

Mandanteninformation

Juni 2011

Inhalt		
Personengesellschaftsrecht	Vorsicht – kurze Verjährung von Einlageansprüchen!	2
Aktienrecht	Verschwiegenheitspflicht kommunaler Mandatsträger in Aufsichtsräten – Referentenentwurf zur Aktienrechtsnovelle 2011	3
Gesellschaftsrecht	Notarielle Beurkundung der Geschäftsanteilsübertragung in der Schweiz: wirksam oder unwirksam?	4
Insolvenzrecht / Versicherungsrecht	Der Haftpflichtanspruch des Geschädigten in der Insolvenz des Schädigers	5
Arbeitsrecht	Sachgrundlose Befristung trotz Vorbeschäftigung Keine Nutzung von Kredit- und Tankkarten des Arbeitgebers für private Zwecke	7 8
Datenschutz	Widerruf der Bestellung zum Datenschutzbeauftragten	8
Vergaberecht / Betriebliche Altersversorgung	Ausschreibungspflicht der betrieblichen Altersversorgung	10
Privates Baurecht	Verhandlungsprotokoll als kaufmännisches Bestätigungsschreiben – Widerspruch erforderlich! Übersicherung durch 10%-ige Vertragserfüllungsbürgschaft und 10%-igen Bareinbehalt von Abschlagszahlungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen!	11 12
Immobilienrecht / Urheberrecht	Fotografien fremder Gebäude	14
Energierrecht	Die Voraussetzungen einer Versorgungsunterbrechung und ihre Durchsetzung gegenüber dem Kunden	14

In eigener Sache

Fast schon traditionell stellen wir Ihnen an dieser Stelle unsere neuen Kolleginnen und Kollegen vor. Diesmal freuen wir uns besonders, Ihnen drei „**Neuzugänge**“ präsentieren zu können, mit denen unser Team auf über 30 Anwältinnen und Anwälte gewachsen ist.

In Essen verstärkt Rechtsanwältin **Barbara Freifrau von der Recke** unseren vergaberechtlichen Bereich um unseren Partner **Dr. Stefan Mager**. Frau von der Recke bringt eine mehrjährige Berufserfahrung mit und hat seit Beginn ihrer Anwaltstätigkeit einen Schwerpunkt auf das **Vergaberecht** und **kommunale Immobilienprojekte** gelegt. Gemeinsam mit Dr. Stefan Mager wird Frau von der Recke sowohl Ausschreibungen gestalten und betreuen als auch Bieter beraten und vertreten.

Ebenfalls in Essen ist nunmehr Rechtsanwalt **Dr. Markus Segeth** tätig. Wir freuen uns sehr, dass sich Herr Dr. Segeth nach seinem Referendariat und einer Traineezeit entschieden hat, auch den Berufsstart als Anwalt mit uns zu wagen. Herr Dr. Segeth verstärkt den von unserem Partner **Dr. Andreas Lotze** geleiteten **kartellrechtlichen Fachbereich**.

Auch unser Team in Bochum wächst weiter. Ebenfalls als Berufsstarter begrüßen wir herzlich Rechtsanwalt **Dr. Marcel Leez**. Herr Dr. Leez hat nach seinem Studium im **Steuerrecht** promoviert und wird unser steuerrechtliches Kompetenzteam unter der Federführung unseres Partners **Dr. Volker Weinreich** verstärken.

Als weitere Personalie gilt es, die **Promotion** unseres Kollegen **Dr. Markus Hahn, M.Sc.** zu erwähnen. Wir freuen uns mit Herrn Dr. Hahn über die erfolgreiche Vollendung seines Promotionsvorhabens zu einem zivilverfahrensrechtlichen Thema und gratulieren herzlich.

Ebenso erfreulich ist, dass wir eine weitere Fachanwältin in unseren Reihen haben. Unsere Kollegin **Silke Herbst** hat ihre fachliche und praktische Kompetenz nun auch dadurch unter Beweis gestellt, dass ihr die Bezeichnung einer **Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht** verliehen wurde. Herzlichen Glückwunsch hierzu!

