zulässigkeit von Tarifsozialplänen bestätigt hatte, hat es nunmehr mit

Urteil vom 24. April 2007 auch ein Streikrecht zur Erzwingung eines solchen Tarifsozialplanes bejaht.

Anlass für die Entscheidung des BAG vom 24. April 2007 war unter anderem ein bei der Heidelberger Druckmaschinen AG geplanter massiver Personalabbau. Parallel zu den zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat aufgenommenen Sozialplanverhandlungen verlangte die Gewerkschaft vom Arbeitgeberverband Verhandlungen über einen firmenbezogenen Tarifvertrag. Gegenstand sollten unter anderem eine erhebliche Verlängerung der Kündigungsfristen auf bis zu 24 Monate, Abfindungszahlungen in Höhe von 2 Bruttomonatsgehältern pro Beschäftigungsjahr und 24-monatige Qualifizierungsmaßnahmen auf Kosten des Arbeitgebers unter Gehaltsfortzahlung sein. Die Heidelberger Druckmaschinen AG lehnte jegliche Verhandlung ab. Nach mehrwöchigen Streiks wurde schließlich ein Sozialplan geschlossen, dessen Volumen ohne diese Maßnahmen voraussichtlich nicht erreicht worden wäre. Die Klage des Arbeitgeberverbandes auf Unterlassung von Streiks zur Erzwingung von Tarifsozialplänen und auf Ersatz der dem Arbeitgeber durch den Streik entstandenen Schäden hat das BAG abgewiesen. **Typische Sozialplaninhalte wie Abfindungen und Qualifizierungen seien auch tariflich regelbar** und könnten daher auch erstreikt werden. Die Gewerkschaften könnten dabei gemäß Pressemitteilung des BAG „auch sehr weitgehende Tarifforderungen verfolgen“.

Fazit: Bisher liegt die Urteilsbegründung noch nicht vor, so dass die Auswirkungen noch nicht vollständig abschätzbar sind. Eine Vielzahl neuer Rechtsfragen etwa zur Friedenspflicht, zum Verhältnis zu Rationalisierungsschutztarifverträgen und zur zulässigen Reichweite von Streikforderungen werden in den kommenden Jahren geklärt werden müssen. Die Praxis muss jedoch mit dem neuen Verhandlungspartner leben und ihre Strategien hierauf einstellen. Insbesondere in Betrieben mit einem hohen gewerkschaftlichen Organisationsgrad werden Gewerkschaft und Betriebsrat künftig gemeinsam die

jeweiligen Instrumente einsetzen, um ihren Forderungen Nachdruck zu verleihen. Während die betriebliche Einigungsstelle verbindliche Entscheidungsbefugnis hat, kann die Gewerkschaft den Forderungen durch die Mittel des Arbeitskampfes und öffentlichkeitswirksame Maßnahmen Nachdruck verleihen. Auch betriebsratslose Betriebe müssen damit rechnen, dass Betriebsänderungen vermehrt Widerstand entgegen gesetzt wird.

Forderungen der Gewerkschaften nach einem Gespräch sollten somit nicht unkommentiert zurückgewiesen werden, auch wenn weit überzoge-

ne Ansprüche gestellt werden. **Schnelle, sachliche und ergebnisorientierte Verhandlungen mit dem Betriebsrat, ggf. unter Beteiligung der Gewerkschaft**, sind häufig der beste Schutz gegen eine Eskalation. Wenn mit dem Betriebsrat ein Einvernehmen hergestellt ist, wird es der Gewerkschaft in der Regel schwer fallen, die Arbeitnehmer zu Streikmaßnahmen für weitergehende Forderungen zu motivieren. Hier ist vor allem das Verhandlungsgeschick der Arbeitgeberseite gefragt.

Inken Hansen

Wohnungseigentumsrecht: WEG-Novelle

Am **01.07.2007** tritt das **Gesetz zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes (WEG)** und anderer Gesetze **in Kraft**. Durch das Gesetz soll die Verwaltung von Eigentumswohnungen vereinfacht und das Gerichtsverfahren in Wohnungseigentumssachen mit dem in anderen zivilrechtlichen Streitigkeiten vereinheitlicht werden. Die für die Praxis wichtigsten Änderungen sind die Folgenden:

Die **Wohnungseigentümergeinschaft** kann jetzt als solche **selbst Rechte und Pflichten eingehen** und ist Inhaberin der als Gemeinschaft erworbenen Rechte und Pflichten. Das **Verwaltungsvermögen** wird der **Wohnungseigentümergeinschaft** und nicht mehr den einzelnen Wohnungseigentümern **zugewiesen**. Hierdurch trägt das Gesetz der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) Rechnung. Der BGH hatte durch Beschluss vom 02.06.2005 entschieden, dass die Wohnungseigentümergeinschaft rechtsfähig ist, soweit sie bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums am Rechtsverkehr teilnimmt.

Die **Außenhaftung der Wohnungseigentümer** wird **modifiziert**. Für Forderungen gegen die Wohnungseigentümergeinschaft haftete nach bisherigem Recht jeder Wohnungseigentümer Dritten gegenüber mit seinem ganzen Vermögen. Die Außenhaftung bleibt nach der WEG-Novelle im Grundsatz erhalten. Sie wird aber **auf den jeweiligen Miteigentumsanteil** des einzelnen Wohnungseigentümers **begrenzt**. Damit haftet jeder Miteigentümer im Außenverhältnis lediglich mit dem Betrag, den er im Innenverhältnis den anderen Wohnungseigentümern schuldet. Beträgt z. B. der Miteigentumsanteil 1/10, haftet der Wohnungseigentümer dem Handwerker bei einer Rechnung von 1.000,00 € auf 100,00 €. **Ausgeschiedene Wohnungseigentümer** haften jetzt im Außenverhältnis für die bis zu **fünf Jahre** vor ihrem Ausscheiden begründeten Forderungen

gegen die Gemeinschaft. Auch diese **Nachhaftung** ist der Höhe nach entsprechend der jeweiligen Beteiligungquote begrenzt.

Ein Kernstück der WEG-Novelle ist die **Erweiterung der gesetzlichen Beschlusskompetenzen der Wohnungseigentümergeinschaft**. Künftig sind Mehrheitsentscheidungen der Wohnungseigentümergeinschaft möglich, wo bisher einstimmige Beschlüsse erforderlich waren. Beispielsweise können die Wohnungseigentümer künftig **mit einfacher Mehrheit** über die **Verteilung von Betriebs- und Verwaltungskosten** entscheiden. Ihnen wird hierzu etwa ermöglicht, einen Maßstab zugrunde zu legen, der sich am individuellen Verbrauch orientiert. Auch bei der **Umlage von Kosten für eine Instandhaltungs- oder Instandsetzungsmaßnahme** sowie bei **baulichen Veränderungen** und Anpassungen des gemeinschaftlichen Eigentums an den **Stand der Technik** können die Wohnungseigentümer zukünftig **mit qualifizierter Mehrheit**, d. h. mit der Mehrheit von $\frac{3}{4}$ aller stimmberechtigten Wohnungseigentümer entscheiden. Das neue WEG bestimmt ausdrücklich, dass die vorgenannten Beschlusskompetenzen der Wohnungseigentümergeinschaft durch eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer nicht eingeschränkt oder ausgeschlossen werden können. In Zukunft wird es in den betroffenen Bereichen also nicht mehr möglich sein, dass bei großen oder zerstrittenen Gemeinschaften ein einziger oder einige wenige Wohnungseigentümer entsprechende Maßnahmen blockieren können.

Die **Mindestfrist für die Einberufung der Wohnungseigentümerversammlung** wird von bisher einer Woche **auf zwei Wochen verlängert**. Die Frist von zwei Wochen kann nur unterschritten werden, wenn ein Fall besonderer Dringlichkeit vorliegt.

Der Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft hat nach der neuen Regelung eine **Beschluss-Sammlung zu führen**. Hierdurch soll mehr Transparenz und insbesondere für Erwerber von Wohnungseigentum die Möglichkeit geschaffen werden, sich über die Entscheidungen der Gemeinschaft in der Vergangenheit zu informieren. Fehlt ein Verwalter, obliegt die Führung der Beschluss-Sammlung dem Vorsitzenden der Wohnungseigentümersammlung, sofern die Wohnungseigentümer durch Stimmenmehrheit keinen Anderen für diese Aufgabe bestellt haben. Die **nicht ordnungsgemäße Führung** der Beschluss-Sammlung ist im neuen WEG ausdrücklich als wichtiger **Grund für die Abberufung des Verwalters** aufgeführt.

Die Bestellung des Verwalters ist nach wie vor auf maximal fünf Jahre begrenzt. Im **Falle der ersten Bestellung des Verwalters** nach der Begründung von Wohnungseigentum gilt jetzt allerdings eine Begrenzung auf **maximal drei Jahre**.

In Zukunft richtet sich das **Verfahren in Wohnungseigentumssachen nach der Zivilprozessordnung (ZPO)**. Hierdurch wird das Verfahren vereinfacht. Es gilt **nicht mehr der Amtsermittlungsgrundsatz**, wonach das Gericht verpflichtet ist, den Sachverhalt

von sich aus umfassend zu ermitteln. Es gilt jetzt der **Beibringungsgrundsatz** der ZPO, d. h. das Gericht legt seiner Entscheidung nur den Sachverhalt zugrunde, der durch die Parteien vorgetragen wird. Die Geltung der ZPO hat darüber hinaus zur Folge, dass die in einem Verfahren in Wohnungseigentumssachen **unterlegene Partei künftig mit allen Kosten belastet wird**, also nicht nur – wie bisher in der Regel – die gerichtlichen Kosten, sondern **auch die außergerichtlichen Kosten der anderen Partei** grundsätzlich tragen muss.

Schließlich führt die WEG-Novelle durch eine Änderung des Zwangsversteigerungsgesetzes (ZVG) für **Hausgeldforderungen** der Wohnungseigentümer ein **Vorrecht vor Grundpfandrechten in der Zwangsversteigerung von Wohnungseigentum** ein. Hierdurch wird die Stellung der Wohnungseigentümer gestärkt, wenn sie Forderungen gegenüber einem zahlungsunfähigen oder -unwilligen Wohnungseigentümer geltend machen. Nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG ist das Vorrecht der Wohnungseigentümer jedoch **betragsmäßig auf 5 Prozent** des vom Vollstreckungsgericht festgesetzten **Verkehrswertes** des Versteigerungsobjektes **begrenzt**.

Dr. Marco Krenzer

Öffentliches Baurecht: Änderungen durch das Bürokratieabbaugesetz I

Am **15.04.2007** ist das **Erste Gesetz zum Bürokratieabbau (Bürokratieabbaugesetz I)** vom 13.03.2007 **in Kraft getreten** (Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen – Nr. 9 vom 30.03.2007). Hierdurch haben sich unter anderem Neuerungen im öffentlichen Baurecht ergeben.

Geändert worden ist zunächst das **Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung (AG VwGO)**. Bei Entscheidungen der Bauaufsichtsbehörden und der Baugenehmigungsbehörden bedarf es nunmehr keiner Nachprüfung in einem Vorverfahren mehr. Es **entfällt** insoweit also das sog. **Widerspruchsverfahren**. Gegen Verwaltungsakte der vorgenannten Behörden ist **sofort** innerhalb der Monatsfrist des § 74 VwGO **Klage beim Verwaltungsgericht** zu erheben. Dies gilt nicht, soweit Bundesrecht die Durchführung eines Vorverfahren - gesondert - vorschreibt. Die Neuregelung gilt ebenfalls nicht für Verwaltungsakte, die vor dem 15.04.2007 dem jeweiligen Adressaten bekannt gegeben worden sind.

Geändert worden ist ferner die **Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (BauO NRW)**. Danach **hat die Bauaufsichtsbehörde** jetzt ein **rechtswidrig versagtes Einvernehmen der Gemeinde zu ersetzen**. Die Versagung des Einvernehmens der Gemeinde stellt somit keinen Hinderungsgrund für die Erteilung der Baugenehmigung mehr dar. Die Gemeinde ist nur noch vor Erlass der Baugenehmigung anzuhören. Darüber hinaus ist die Genehmigungsbedürftigkeit von Werbeanlagen durch Änderung von § 65 Abs. 1 Nr. 33 a BauO NRW eingeschränkt worden. Die **Errichtung oder Änderung von Werbeanlagen** an der Stätte der Leistung **bedarf** nun auch dann **keiner Baugenehmigung, wenn das Gewerbe-, Industrie- oder vergleichbare Sondergebiet nicht durch Bebauungsplan festgesetzt** ist. Des Weiteren bedürfen **Nutzungsänderungen** von nun an **keiner Baugenehmigung** nach § 63 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW **mehr**. Sie müssen der zuständigen Bauaufsichtsbehörde vor Durchführung des Vorhabens lediglich **schriftlich** und **unter Beifügung der Bauvorlagen angezeigt** werden. Die Bauaufsichtsbehörde muss sodann innerhalb von zwei Wochen gegenüber den Bauherren verbindlich erklären, ob sie die Durchführung eines Genehmi-

gungsverfahrens aus Gründen des Emissions- oder Brandschutzes oder wegen notwendiger Beteiligung anderer Behörden für erforderlich hält. Ist dies der Fall, gilt die Anzeige des Bauherrn als Bauantrag. Unterbleibt eine entsprechende Erklärung der Bauaufsichtsbehörde innerhalb der 2-wöchigen Frist, kann die Nutzungsänderung aufgenommen werden. Der Bauherr kann ungeachtet dessen auf die Durchführung eines Baugenehmigungsverfahrens bestehen. Auch für die **Errichtung von Kleingaragen bedarf es jetzt nur noch dann eines Baugenehmigungsverfahrens, wenn im Falle der Grenzbebauung oder grenznahen Bebauung keine Einverständniserklärung des Nachbarn vorliegt**. Stimmt der Nachbar zu, muss die Errichtung von Kleingaragen der zuständigen Bauaufsichtsbehörde nur noch angezeigt werden.

Die Auswirkungen des Bürokratieabbaugesetzes I werden durch die Landesregierung überprüft. Die Landesregierung teilt dem Landtag das Ergebnis der Überprüfung bis zum 31.08.2010 mit. Das **Bürokratieabbaugesetz I tritt am 31.12.2010 wieder außer Kraft**. Das Gesetz ist also **befristet**. Für Verwaltungsakte, die vor dem Außer-Kraft-Treten des Bürokratieabbaugesetzes dem jeweiligen Adressaten bekannt gegeben worden sind, findet es weiterhin Anwendung.

Dr. Marco Krenzer

Energierrecht: Der Entwurf der Anreizregulierungsverordnung

Am 05.04.2007 hat das Bundeswirtschaftsministerium den **Verordnungsentwurf zur Anreizregulierung** veröffentlicht. Die Anreizregulierungsverordnung (ARegV) wird das aktuelle System der Kostenkontrolle auf Grundlage der Strom- und Gasnetzentgeltverordnungen (NEV) durch ein Anreizsystem grundlegend ändern. Das Verordnungsverfahren wird voraussichtlich noch vor der Sommerpause abgeschlossen werden und die ARegV kurzfristig in Kraft treten.

Den Energieversorgungsnetzbetreibern werden durch die ARegV Obergrenzen für ihre Erlöse aus Netzentgelten vorgegeben, die von den Netzkunden vereinnahmt werden dürfen. Das Verfahren zur **Bestimmung der Erlösobergrenzen** soll von der Behörde von Amts wegen so rechtzeitig eingeleitet werden, dass diese **zum 01.01.2009 festgelegt** und die Netzentgelte darauf basierend bestimmt werden können. Für die Umsetzung der Erlösobergrenzen in **Netzentgelte** finden die Vorschriften zur Kostenträgerrechnung der NEV Anwendung. Kernstück der Anreizregulierung ist die **Regulierungsformel**, mit deren Hilfe die Erlösobergrenze ermittelt wird.