Schlussendlich können wir noch berichten, dass **Cornelius Kruse, LL.M.**, einen Lehrauftrag der betriebswirtschaftlichen Fakultät der Universität Duisburg Essen angenommen hat. Als **Lehrbeauftragter für Handelsrecht** kümmert sich Herr Kruse seit Beginn des Sommersemesters 2011 um die Vermittlung handelsrechtlicher Grundlagen an die Studierenden der Wirtschaftswissenschaften.

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.

Personengesellschaftsrecht: Vorsicht – kurze Verjährung von Einlageansprüchen!

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat sich in einem Beschluss mit folgendem – hier vereinfacht dargestellten – Sachverhalt beschäftigt: Der Beklagte hatte sich in den 1990er Jahren an einer Fondsgesellschaft beteiligt. Er war dort stiller Gesellschafter, sollte aber nach dem Gesellschaftsvertrag „dieselben Rechte und Pflichten haben wie Kommanditisten“ (Fall der sog. **atypischen stillen Gesellschaft**). Die versprochene Einlage von 700.000,00 DM hatte er nie eingezahlt. Die Fondsgesellschaft wurde insolvent. Der klagende Insolvenzverwalter nahm den Beklagten auf Zahlung dieses Betrages in Anspruch.

Der Kläger argumentierte: Ein Kommanditist, der seine Einlage nicht geleistet hat, haftet bis zur Höhe der Einlage den Gläubigern der Gesellschaft unmittelbar. Da sich der Beklagte wie ein Kommanditist behandeln lassen müsse, hafte er auch wie ein Kommanditist (**Außenhaftung**). Jedenfalls aber schulde der Beklagte aufgrund des Gesellschaftsvertrages noch seine Einlagezahlung (**Innenhaftung**). Mit dieser Klage blieb der Insolvenzverwalter freilich in allen drei Instanzen erfolglos.

In seiner Entscheidung führt der BGH zunächst aus, den stillen Gesellschafter treffe eine **Außenhaftung** auch dann nicht, wenn seine gesellschaftsvertragliche Stellung die eines Kommanditisten sei. Eine solche Außenhaftung erfordere vielmehr **einen besonderen Haftungsgrund**. Der Einlageanspruch, also die **Innenhaftung** des Gesellschafters, bestehe zwar, sei aber **verjährt**. Es gelte nämlich seit der Schuldrechtsmodernisie-

rung 2002 die allgemeine **Verjährungsfrist von drei Jahren**, beginnend mit dem Ende des Jahres, in dem der Anspruch entstanden sei. An der Verjährung ändere auch der Umstand nichts, dass die offenen Einlageansprüche in dem jeweiligen **Jahresabschluss** der Fondsgesellschaft **ausgewiesen** worden seien. Zwar könne in der Feststellung eines Jahresabschlusses ein Anerkenntnis des jeweiligen Gesellschafters liegen. Das setze aber die Zustimmung des betroffenen Gesellschafters voraus. Daran fehlte es im Streitfall.

Die Entscheidung betritt juristisch kein wesentliches Neuland, lenkt aber den Blick auf eine leicht zu übersehende Verjährungs- und damit auch **Haftungsfalle**. Denn es kommt – nicht nur in stillen Gesellschaften – häufig vor, dass die Gesellschafter die ausbedungenen Einlagen nicht so gleich in voller Höhe leisten. Das kann durchaus einvernehmlich so geschehen, wenn die Gesellschaft nicht alle vereinbarten Mittel sofort für ihr Geschäft braucht. Beruft sich freilich später ein Gesellschafter auf Verjährung, drohen böse Überraschungen.

Bei der **GmbH** ist die Verjährung freilich regelmäßig **kein Problem**. Denn hier gilt eine zehnjährige Verjährungsfrist, und diese Verjährungsfrist beginnt auch erst zu laufen, wenn die Gesellschafter durch **Gesellschafterbeschluss** offene Einlagen fällig gestellt haben.