Die Netzbetreiber sind **verpflichtet**, die behördlich festgelegte Erlösobergrenze, die für jedes Kalenderjahr der gesamten Regulierungsperiode zu bestimmen ist, anzupassen, wenn sich der Verbraucherpreisindex oder nicht beeinflussbare Kostenanteile (z. B. Steuern oder Konzessionsabgaben) ändern. Auf Antrag des Netzbetreibers, der bis zum 30.06. eines Jahres zu stellen ist, **kann** die Erlösobergrenze zudem bei einer Änderung der Versorgungsaufgabe oder unzumutbaren Härten aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse angepasst werden. Eine **An-**

passung ist jedoch nur zum 01.01. eines Jahres möglich.

Da die Vorgabe von Erlösobergrenzen über eine mehrjährige Regulierungsperiode mit Prognoseunsicherheiten behaftet ist, werden die Abweichungen von den zulässigen Erlösen über den Zeitraum einer Regulierungsperiode auf einem **Regulierungskonto** verbucht und gleichmäßig über die folgende Regulierungsperiode – erlösmindernd oder -erhöhend – abgebaut. Lediglich Abschläge sind dabei als zu viel vereinnahmte Netzentgelte zu verzinsen. Die zulässigen und die tatsächlichen Erlöse sind der Behörde bis zum 30.06. des folgenden Kalenderjahres zu melden. Bei Abweichungen von mehr als 10% bei Gasversorgungsnetzen und mehr als 5% bei Stromversorgungsnetzen ist auch während der Regulierungsperiode eine Netzentgeltanpassung durchzuführen.

Das **Ausgangsniveau für die Bestimmung der Erlösobergrenzen** ist für die erste Regulierungsperiode das Ergebnis der Kostenprüfung der letzten Netzentgeltgenehmigungsrunde vor Beginn der Anreizregulierung (Kostenbasis: Geschäftsjahr 2006). Die **aktuelle Netzentgeltgenehmigung** stellt damit die Basis für die Anreizregulierung dar. Im Übrigen hat für die Ermittlung der Erlösobergrenzen für die folgenden Regulierungsperioden eine Kostenprüfung nach Teil 2 Abschnitt 1 der NEV zu erfolgen.

Die Erlösobergrenzen werden von einer allgemeinen und einer individuellen Effizienzkomponente geprägt. Die **individuelle Effizienzkomponente** wird durch einen Effizienzvergleich, den die Bundesnetzagentur (BNetzA) deutschlandweit durchführt, ermit-

telt. Der Netzbetreiber mit dem besten Verhältnis zwischen netzwirtschaftlicher Leistungserbringung und Aufwand stellt den Maßstab dar, an dem sich die übrigen Netzbetreiber messen müssen (Frontier-Unternehmen). Nur der beste Netzbetreiber gilt insofern als effizient. Für den Effizienzvergleich werden die beiden Extremwertmethoden **Data Envelopment Analysis** (Dateneinhüllungsanalyse – DEA) und **Stochastic Frontier Analysis** (Stochastische-Effizienzgrenzen-Analyse – SFA) herangezogen. Das für den Netzbetreiber bessere Ergebnis aus den zwei Vergleichsmethoden wird für den Effizienzvergleich berücksichtigt. Methodische Mängel beider Verfahren können durch dieses Vorgehen allerdings nicht geheilt werden.

Generell wird eine **Mindesteffizienz von 50%** unterstellt, wenn ein Netzbetreiber im Effizienzvergleich ein Effizienzergebnis von weniger als 50% erhält. Sofern strukturelle Besonderheiten des Versorgungsgebietes oder der Versorgungsaufgabe – z. B. aufgrund von notwendigen Rückbaumaßnahmen im Netz – Kosten in erheblichem Ausmaß verursachen (wofür der Netzbetreiber darlegungs- und beweispflichtig ist), kann ein angemessener Aufschlag auf die Effizienzwerte festgesetzt werden. Aufgrund der **allgemeinen Produktivitätsvorgabe** (allgemeine Effizienzkomponente) muss selbst der effizienteste Netzbetreiber seine Kosten in der ersten Regulierungsperiode jährlich noch einmal um 1,5 % (in der ARegV beziffert), zusätzlich senken. Ab der zweiten Regulierungsperiode muss die BNetzA anhand ab 2007 zu sammelnder Daten über Zeitreihenanalysen den allgemeinen Produktivitätsfortschritt berechnen.

Die Kostenblöcke, die für den Effizienzvergleich einbezogen werden, werden in dauerhaft nicht beeinflussbare, vorübergehend nicht beeinflussbare und beeinflussbare Kosten unterteilt. Die **dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten**, die in der ARegV abschließend aufgezählt sind, unterliegen keiner Produktivitätssteigerungsvorgabe. Die aus Altinvestitionen resultierenden Abschreibungen, deren Gesamthöhe durch vergangene Investitionsentscheidungen bestimmt ist, werden in der Aufstellung nicht als nicht beeinflussbare Kosten berücksichtigt. Dieses retrospektive Anreizsystem wirkt sich auf einen erheblichen Teil der Gesamtkosten negativ aus. **Vorübergehend nicht beeinflussbare Kostenanteile** sind die auf nicht zurechenbaren strukturellen Unterschieden der Versorgungsgebiete beruhenden Kostenanteile. Sie werden im Rahmen des Effizienzvergleiches und der Bestimmung der Effizienzwerte durch die Behörde ermittelt, in dem die Kosten des jeweils betroffenen Netzbetreibers in das Verhältnis gesetzt werden zu den Kosten eines – strukturell vergleichbaren – effizienten Netzbetreibers.

Als **beeinflussbare Kostenanteile** gelten alle verbleibenden Kostenanteile. Allein auf den beeinflussbaren Kostenanteil richten sich die **individuellen Effizienzvorgaben**, die so festgelegt werden, dass die festgestellten Ineffizienzen innerhalb der ersten beiden Regulierungsperioden gleichmäßig abgebaut werden. Für die folgenden Regulierungsperioden werden die individuellen Effizienzvorgaben so bestimmt, dass die ermittelten Ineffizienzen jeweils zum Ende einer Regulierungsperiode abgebaut sind. Wenn der Netzbetreiber nachweist, dass die festgelegten **Effizienzvorgaben unzumutbar** sind, da sie z.B. zu übermäßigem Personalabbau, nicht mehr möglicher Wartung oder Instandhaltung der Netze oder Gefährdung der Versorgungssicherheit führen können, sind die Effizienzvorgaben auf einem anderen Wege zu bestimmen. Hierbei handelt es sich jedoch um eine **Ausnahmeregelung**.

Kosten für Erweiterungsinvestitionen, die sich bei einer nachhaltigen Änderung der Versorgungsaufgabe des Netzbetreibers im Laufe der Regulierungsperiode ergeben, sollen mit einem **Erweiterungsfaktor** berücksichtigt werden. Auf die Erlösobergrenzen können ferner Zu- und Abschläge vorgenommen werden, wenn der Netzbetreiber hinsichtlich der Netzzuverlässigkeit von Kennzahlvorgaben der Behörde abweicht. Die Anwendung von derartigen **Qualitätselementen** soll jedoch grundsätzlich erst zur zweiten Regulierungsperiode erfolgen. Sofern belastbare Datenreihen vorliegen, kann die BNetzA das Qualitätselement allerdings bereits in der ersten Regulierungsperiode einführen.

Auf Antrag des Netzbetreibers kann übergangsweise für die erste Regulierungsperiode ein **pauschalierter Investitionszuschlag** gewährt werden. Dieser darf 1% der vergleichbar gerechneten Kapitalkosten pro Jahr nicht überschreiten. Notwendige Investitionen in die Energieversorgungsnetze während der Startphase der Anreizregulierung sollen hiermit sichergestellt werden. Sofern am Ende der Regulierungsperiode die tatsächlichen Investitionen des Netzbetreibers unter dem gewährten pauschalieren Investitionszuschlag lagen, ist die Differenz durch Abschläge auf die Erlösobergrenze in der folgenden Regulierungsperiode zu berücksichtigen und zu verzinsen.

Die ARegV beinhaltet für die Netzbetreiber umfangreiche Mitteilungs-, Veröffentlichungs- und Dokumentationspflichten. In der ARegV sind ferner zu fast allen erwähnten Punkten Festlegungskompetenzen der zuständigen Behörde geregelt. Bei einer Vielzahl von Fragestellungen dürfen auch Regulierungsbehörden aktiv werden, was die Entwicklung einer – schon im Rahmen der Netzentgeltgenehmigung festzustellenden – **Länderkonkurrenz** zur Folge haben könnte. Die **Veröffentlichung** u. a. der Ef-

Effizienzwerte der Netzbetreiber durch die BNetzA erfolgt netzbetreiberbezogen in **nicht anonymisierter Form** im Amtsblatt und im Internet.

Gegen alle Entscheidungen der Behörden (insbesondere die Festlegung der Erlösobergrenzen, die Untersagung umgesetzter Netzentgelte sowie die Ablehnung eines Antrages auf Anpassung der Netzentgelte) kann **Beschwerde** beim zuständigen OLG erhoben werden. Diese hat jedoch im Regelfall **keine aufschiebende Wirkung**, d.h. die Entscheidung ist unmittelbar mit der Bekanntgabe bindend. An die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung stellt die Rechtsprechung hohe Anforderungen.

Für **Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreiber** sieht die ARegV für die Ermittlung der Effizienzwerte Sondervorschriften vor, wonach u. a. ein internationaler Effizienzvergleich und eine relative Referenznetzanalyse durchgeführt werden kann. Bei Fernleitungsnetzbetreibern wird der BNetzA neben einem nationalen Effizienzvergleich auch die Möglichkeit der Dateneinhüllungsanalyse eingeräumt, sofern keine ausreichenden Daten für einen nationalen Vergleich zur Verfügung stehen. Daneben können Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreiber für notwendige Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen in ihre Netze Investitionsbudgets beantragen.

Kleinere Netzbetreiber, an deren Gas- und Elektrizitätsverteilernetz insgesamt weniger als 20.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar angeschlossen sind (nicht jedoch mit mehr als 10.000 angeschlossenen Kunden im Gasbereich), **können** am sog. **vereinfachten Verfahren** teilnehmen. Die Effizienzvorgabe für die Teilnehmer am vereinfachten Verfahren ergibt sich aus einem einheitlichen Effizienzwert, der als gewichteter durchschnittlicher Effizienzwert aller im bundesweiten Effizienzvergleich ermittelten Effizienzwerte gebildet wird. Es erfolgt keine

Teilnahme am Effizienzvergleich. Die generelle Produktivitätsvorgabe beträgt auch hier 1,5%. Betroffene Netzbetreiber müssen sich innerhalb von nur **zwei Monaten** nach Inkrafttreten der ARegV entscheiden, ob sie am vereinfachten Verfahren teilnehmen möchten, und dies der Behörde mitteilen. Die Teilnahme ist dann **für zwei Regulierungsperioden bindend**. Aus diesem Grund sollte vor einer Entscheidung eine Szenario-Rechnung durchgeführt werden, um die wirtschaftlichen Folgen einer solchen Entscheidung zu bewerten.

Kostenbasis für die Bestimmung der Erlösobergrenzen sind im vereinfachten Verfahren entweder die genehmigten Kosten der zweiten Entgeltgenehmigungsrunde oder die Kosten der ersten Genehmigungsrunde (Geschäftsjahr 2004), sofern keine Netzentgelterhöhung in 2007 beantragt wurde. Für Netzbetreiber im vereinfachten Verfahren werden unternehmensindividuelle Besonderheiten nicht berücksichtigt. Daneben wird auf den Erweiterungsfaktor, die Einführung eines Qualitätselements und den pauschalierten Investitionszuschlag verzichtet. Sofern sich die Versorgungsaufgabe ändert oder Investitionen notwendig werden, kann eine Anpassung unter Berufung auf die Härtefallklausel erfolgen. Ferner entfallen einige Berichts- und Mitteilungspflichten.

Es ist zu konstatieren, dass die ARegV mit **erheblichen Auswirkungen** für die Netzbetreiber verbunden sein wird. Aus diesem Grund sollten sich die Netzbetreiber zeitnah mit den neuen Anforderungen befassen, um das Anreizsystem möglichst effektiv im Unternehmen umsetzen zu können. Insbesondere ist der **Netzentgeltantrag** zum 01.01.2008 (Strom) bzw. zum 01.04.2008 (Gas) mit **besonderer Sorgfalt** zu erstellen, da er die Grundlage für die Anreizregulierung darstellt.

Dr. Christian Stenneken / Dr. Hans-Christoph Thoma

Vergaberecht: Rahmenvereinbarungen nach der neuen VOL/A

Das Vergaberecht unterliegt nach wie vor einem ständigen Wandel. So galt es im vergangenen Jahr, die Vorgaben des sog. **EU-Legislativpaketes** – bestehend aus den beiden Richtlinien 2004/18/EG (Vergabekoordinierungsrichtlinie – VKR) und 2004/17/EG (Sektorenkoordinierungsrichtlinie – SKR) – in nationales Recht umzusetzen. Dieser Umsetzungsprozess ist durch die Veröffentlichung der VOB/A 2006, der VOL/A 2006 sowie der VOF 2006 (vorerst) zum Abschluss gebracht worden. Die neuen Verdingungsordnungen sind, nachdem sie zu-

nächst nur für Unterschwellenvergaben galten, seit dem **01.11.2006** auch für alle europaweiten Ausschreibungen anzuwenden. Sie enthalten **zahlreiche, europarechtlich inspirierte Neuerungen** wie den wettbewerblichen Dialog, das Präqualifikationsverfahren, die Möglichkeit der elektronischen Angebotsübermittlung, die Verwendung neuer Bekanntmachungsmuster, die Notwendigkeit zur Angabe der konkreten Gewichtung der Wertungskriterien oder die Verpflichtung zur Angabe von Mindestanforderungen für Nebenangebote in den Vergabeunterla-

gen. Damit soll die wettbewerbliche Vergabe öffentlicher Aufträge **flexibilisiert** und **vereinfacht** werden.

Der deutsche Verordnungsgeber hat von der den Mitgliedstaaten in Art. 32 VKR eingeräumten Option Gebrauch gemacht, den öffentlichen Auftraggebern den Abschluss von **Rahmenvereinbarungen** zu gestatten. Die nunmehr erfolgte Normierung in § 3 a Nr. 4 VOL/A bestätigt für den Abschluss von Liefer- und Dienstleistungsverträgen die Rechtsprechung, wonach Rahmenvereinbarungen **auch außerhalb der Sektorenbereiche** geschlossen werden dürfen. Für den **Baubereich** und **freiberufliche** Leistungen **fehlt** allerdings eine entsprechende Regelung in VOB/A und VOF. Dies könnte im Umkehrschluss bedeuten, dass **Rahmenvereinbarungen für diese Bereiche** – abgesehen von Bauaufträgen im Sektorenbereich (§ 5 b VOB/A) – **vom Verordnungsgeber nicht gewollt** sind. Jedenfalls erscheint der Abschluss von Rahmenvereinbarungen für klassische öffentliche Auftraggeber im Bereich VOF und VOB/A oberhalb der Schwellenwerte nach aktueller Rechtslage **äußerst kritisch**. Hier besteht nach einhelliger Praxismeinung **dringender Nachbesserungsbedarf**.