Bei der **KG** ist das Problem dann überschaubar, wenn die **Pflichteinlage** (also das, was der Ge-

sellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag schuldet) genauso hoch ist wie die **Haft einlage** (also der Betrag, der im Handelsregister eingetragen ist). Denn bis zur Höhe des im Handelsregister eingetragenen Betrages **haftet** der Kommanditist den **Gläubigern** der Gesellschaft unmittelbar, soweit er die Einlage nicht geleistet hat. Aber die Pflichteinlage ist häufig höher als die Haft einlage. Und die für Einlageforderungen geltende Verjährung betrifft gleichermaßen **Nachschusspflichten** und sonstige Finanzierungsverpflichtungen.

Die Mitgesellschafter und insbesondere der Geschäftsführer bei der GmbH & Co. KG tun also gut daran, sich vor dem Eintritt der Verjährung offener Einlageforderungen zu schützen. Dazu muss die Einlageschuld nicht einmal gerichtlich geltend gemacht werden. Es reicht aus, ist aber auch erforderlich, dass der jeweilige Gesellschafter seine fortbestehenden Einlageverbindlichkeiten in regelmäßigen Abständen **anerkennt**. Dann

beginnt nämlich die Verjährungsfrist neu zu laufen.

Um ein Anerkenntnis herbeizuführen, sollten in den Jahresabschlussunterlagen der Gesellschaft die offenen Einlageforderungen individuell aufgeteilt nach den Kommanditisten ausgewiesen werden (dasselbe gilt für Forderungen gegen stille Gesellschafter). Die Geschäftsführung sollte dann im Zuge der Bilanzfeststellung Kommanditisten auffordern, den Bestand ihrer offenen Einlageschuld im Zuge der Bilanzfeststellung zu Protokoll zu erklären. Auf diese Weise ist gesichert, dass die später etwa erforderliche Geltendmachung des Einlageanspruchs nicht an Verjährung scheitert. Und der Geschäftsführer einer GmbH & Co. KG schützt sich auf diese Weise davor, im schlimmsten Fall auch noch persönlich zu haften, weil er Einlageforderungen hat verjähren lassen.

Dr. Andreas Eickhoff

Aktienrecht: Verschwiegenheitspflicht kommunaler Mandatsträger in Aufsichtsräten – Referentenentwurf zur Aktienrechtsnovelle 2011

Das Spannungsverhältnis zwischen dem allein am Wohl der Gesellschaft orientierten Gesellschaftsrecht und dem Interesse des Staates an demokratischer Kontrolle bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben schlägt sich besonders deutlich bei der Frage der **Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder kommunaler Unternehmen** nieder. Wem darf das einzelne Mitglied Bericht erstatten? Ist es generell zur Verschwiegenheit verpflichtet oder kann es dem Gemeinderat, einzelnen Ratsmitgliedern oder der Fraktion, der es angehört, Unternehmensinterna aus Aufsichtsratssitzungen mitteilen?

Der praktische Umgang mit diesen Fragen ist von erheblichen Unsicherheiten geprägt. **Verstöße gegen die Verschwiegenheitspflicht** können zu Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft, allerdings auch zu strafrechtlichen Sanktionen führen. Zwar wird das Haftungsrisiko durch kommunalrechtliche Freistellungsansprüche gemildert, gleichwohl dürfte es aber im elementaren Interesse aller Beteiligten liegen, es gar nicht erst zu Verstößen kommen zu lassen. Um die Handhabe vertraulicher Informationen zu erleichtern, bedarf es der **Konkretisierung** der sehr allgemein gehaltenen gesetzlichen Bestimmungen zur Verschwiegenheitspflicht. Dies kann etwa durch Richtlinien oder erklärende Hinweise geschehen, wobei stets beachtet werden muss, dass die Verschwiegenheitspflicht im Regelfall indisponibel ist und durch derartige Hinweise keinesfalls gelo-

ckert werden kann. Zwingend zu beachten ist deshalb Folgendes:

- Von der Verschwiegenheitspflicht umfasst sind alle diejenigen Tatsachen, für die ein Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft besteht. Ob einzelne Vorgänge hierzu zählen, muss das einzelne Aufsichtsratsmitglied eigenverantwortlich entscheiden, ohne dass ihm ein Ermessen zukommt.
- Von der Geheimhaltungspflicht jedenfalls umfasst sind **Finanz- und Investitionspläne**, Produktions- und Absatzpläne, Forschungsvorhaben und Forschungsaufwand, spezielle Herstellungsverfahren, Kundenlisten, die Vertriebsstruktur und Marktanteilsanalysen, schwebende Vertragsverhandlungen, sowie der **jährliche Prüfungsbericht des Abschlussprüfers**. Ebenfalls der Geheimhaltung unterliegen die **Protokolle der Aufsichtsratssitzungen**, aus denen Abstimmungsverhalten und der Gang der Diskussionen hervorgeht. Selbstverständlich unterliegen auch Personalangelegenheiten der Verschwiegenheitspflicht.
- Adressaten der Verschwiegenheitspflicht sind zunächst einmal alle Aufsichtsratsmitglieder gleichermaßen. Lediglich für „**kommunale**“ **Aufsichtsratsmitglieder**, die durch öffentlich-rechtliche Körperschaften in den Aufsichtsrat entsandt wurden, sieht das Aktien-

gesetz (AktG) eine Ausnahme vor. Sie ist allerdings beschränkt auf die **Weiterleitung von Aufsichtsratsunterlagen** an die in der Verwaltung mit der Unternehmensbeteiligung befasste Abteilung und nimmt diese in den Kreis der zur Geheimhaltung verpflichteten mit auf. Insoweit ist eine umfassende **Weitergabe von Informationen** an die Beteiligungsverwaltung einer Gemeinde und die **Verwaltungsspitze** in Person der Oberbürgermeisterin oder des Oberbürgermeisters zulässig, **nicht aber eine vollständige Information des Gemeinderats**, einzelner Ratsfraktionen oder einzelner Ratsmitglieder. Zulässig ist allenfalls eine ausgedünnte Weitergabe von Informationen durch die Oberbürgermeisterin oder den Oberbürgermeister bzw. die zuständige Abteilung in der Gemeinde an den Gemeinderat, wobei eine Informationsweitergabe im Einzelfall immer gegen die Vertraulichkeit der Aufsichtsratssitzungen abzuwägen ist.

Diese dem **Vorrang des Gesellschaftsrechts** folgende Rechtslage wird im Bereich der kommunalen Unternehmen für unbefriedigend erachtet. Die Möglichkeit, sich zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben privater Rechtsformen zu bedienen, dürfe nicht zu einem **Verlust von Informations- und Kontrollrechten** führen. Das Bedürfnis der Aufsichtsräte kommunaler Gesellschaften, die

Verschwiegenheitspflicht zu lockern, ist deshalb Gegenstand des Referentenentwurfs zur Aktienrechtsnovelle 2011, in dem die Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht zugunsten einer **Berichtspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern** erweitert werden soll. Konkret ist vorgesehen, die derzeitige gesetzliche Regelung um einen Absatz zu erweitern, wonach die Satzung einer Aktiengesellschaft die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder regeln kann. Es wird also der Satzungsautonomie der Gesellschafter unterworfen, die Pflicht zur Verschwiegenheit im Einzelnen zu regeln. Dies wird – sofern es zu einer direkten Umsetzung käme – jedenfalls für den **Aufsichtsrat kommunaler Aktiengesellschaften** gelten und ausweislich des Referentenentwurfs auch für **mitbestimmte Gesellschaften mit beschränkter Haftung**. Ob die dargestellten Grundsätze auch für eine GmbH Geltung beanspruchen können, die nicht bereits aufgrund zwingender mitbestimmungsrechtlicher Regelungen einen Aufsichtsrat einzurichten hat, sondern über einen so genannten **fakultativen Aufsichtsrat** verfügt, kann nicht sicher prognostiziert werden. So es zu der Umsetzung des Referentenentwurfs der Aktienrechtsnovelle kommt, sollte jedoch auch in solchen Gesellschaften der Gesellschaftsvertrag angepasst werden, um ein möglichst hohes Maß an Rechtssicherheit zu erlangen.