Nach der **Legaldefinition** in § 3 a Nr. 4 Abs. 1 VOL/A sind Rahmenvereinbarungen öffentliche Aufträge, die öffentliche Auftraggeber an ein oder mehrere Unternehmen vergeben können, um die Bedingungen für Einzelaufträge festzulegen, die während eines bestimmten Zeitraumes vergeben werden sollen. Damit ist ein **zweistufiges Verfahren** umrissen: Zunächst werden der oder die potentiellen Vertragspartner ausgewählt und die Rahmenbedingungen für die Einzelaufträge festgelegt. Auf der zweiten Stufe erfolgt dann die eigentliche Beschaffung im Wege der Einzelauftragsvergabe, wobei es zum Abschluss klassischer Liefer- oder Dienstleistungsverträge kommt. Die **Bestimmung des Schwellenwertes** für eine europaweite Ausschreibung (netto EUR 211.000) erfolgt dabei anhand des geschätzten Höchstwerts aller für den Zeitraum geplanten Einzelaufträge (§ 3 Abs. 8 Vergabeverordnung - VgV).

Soweit dem Abschluss der Rahmenvereinbarung ein Vergabeverfahren vorausgeht, ist die **(nochmalige) Ausschreibung der Einzelaufträge nicht erforderlich**. Für einen Leistungsabruf aus der Rahmenvereinbarung ohne erneuten Wettbewerb verlangt § 3 a Nr. 4 Abs. 6 lit. a VOL/A allerdings, dass die Vereinbarung **alle Bedingungen für die späteren Einzelaufträge festlegt** („Rahmenvertrag“). Hierzu zählen insbesondere der in Aussicht genommene Preis und das in Aussicht genommene Leistungsvolumen, die Laufzeit der Rahmenvereinbarung sowie die Beschreibung der abzurufenden Leistungen. Das Auftragsvolumen ist hierbei so genau wie möglich zu ermitteln und zu beschreiben, braucht aber nicht ab-

schließend festgelegt zu werden (§ 3 a Nr. 4 Abs. 1 Satz 2 VOL/A). Dementsprechend kann auch keine verbindliche Festlegung der konkreten Preise gefordert sein. Erforderlich ist aber die **Angabe des Preisfaktors bzw. der preisbildenden Kriterien**, d.h. der Berechnungsparameter wie etwa Preis pro Menge.

Die **Laufzeit** der Rahmenvereinbarung muss eindeutig definiert und angegeben werden, da nur dies den Unternehmen eine seriöse Preiskalkulation ermöglicht. Entsprechend Art. 32 Abs. 2 VKR sieht § 3 a Nr. 4 Abs. 8 VOL/A vor, dass die Laufzeit mit Ausnahme von Sonderfällen **vier Jahre** nicht überschreiten darf. Dahinter steht der Gedanke, dass langfristige Verträge potentiell geeignet sind, den Wettbewerb um öffentliche Aufträge zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen. Eine **längere Laufzeit** lässt sich aber insbesondere dann rechtfertigen, wenn Investitionen auf Auftragnehmerseite einen Amortisierungszeitraum erfordern, der mehr als vier Jahre beträgt.

Bei der Vergabe der Einzelaufträge dürfen keine **grundlegenden Veränderungen** an den Bedingungen der zugrunde liegenden Rahmenvereinbarung vorgenommen werden (§ 3 a Nr. 4 Abs. 3 Satz 3 VOL/A). Dieses Kriterium erscheint unscharf und stark einzelfallabhängig, so dass es in Zukunft wohl Aufgabe der Vergabenachprüfungsorgane sein wird, für mehr Klarheit zu sorgen. Feststehen dürfte allerdings, dass substantielle Änderungen des Auftragsvolumens als Verstoß gegen das Verbot der grundlegenden Veränderungen zu bewerten sind. Denn die nachträgliche mengenmäßige Ausweitung des Beschaffungsvorgangs beinhaltet eine Umgehung der Vergabe im Wettbewerb.

Im Gegensatz zu den zuvor benannten Rahmenverträgen handelt es sich bei den sog. „**Rahmenvereinbarungen im engeren Sinne**“ um solche Rahmenvereinbarungen, die nicht alle Bedingungen für die Einzelaufträge festlegen. Ist auf der ersten Stufe eine Rahmenvereinbarung im engeren Sinne ausgeschrieben worden, können die Einzelaufträge mangels Bestimmtheit nicht direkt vergeben werden, sondern erfordern – soweit auf der ersten Stufe mehrere Unternehmen ausgewählt worden sind – einen **erneuten, vereinfachten Wettbewerb** zwischen diesen Unternehmen. § 3 a Nr. 4 Abs. 5 VOL/A sieht hierbei vor, dass grundsätzlich **mindestens drei Unternehmen** an der Rahmenvereinbarung beteiligt sein müssen. Maßstab für den Aufruf zum Wettbewerb zwischen den ausgewählten Unternehmen sind dabei die Bedingungen der Rahmenvereinbarung, die ggf. zu präzisieren sind, bzw. weitere Bedingungen, soweit diese bereits in den Verdingungsunterlagen der Rahmenvereinbarung genannt waren (§ 3 a Nr. 4 Abs. 6 lit. b VOL/A). Das

sich daran anschließende Verfahren ist in § 3 a Nr. 4 Abs. 7 VOL/A detailliert geregelt. Der öffentliche Auftraggeber muss **die ausgewählten Unternehmen konsultieren**, um in Erfahrung zu bringen, ob sie in der Lage sind, den Einzelauftrag zu übernehmen. Daraufhin erfolgt eine **angemessene Fristsetzung für die Angebotsabgabe**. Der Zuschlag erfolgt auf das wirtschaftlichste Angebot, welches anhand der in den Verdingungsunterlagen der Rahmenvereinbarung aufgestellten Kriterien zu ermitteln ist.

Für den Fall, dass es zum Abschluss einer **Rahmenvereinbarung mit nur einem Unternehmen** gekommen ist, gilt auf der zweiten Stufe ebenfalls das Verbot der grundlegenden Änderungen. Ist auf der ersten Stufe ein Rahmenvertrag ausgeschrieben worden, erfolgt die Einzelauftragsvergabe nach den feststehenden Bedingungen. Ist es zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung im engeren Sinne gekommen, hat die Vergabestelle gemäß § 3 a Nr. 4 Abs. 4 VOL/A den Vertragspartner der Rahmenvereinbarung zu konsultieren und aufzufordern, sein Angebot zu vervollständigen. In dieser Konstellation erfolgt die Vergabe des Einzelauftrags nicht mehr im Wettbewerb, wodurch das nicht unerhebliche Risiko entsteht, dass die Vergabestelle im Rahmen der Vervollständigung des Angebots dem Unternehmen „ausgeliefert“ ist. Daher ist den Auftraggebern zu raten, kritisch zu prüfen, welche Bedingungen in der Rahmenvereinbarung offen gelassen werden sollen bzw. eine Rahmenvereinbarungspartnerschaft mit mehreren Unternehmen anzustreben.