Dr. Markus Haggenev / Sebastian Hauptmann

Gesellschaftsrecht: Notarielle Beurkundung der Geschäftsanteilsübertragung in der Schweiz: wirksam oder unwirksam?

Geschäftsanteile an deutschen GmbHs sind grundsätzlich frei veräußerbar; die Veräußerung bedarf jedoch zu ihrer Wirksamkeit der **notariellen Beurkundung**. Die Notwendigkeit der Beurkundung von Anteilskauf und -abtretung ist den Parteien des Veräußerungsvorgangs vielfach „ein wirtschaftlicher Dorn im Auge“. Grund hierfür ist, dass die Beurkundungstätigkeit deutscher Notare auf Basis der gesetzlichen Kostenordnung abgewickelt werden muss, ohne dass ein Verhandlungsspielraum über die entstehenden Gebühren besteht. Aus wirtschaftlichen Gründen wurde und wird daher bei größeren Transaktionen gelegentlich der Weg gewählt, die Veräußerung von GmbH-Geschäftsanteilen an deutschen Gesellschaften **in der Schweiz** beurkunden zu lassen, vor allem in den in den Kantonen Zug, Zürich-Altstadt oder Basel-Stadt. Denn in der Schweiz sind – anders als in Deutschland – die Beurkundungsgebühren mit dem Notar frei verhandelbar.

Im Ergebnis durchgreifende Zweifel an der Zulässigkeit dieses Vorgehens wurden mit Blick auf die

grundsätzliche Gleichwertigkeit von Beurkundungen nach Deutschem und Schweizer Recht lange Zeit nicht geäußert. Dies änderte sich im Jahr 2008. Mit der Änderung des Schweizer Obligationenrechts zum 01.02.2008 wurde in der Schweiz das Erfordernis einer Beurkundung der Abtretung von Stammanteilen an einer Schweizer GmbH abgeschafft. Der Wegfall des dem deutschen Recht vergleichbaren Beurkundungszwangs weckte im Schrifttum verstärkte Bedenken gegen die Wirksamkeit von Auslandsbeurkundungen. Im Jahr 2009 verstärkte das **Landgericht Frankfurt am Main** diese Bedenken. Es **verneinte** in einem Urteil vom 7.10.2009 – wenn auch nur in Form eines obiter dictum, also einer Nebenbemerkung ohne direkte Bedeutung für die konkrete Entscheidung – die **Zulässigkeit** der Beurkundung von Geschäftsanteilsveräußerungen und -abtretungen in der Schweiz. Als Begründung führte das Landgericht an, dass ein Schweizer Notar **mangels Amtsbefugnis** in Deutschland seine gesetzliche Pflicht **zur Einreichung der geänderten Gesellschafterliste** nicht erfüllen könne. Die-

se Pflicht des beurkundenden Notars war durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) zum 01.11.2008 neu in das GmbHG aufgenommen worden. Die – wenn auch nur landgerichtliche – Ablehnung aus ganz grundsätzlichen gesetzlichen Erwägungen verursachte in kurzer Zeit erhebliche Rechtsunsicherheit.

Das **Oberlandesgericht Düsseldorf** hat nun mit Beschluss vom 02.03.2011 die gegenteilige Auffassung vertreten. In einem handelsregisterrechtlichen Beschwerdeverfahren hatte es über die Verweigerung eines Registergerichts zu entscheiden, eine von einem Schweizer Notar erstellte, **geänderte Gesellschafterliste** in das Handelsregister aufzunehmen. Der Notar hatte die Übertragung von Geschäftsanteilen an einer deutschen GmbH beurkundet und die Liste beim zuständigen Handelsregister über einen deutschen Notars als Boten eingereicht. Das Registergericht hatte unter Bezugnahme auf das obiter dictum in der Entscheidung des Landgerichts Frankfurt am Main die Annahme der Liste abgelehnt, weil die Anteilsübertragung mangels Amtsbefugnis des Schweizer Notars zur ihm gesetzlich obliegenden Einreichung der Gesellschafterliste unwirksam sei.