Im Hinblick auf den vergaberechtlichen **Primärrechtsschutz** ist danach zu differenzieren, ob es sich um die Anfechtung der Auswahlentscheidung auf der ersten Stufe oder die Anfechtung der Einzelauftragsvergabe auf der zweiten Stufe handelt. Die **Auswahlentscheidung auf der ersten Stufe** kann ohne Zweifel im Wege eines Nachprüfungsantrags vor der zuständigen Vergabekammer angegriffen

werden. Dementsprechend ist die Vergabestelle verpflichtet, allen von der Auswahlentscheidung negativ betroffenen Bietern eine **Information nach § 13 VgV** zukommen zu lassen und die 14-tägige Wartezeit einzuhalten, bevor sie den Zuschlag für die Rahmenvereinbarung erteilt. Ferner ist nach vorzugswürdiger Auffassung davon auszugehen, dass auch die **Einzelauftragsvergabe** dem vergaberechtlichen Primärrechtsschutz unterliegt, soweit der Auftragswert der Rahmenvereinbarung den Schwellenwert von EUR 211.000 übersteigt. Eine **Beschränkung des Primärrechtsschutzes auf die erste Stufe wäre lückenhaft** und würde den für die Unternehmen wirtschaftlich entscheidenden Teil der Einzelauftragsvergabe ausblenden. Die Bieterinformation nach § 13 VgV hat dabei gegenüber den Bietern zu erfolgen, die an der Rahmenvereinbarung beteiligt sind, aber den jeweiligen Einzelauftrag nicht erhalten sollen. Dementsprechend dürfte bei einer Rahmenvereinbarung mit nur einem Unternehmen kein Anknüpfungspunkt für eine Informationspflicht nach § 13 VgV bestehen.

Die Vergabep Praxis wird zeigen, ob die mit der Normierung der Rahmenvereinbarung verbundenen Vorteile – Flexibilisierung der Beschaffung, Vergabe der Einzelaufträge nicht ausschreibungspflichtig – tatsächlich zum Tragen kommen werden. Die Vergabe von Leistungen im Wege der Rahmenvereinbarung verlangt von den Auftraggebern eine sorgfältige Planung bereits im Vorfeld. Insbesondere bei Rahmenvereinbarungen mit mehreren Unternehmen und einem anschließenden Wettbewerb zur Einzelauftragsvergabe bleibt abzuwarten, ob die geschilderten Vorteile durch die **doppelte Gefahr einer Verzögerung** durch Nachprüfungsanträge sowohl auf der ersten als auch auf der zweiten Stufe des Verfahrens möglicherweise wieder aufgehoben werden.

Carsten Kießling, Mag.rer.publ.

Kartellrecht: Kartellrecht als Risikofaktor auch für den Mittelstand - Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen

Das Kartellrecht steht seit seiner Verschärfung im Jahr 2005 immer wieder im Fokus der Öffentlichkeit, und zwar insbesondere dann, wenn es um die Verhängung horrender Bußgelder - wie zuletzt seitens der EU-Kommission gegen das sog. „Liftpkartell“ (992 Mio. Euro) - geht. Dabei herrscht im **Mittelstand** vielfach der falsche Eindruck, dass kartellrechtliche Restriktionen „nur etwas für Großkonzerne“ sei, was in der Praxis in Anbetracht einer Reihe von Ermittlungsverfahren gerade auch gegen mittelständische Unternehmen mit entsprechenden **Durchsuchungsaktionen in deren Geschäftsräumen** widerlegt

wird. Derartige Situationen gilt es wegen der Höhe der zu erwartenden Strafen und der negativen Außenwirkung sowie etwaig nachfolgender Schadensersatzforderungen der Kunden seitens der Geschäftsführung unbedingt zu vermeiden.

Auch den Wettbewerbsbehörden ist allerdings bekannt, dass **kleine und mittlere Unternehmen** oft unter **strukturellen Wettbewerbsnachteilen** leiden und in gewisser Hinsicht darauf angewiesen sind, Vereinbarungen zu treffen, die den Wettbewerb –

wenn auch in Grenzen – hemmen können. Mittelständlern fehlt etwa vielfach die Möglichkeit, vergleichbar mit Großunternehmen Waren oder Leistungen zu beziehen und auf Produkte gegenüber der Nachfrageseite Rabatte zu gewähren. Damit kleine und mittlere Unternehmen auch gegenüber großen Unternehmen wettbewerbsfähig sind, gestattet das GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) mittelständischen Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen, **Kooperationen** als **Nachteilsausgleich** einzugehen. Solche Kooperationen müssen seit der 7. GWB-Novelle nicht mehr bei den Kartellbehörden angemeldet werden. Vielmehr haben die Unternehmen selbst einzuschätzen, ob eine Vereinbarung kartellrechtlich zulässig ist oder nicht. Da diese **Selbsteinschätzung** nicht einfach ist, hat das Bundeskartellamt im März dieses Jahres die sog. **Bagatellbekanntmachung** überarbeitet und ein neues Merkblatt für Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen („KMU-Merkblatt“) herausgegeben.

Die Bagatellbekanntmachung legt die Ermessensgrundsätze fest, nach denen das Bundeskartellamt (wegen Geringfügigkeit) von einer Verfahrenseinleitung absieht. Hintergrund ist, dass das Amt Unternehmen lediglich verpflichten **kann** (und nicht muss), Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, abzustellen. Eine Verfahrenseinleitung wegen des Verdachts von Zuwiderhandlungen gegen das Kartellgesetz steht also im Ermessen des Amtes. Wichtig sind hier aber insbesondere zwei Dinge: Erstens ist von der Bagatellbekanntmachung keine Aussage umfasst, ob eine Zuwiderhandlung gegen § 1 GWB **zivilrechtliche Folgen (beispielsweise Schadensersatz** durch den Geschädigten) auch dann nach sich zieht, wenn die Kartellbehörde nicht einschreitet. Zweitens steht fest, dass keine Berufung auf die Bagatellbekanntmachung möglich ist, soweit es sich um eine sog. **Kernbeschränkung** handelt. Dies sind Absprachen unter Wettbewerbern, die beispielsweise die jeweilige Preisgestaltung, die gebietliche Aufteilung des Marktes, Rabattquoten oder etwa Produktionsbeschränkungen betreffen.

Nach der Bagatellbekanntmachung sieht das Bundeskartellamt regelmäßig von der Einleitung eines Verfahrens auf der Grundlage von § 1 GWB oder Art. 81 EGV ab, wenn der von den an einer **horizontalen Vereinbarung** beteiligten Unternehmen **insgesamt gehaltene Marktanteil auf keinem der betroffenen Märkte 10 % überschreitet** oder der **von jedem an einer nicht-horizontalen Vereinbarung** beteiligten Unternehmen **gehaltene Marktanteil auf keinem der betroffenen Märkte 15 % überschreitet**. Sollte zweifelhaft sein, ob eine horizontale oder nicht-horizontale Vereinbarung getrof-

fen wurde, so soll die 10 %-Schwelle gelten. Von immenser Bedeutung wird in diesem Zusammenhang natürlich die Frage, wie der „**betroffene Markt**“ **zu definieren** ist. Denn nur bei richtiger Definition können Aussagen über die Höhe der Marktanteile getroffen werden. Da es hier immer wieder zu Abgrenzungsproblemen kommt, sollte auf die **korrekte Marktdefinition hohe Sorgfalt** gelegt werden. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass eine Definition des Marktes im kartellrechtlichen Sinne oftmals von dem rein ökonomisch geprägten Ansatz des Vertriebs abweicht. Dies bedingt, dass die **kartellbehördliche Verwaltungspraxis und Rechtsprechung mit in den Blick zu nehmen** sind.

Das KMU-Merkblatt informiert darüber, welche Kooperationsformen KMUs eingehen können, ohne mit der Kartellbehörde in Konflikt zu geraten. Was die Wendung „kleinere und mittlere Unternehmen“ angeht, verwendet das Amt einen an der **jeweiligen Marktstruktur orientierten Begriff**. Insoweit sei – wie das Amt darlegt – das Verhältnis zu den großen Unternehmen der jeweiligen Branche entscheidend. Ein Unternehmen mit 100 Mio. Euro Jahresumsatz könne z.B. in einem Markt, auf dem auch „Umsatzmilliardäre“ tätig sind, u.U. als mittleres Unternehmen angesehen werden. Demgegenüber könne ein Wettbewerber mit einem gleich hohen Umsatz in einem anderen Wirtschaftszweig, der eine andere Unternehmensstruktur aufweist, ggf. nicht mehr als KMU anzusehen sein. Für die Frage der Anwendbarkeit der in dem Merkblatt dargestellten Grundsätze kommt es somit stets auf den jeweiligen **Markt und dessen Struktur** an. Auch hier geht es also wieder darum, den „betroffenen Markt“ im jeweiligen Einzelfall zutreffend zu definieren.

Das KMU-Merkblatt führt weiter erläuternd aus, dass nach § 3 Abs. 1 GWB **Mittelstandskartelle** in Deutschland vom Verbot des § 1 GWB freigestellt sind, wenn sie a) zwischen miteinander **im Wettbewerb stehenden** Unternehmen geschlossen werden, b) die **Rationalisierung** wirtschaftlicher Vorgänge durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit zum Gegenstand haben, c) dadurch den Wettbewerb auf dem Markt **nicht wesentlich beeinträchtigen** und d) dazu dienen, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner oder mittlerer Unternehmen zu verbessern. Sind KMUs an kooperativen Maßnahmen beteiligt, kommt es also darauf an, darzulegen, dass diese insbesondere in den Bereichen Produktion, Forschung und Entwicklung, Finanzierung, Verwaltung, Werbung, Einkauf oder Vertrieb zu **Verbesserungen im Verhältnis von betrieblichem Aufwand und Ertrag** führen. Dies bedeutet, dass ein Rationalisierungserfolg im Vordergrund der Kooperation stehen muss. Soweit die Kooperation auf den Ausschluss des Wettbewerbs gerichtet ist, kommt eine Freistellung nicht in Betracht. Da mit der Freistellungsnorm des § 3 Abs. 1 GWB der Gesetzgeber

auf eine **Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit von KMUs** zielt, ist letztlich die Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit aufgrund der zwischenbetrieblichen Kooperation zu begründen. Eine solche ist beispielsweise dann geeignet die Wettbewerbsfähigkeit zu fördern, wenn eine Ausweitung der Produktion und der Erhöhung ihrer Qualität, die Verbreitung des Sortiments, die Verkürzung der Lieferwege oder – fristen, eine rationellere Gestaltung der Einkaufs- oder Vertriebsorganisation oder eine gemeinsame Werbemaßnahme angestrebt und umgesetzt werden kann.

Bagatellbekanntmachung und KMU-Merkblatt sind wichtige Quellen für die Beurteilung, ob kooperative Vereinbarungen zwischen mittelständischen Unternehmen zulässig sind und wann es zu einem Einschreiten der Kartellaufsicht kommen kann. Es bleibt allerdings bei der **Komplexität der Materie**, weshalb **stets vorab eine einzelfallbezogene kartellrechtliche Bewertung** durchgeführt werden sollte.

Dr. Stefan Mager

Öffentliches Wirtschaftsrecht/Strafrecht: „Schwarze Kassen“ und ihre Problematik

Ehrenamtliches Engagement ist löblich. Für manche Aktivitäten braucht man Geld, durch manche Aktivitäten erwirtschaftet man Geld. Solche mehr oder minder sich scheinbar verselbständigenden Wirtschaftsaktivitäten kommen vor in Unternehmen, in Vereinen, bei Behörden, öffentlichen Rechtsträgern, auch im kirchlichen Bereich. Unangenehm lästig erscheint es, darüber nach den normalen Rechnungslegungsvorschriften buchführen zu müssen. Als besonders unerwünscht wird aber empfunden, wenn so erwirtschaftete und möglicherweise angesparte Überschüsse von dem förmlichen Rechtsträger und seiner Geschäftsführung, beispielsweise dem zur förmlichen Vertretung vorgesehenen Organ, „abgesaugt“ werden, um im allgemeinen Haushalt wegen Finanzknappheit anderweitige Löcher zu stopfen. Es scheint dann nahe zu liegen, gesonderte „Töpfe“ mit einer gewissen Diskretion zu bilden. Etwas unüblicher ist die Bezeichnung „**schwarze Kassen**“.

Vor derartigen „schwarzen Kassen“ muss dringend gewarnt werden. Das ruft eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 18.10.2006 in Erinnerung. Denn der Straftatbestand der Untreue, § 266 Strafgesetzbuch (StGB), sieht erhebliche Freiheitsstrafe vor, wenn jemand entweder eine förmliche Vertretungsbefugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, missbraucht (Missbrauchstatbestand) oder, noch weiter ausgreifend, auch ohne förmliche Vertretungsmacht eine besondere Treuepflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt (Treubruchstatbestand) und dadurch dem Träger des Vermögens Nachteil zufügt. Zwar ist nur vorsätzliches Handeln strafbar, Vorsatz kann aber leicht angenommen werden. Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren werden angedroht.

Die Rechtsprechung hat die **Verletzung fremder Vermögensinteressen** seit jeher schon darin gesehen, dass die ordnungsgemäße Einstellung der Einnahmen und Ausgaben in das normal vorgeschrie-

bene Rechnungswesen unterblieb und stattdessen Geld ohne Beachtung solcher Vorschriften als „schwarze Kasse“ verwaltet wurde. Der **Nachteil** liegt nach dieser Rechtsprechung, die jüngst wieder ausdrücklich bestätigt wurde, **schon** in der **Gefährdung** des Vermögens des Rechtsträgers. Eine Gefährdung liegt bereits dann vor, wenn das zur ordnungsgemäßen **Finanzkontrolle** und zur **Verfügung berufene Organ** den Zugriff nicht hat, sondern vom Geld nichts weiß. Allein die Entziehung von erwirtschafteten Geldern aus der **Dispositionsbefugnis des Vertretungsorgans** und aus dem Rechnungswesen ist nach dieser Auslegung die Zufügung eines Nachteils – und damit ist der komplette Straftatbestand erfüllt. Die Vorschrift der Untreue hat bei Strafverfahren zu Parteivermögen (Abzweigung auf ein ausländisches Sonderkonto in Unkenntnis des Vorstandes) wie auch bei der Vergabe überhöhter nachträglicher Anstellungsvergütungen große Publikumswirkung gehabt. Man sollte aber nicht verkennen, dass die voranstehend geschilderten Grundsätze im ehrenamtlichen, so z.B. im kirchlichen Bereich ebenfalls kaum geahnte Schlagkraft entwickeln können. Denn für die Strafbarkeit ist nicht etwa Voraussetzung, dass der „Schwarzkassenführer“ in seine eigene Tasche gewirtschaftet hat, es geht auch nicht um Steuerhinterziehung oder um Bestechungsgelder. Es kann schon genügen, dass eine Person einer besonderen Vermögensbetreuungspflicht unterliegt, von der Existenz einer „schwarzen Kasse“, die er übernommen haben mag, weiß, und dies nicht dem zuständigen Organ, etwa dem Vorstand, offenbart.

Für eine **ordnungsgemäße** Handhabung bieten sich **zwei Möglichkeiten** an:

Innerhalb einer größeren Körperschaft dürften auch **halbselbständige Untereinheiten** gebildet werden können, so mit eigener Wirtschaftsführung in definiertem, begrenztem Umfang, allerdings auch der

Pflicht zur Buchführung und Aufsicht durch das zentrale Vertretungsorgan unterliegend. Große Vereinigungen wie auch Parteien werden ähnlich organisiert. Freilich hat das Vertretungsorgan der Gesamtkörperschaft letztlich für die Ordnungsmäßigkeit der gesamten Wirtschaftsführung, auch der Untereinheiten, den „Kopf hinzuhalten“.

Wünscht man die Einbindung in die Vermögensverwaltung der bestehenden Körperschaft nicht, so kommt in Betracht, einen **selbständigen Rechtsträger** zu bilden. Das kann eine **Stiftung**, ein **eingetra-**

gener Verein oder auch eine **Gesellschaft** sein. Diese ist dann eigener Vermögensträger. Freilich bleibt dann wiederum abzuklären, inwieweit die Tätigkeiten einer solchen verselbständigten Einheit und ihrer Vertreter und Organmitglieder nun den Schutz etwa von Versicherungen genießen, die eben gerade nicht von ihnen und für sie abgeschlossen worden sind, sondern von der großen Körperschaft.