Die Auffassung des Registergerichts wies das OLG Düsseldorf zurück. Es sei höchstrichterlich entschieden, dass das **Beurkundungsverfahren in bestimmten Kantonen der Schweiz** der deutschen Beurkundung **gleichwertig** sei. Diese Beurteilung habe auch nach der Änderung des Schweizer Obligationenrechts weiterhin zu gelten. Eine Beurkundung von Anteilsübertragungen auf freiwilliger Basis sei nach Schweizer Recht immer noch möglich. Dies reiche aus. Auch die Neuerungen im deutschen Recht würden nicht zu einer Unzulässigkeit solcher Auslandsbeurkundungen führen. Die Regelung zur Zuständigkeit für die Einreichung der Gesellschafterliste sei aus Gründen der Gesetzessystematik von der eigentlichen Beurkundung streng zu trennen. Die **Einreichung der neuen Gesellschafterliste** betreffe lediglich eine reine Mitteilungspflicht des Notars und sei **ohne Einfluss auf die Wirksamkeit der Anteilsübertragung**. Auch könne ein ausländischer Notar bei einer von ihm wirksam beurkundeten Ab-

tretung eine diese Änderung der Geschäftsanteile berücksichtigende Gesellschafterliste beim Handelsregister einreichen. Allerdings könnten ihm deutsche Gesetze eine entsprechende Amtspflicht nicht auferlegen. **In Fällen einer Auslandsbeurkundung treffe daher die Pflicht zur Einreichung der Gesellschafterliste grundsätzlich die Gesellschafter**. Weder aus dem Gesetz noch aus der Gesetzesbegründung sei jedoch zu schließen, dass ein ausländischer an der Beurkundung mitwirkender Notar zur Einreichung der Liste nicht berechtigt ist. Habe ein ausländischer Notar eine wirksame Beurkundung durchgeführt, könne er daher auch über einen deutschen Kollegen als Boten die Gesellschafterliste zum Handelsregister einreichen.

Der Beschluss des OLG Düsseldorf öffnet die Tür für Auslandsbeurkundungen einen Spalt breiter. In Bezug auf die Nachhaltigkeit der Entscheidung bleibt jedoch abzuwarten, ob sich andere Oberlandesgerichte und der Bundesgerichtshof dem Urteil anschließen werden. Denn es ist zu beachten, dass die Entscheidung **keine Bindungswirkung für andere OLG-Bezirke** entfaltet. Besondere Brisanz birgt die Entscheidung des OLG Düsseldorf auch deshalb, weil es sich um einen „konstruierten“ Fall handelt, in welchem die beteiligten Anwälte und das beurkundende Notariat eine Gesellschaft just zu dem Zweck gegründet und Anteile übertragen hatten, um eine gerichtliche Entscheidung zu „provizieren“. Endgültige Klarheit kann deshalb nur eine **Entscheidung des Bundesgerichtshofs** in einem „echten“ Fall bringen. Bis diese vorliegt, sollte bei Transaktionen von nicht nur nachrangiger persönlicher und wirtschaftlicher Bedeutung auf eine Beurkundung in Deutschland **nicht verzichtet** werden. Vermeintliche Kostenvorteile bei einer Beurkundung in der Schweiz müssen weiterhin gegen die auch nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf fortbestehenden Risiken abgewogen werden. Überdies gilt eines: mit deutschen Notariaten stehen den Vertragsbeteiligten in Fragen des deutschen Gesellschaftsrechts auf jeden Fall zuverlässige Ansprech- und Beratungspartner „im kurzen Zugriff“ zur Seite und Verfügung.

Dr. Stephan Löwisch, LL.M.

Insolvenzrecht / Versicherungsrecht: Der Haftpflichtanspruch des Geschädigten in der Insolvenz des Schädigers

Ein Schuldner, sei es eine Gesellschaft oder ein Einzelunternehmen, der seine Verbindlichkeiten nicht mehr befriedigen kann, ist verpflichtet, die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** über sein

Vermögen zu beantragen. Im Rahmen des Insolvenzverfahrens wird sodann das Restvermögen des Schuldners an die Gläubiger verteilt. Dabei erhalten die Gläubiger in der Regel lediglich eine

geringe quotale Befriedigung ihrer Forderung und fallen mit dem Restbetrag aus. Dagegen kann der Insolvenzverwalter Forderungen des Schuldners ohne Einschränkungen zur Masse ziehen.

Bessergestellt sind im Insolvenzverfahren die Gläubiger, die über eine Sicherheit für ihre Forderung verfügen. Ihnen steht ein **Absonderungsrecht an dem Sicherungsgut** zu: nach Verwertung des Sicherungsgutes durch den Gläubiger oder den Insolvenzverwalter erhält der Gläubiger eine vorrangige Befriedigung aus dem Verwertungserlös. Nur wenn ein Restbetrag verbleibt, fließt dieser zu Gunsten der übrigen Gläubiger in die Masse.

Im Falle eines **durch den Schuldner verursachten Haftpflichtschadens** hat der Geschädigte regelmäßig nur eine ungesicherte Schadenersatzforderung gegen den Schuldner, die in der Insolvenz entsprechend des dargestellten Grundsatzes nur quotale Befriedigung würde. Der **Anspruch des Schuldners gegen seine Haftpflichtversicherung**, soweit eine solche bestand, fielen dagegen ohne gesetzliche Sonderregelung vollumfänglich in die Masse, obwohl er doch dem Geschädigten zu Gute kommen sollte. Hier nimmt nun der Geschädigte eine **Sonderstellung** ein und erhält von Gesetzes wegen eine Sicherheit für seine Forderung in Form eines Absonderungsrechts an dem Anspruch des Schuldners gegen die Versicherung. Aufgrund des Absonderungsrechtes ist der Geschädigte berechtigt, die Forderung unmittelbar gegen die Haftpflichtversicherung geltend zu machen. Dies setzt allerdings voraus, dass der **Haftpflichtanspruch rechtskräftig festgestellt** oder **vom Schuldner anerkannt** ist.

Es muss also ein **rechtskräftiges Urteil** vorliegen, welches den Schadenersatzanspruch gegen den Schuldner dem Grunde und der Höhe nach bestätigt. Dieses Urteil kann in der Insolvenz des Schuldners nicht mehr vollstreckt werden, es dient aber als Grundlage für ein Verfahren gegen die Haftpflichtversicherung. Das Urteil bindet das Gericht in einem Verfahren gegen die Versicherung insoweit, als die Versicherung das Bestehen eines Haftpflichtanspruches nicht mehr bestreiten kann.

Auch der Geschädigte, der noch keinen rechtskräftigen Titel gegen den Schuldner erlangt hat, kann sich aus seinem Absonderungsrecht befriedigen: Ein **Anerkenntnis des Schuldners** entfaltet die gleichen Wirkungen wie ein rechtskräftiges Urteil. Der Schuldner kann Anerkenntnis jedoch

nur **vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens** wirksam abgeben. Liegt ein solches nicht vor, muss sich der Geschädigte um ein Anerkenntnis des Insolvenzverwalters bemühen, indem er seine Forderung zur Insolvenztabelle anmeldet. Hierbei sollte der Geschädigte besonders sorgfältig den Grund und die Höhe des Haftungsanspruches darlegen. Je substantiierter die Anmeldung zur Tabelle ist, desto größer sind die Chancen, dass der Insolvenzverwalter die Forderung anerkennt.

Vertritt der Insolvenzverwalter die Ansicht, dass die Forderung dem Grunde oder der Höhe nach nicht besteht, kann er sie bestreiten. In diesem Fall muss der Gläubiger gegen den Insolvenzverwalter Klage erheben auf Feststellung der Forderung zur Tabelle.