Dr. Egon A. Peus

Krankenhausrecht: GKV-Novelle erleichtert Zugang zur ambulanten Behandlung im Krankenhaus

Das am 02.02.2007 beschlossene **GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz** (GKV WSG) setzt den sich in den letzten Jahren bereits abzeichnenden Trend zum **Abbau der Sektorengrenzen zwischen ambulanter und stationärer Versorgung** fort. Für Krankenhäuser bieten sich damit verbesserte Möglichkeiten der Leistungserbringung im ambulanten Sektor.

Schon seit den 1990er Jahren wurden die **klassischen Möglichkeiten** der ambulanten Versorgung im Krankenhaus – insbesondere die **bedarfsabhängige Ermächtigung von Krankenhausärzten und die Notfallversorgung** – verschiedentlich erweitert. Unter anderem wurden Möglichkeiten zur **vor- und nachstationären Behandlung** geschaffen, um die Verweildauer zu reduzieren und die Versorgung zu verbessern, und ein **Katalog ambulant durchführbarer Operationen** und sonstiger stationärsetzender Eingriffe eingeführt. Zu den neueren Instrumenten gehört die **ambulante Erbringung von hochspezialisierten Leistungen und Behandlung seltener Erkrankungen und Erkrankungen mit besonderen Krankheitsverläufen**, u.a. onkologische Erkrankungen, HIV, schwere rheumatologische Erkrankungen nach § 116 b Sozialgesetzbuch (SGB) V. Es kam jedoch nur in geringem Umfang zum Abschluss der für diese Versorgungsform erforderlichen Verträge mit den Krankenkassen.

Diesen Umsetzungsschwierigkeiten soll die Neufassung des § 116 b SGB V abhelfen, indem Voraussetzung für eine Abrechnung nicht mehr ein Vertrag mit den Krankenkassen, sondern eine **Zulassung im Rahmen der Landeskrankenhausplanung** ist. Diese erfolgt auf Antrag des Krankenhauses. Bei der Entscheidung ist die vertragsärztliche Versorgungssituation zwar zu berücksichtigen, sie ist jedoch nicht von einem Bedarf im Sinne eines Versor-

gungsdefizites bei den niedergelassenen Ärzten abhängig. Für die Vertragsärzte kann diese Zulassung eines neuen, starken Wettbewerbers spürbare Auswirkungen haben und je nach Praxis der Planungsbehörde zu einer deutlichen Marktverschiebung hin zu den Krankenhäusern führen. Ob sich danach die vertragsärztliche Bedarfsplanung noch rechtfertigen lässt und insbesondere **ob Vertragsärzte zur Konkurrentenklage zugelassen sind, ist noch offen. Da das Gesetz den niedergelassenen Ärzten keinen Vorrang einräumt, spricht vieles gegen ein solches Klagerecht.** Für die sachlichen und personellen Anforderungen an die Leistungserbringung gelten wie bisher die Anforderungen für die vertragsärztliche Versorgung entsprechend; der Gemeinsame Bundesausschuss (GBA) kann in seinen Richtlinien zusätzliche Anforderungen regeln.

Die Abrechnung dieser Leistungen erfolgt in den Jahren 2007 und 2008 auf Basis des für die vertragsärztliche Versorgung geltenden einheitlichen Bewertungsmaßstabes (EBM), ab 2009 mit dem in der Region des Krankenhauses geltenden Preis der Euro-Gebührenordnung. Leistungen, die nicht in den EBM abgebildet sind, können künftig – sofern nicht eine ergänzende Regelung erfolgt – über § 116 b SGB V nicht abgerechnet werden. Hier sollte über den Abschluss von Verträgen der integrierten Versorgung nachgedacht werden.

Eine weitere Durchbrechung der Sektorentrennung ergibt sich aus der **integrierten Versorgung**. Diese soll gemäß GKV WSG nicht nur durch die Verlängerung der Anschubfinanzierung gefördert, sondern auch inhaltlich weiterentwickelt werden. Künftig sollen **auch nichtärztliche Heilberufe und Pflegeeinrichtungen** einbezogen werden können. In die Anschubfinanzierung werden allerdings anders als bisher keine Leistungen über die voll-, teilstationäre

und ambulante Versorgung hinaus einbezogen, so dass Rehabilitationsmaßnahmen nicht mehr pauschal mit vergütet werden. Daher sind auch die Pflegekassen in die Verträge einzubeziehen, wenn an ihnen Pflegeeinrichtungen beteiligt werden sollen. Krankenhäuser dürfen im Rahmen der integrierten Versorgungsverträge auch die **ambulanten Leistungen nach § 116 b SGB V erbringen, ohne gesondert hierfür zugelassen zu sein.**

Neben dieser Ausdehnung der Betätigung der Krankenhäuser in den ambulanten Bereich hinein nehmen aber auch die Kooperationsformen zwischen beiden Sektoren weiter zu. Hiervon können beide Seiten in vielfältiger Weise profitieren. Die bisherigen **Beschränkungen für die Tätigkeit nicht hauptamtlich angestellter Ärzte im Krankenhaus sollen nach einem Gesetzesentwurf der Landes-**

regierung zum Krankenhausgesetz NRW entfallen. Die Reformen des Vertragsarztrechtes haben des Weiteren dazu geführt, nun auch die **Krankenhäuser als Vertragsärzte tätig werden können.** Bisher sah die Rechtsprechung die Tätigkeit im Krankenhaus aufgrund der drohenden Interessenkonflikte als unvereinbar mit der Tätigkeit des Vertragsarztes an. Nach Änderung der Zulassungsverordnung für Vertragsärzte kann ein Krankenhausarzt nunmehr insbesondere auch als Angestellter in einem vom Krankenhaus betriebenen Medizinischen Versorgungszentrum (MVZ) oder als niedergelassener Arzt tätig werden, was weitere Spielräume für eine Verzahnung der ambulanten und stationären Arbeit eröffnet (siehe dazu auch unser Rundschreiben vom April 2007).

Inken Hansen

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

11. Juni 2007: Vergaberechtsfrühstück „Vergaberecht UPDATE 2007“ (Anwendungsfälle zur Gesetzesnovelle 2006, vergaberechtliche Brennpunkte und neueste Entwicklungen aus dem Bereich der Daseinsvorsorge). Die Veranstaltung findet im Sheraton-Hotel, Huysenallee 55, 45128 Essen, statt. Anfragen richten Sie bitte an martina.wissing@aulinger.eu.

11. Juni 2007: Workshop in Zusammenarbeit mit der WIKOM AG, Berlin, zum Entwurf der Anreizregulierungsverordnung (ARegV) vom 4. April 2007 sowie die Auswirkungen für die Netzbetreiber. Die Veranstaltung findet im George-Casalis-Saal des Französischen Doms, Gendarmenmarkt 5, 10117 Berlin, statt. Anfragen richten Sie bitte an melanie.weiser@aulinger.eu.

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

18. Juni 2007: Workshop in Zusammenarbeit mit der WIKOM AG, Berlin, zum Entwurf der Anreizregulierungsverordnung (ARegV) vom 4. April 2007 sowie die Auswirkungen für die Netzbetreiber. Die Veranstaltung findet im Saalbau der Philharmonie Essen, Huysenallee 53, 45128 Essen, statt. Anfragen richten Sie bitte an melanie.weiser@aulinger.eu.

Aktuelle Veröffentlichungen von AULINGER Rechtsanwälte:

Dr. Stefan Mager

„Vergaberecht und Gebührenrecht“, Baden-Baden 2007

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



Partnerschaftsgesellschaft, Sitz Essen, Amtsgericht Essen PR 1671