Erst wenn er dieses Klageverfahren gewonnen hat, kann der Geschädigte Zahlung von der Versicherung verlangen. Die Versicherung ist nun an die Feststellung des Haftpflichtanspruches gebunden; es steht auch für sie unverrückbar fest, dass der Schuldner dem Geschädigten Schadenersatz in einer bestimmten Höhe schuldet. Die Haftpflichtversicherung ist aber nur dann zur Zahlung der Versicherungssumme verpflichtet, wenn sie auch im Verhältnis zum Schuldner hätte zahlen müssen. Die Versicherung kann also gegen den Geschädigten einwenden, sie sei gegenüber dem Schuldner nicht zur Zahlung / Freistellung verpflichtet. Eine Deckungspflicht der Versicherung gegenüber dem Schuldner kann zum Beispiel entfallen, wenn dieser seine Obliegenheiten verletzt hat oder die Forderung aus einer vorsätzlichen Handlung stammt und die Versicherung in ihren Bedingungen eine Deckung hierfür ausgeschlossen hat. Im diesem Fall muss sich der Geschädigte mit einer quotalen Zahlung aus der Masse begnügen.

Zusammenfassend gilt für den Gläubiger eines Haftpflichtanspruches im Falle der Insolvenz des Schädigers, dass zunächst geprüft werden sollte, ob beim Schuldner eine Haftpflichtversicherung bestand. Verfügt der Gläubiger, wie im Regelfall, nicht über einen rechtskräftigen Titel oder ein Anerkenntnis, muss er seine Forderung zunächst zur Tabelle anmelden und deren Feststellung, ggf. auch im Klagewege, verfolgen. Um ein langwieriges Verfahren zu vermeiden, sollte die Anmeldung eine sorgfältige und umfangreiche Darlegung des Anspruches enthalten. Ebenso frühzeitig gilt es zu klären, ob Einwendungen im Deckungsverhältnis bestehen könnten.

Heike Middendorf

Arbeitsrecht: Sachgrundlose Befristung trotz Vorbeschäftigung

Nach dem **Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG)** bedarf die Vereinbarung einer Befristung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich eines sachlichen Grundes. Hiervon macht das Gesetz aber selbst Ausnahmen. So kann ein Arbeitsvertrag ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren befristet werden. Dabei ist bis zu dieser Gesamtdauer von zwei Jahren auch die höchstens dreimalige Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig. Diese **Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung** bietet für den Arbeitgeber den Vorteil, dass auch in Fällen, in denen Kündigungsschutz besteht, das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der vereinbarten Zeit endet, ohne dass hierfür ein die Beendigung rechtfertigender Grund bestehen müsste.

Allerdings ist nach dem TzBfG die Befristung ohne Sachgrund nur dann möglich, wenn mit demselben Arbeitgeber nicht bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Das TzBfG enthält **keine zeitliche Begrenzung dieses Vorbeschäftigungsverbot**, so dass nach dem Wortlaut des Gesetzes jegliche Vorbeschäftigung dazu führen kann, dass eine sachgrundlose Befristung nicht möglich ist. Dabei kommt es nach dem Gesetzeswortlaut weder auf die Dauer noch auf die Qualität des vorherigen Arbeitsverhältnisses an, so dass es denkbar wäre, dass eine sachgrundlose Befristung unzulässig ist, weil der Bewerber vor zehn Jahren schon einmal in den Schulferien beim potentiellen Arbeitgeber beschäftigt gewesen ist.

Auch wenn dieses Vorbeschäftigungsverbot den Missbrauch von sachgrundlosen Befristungen verhindern soll, liegt auf der Hand, dass der hierdurch bezweckte Schutz der Arbeitnehmer oftmals ins Gegenteil umschlägt. So hatten in der Vergangenheit Bewerber, die zu irgendeinem Zeitpunkt bereits beim potentiellen Arbeitgeber beschäftigt gewesen sind, wegen dieser Vorbeschäftigung keine Chance, den erhofften Arbeitsplatz zu erhalten, weil kein Abschluss einer sachgrundlosen Befristung möglich gewesen wäre. Zudem bedeutete dies einen enormen Verwaltungsaufwand gerade für größere Arbeitgeber, weil diese bei jeder Bewerbung zunächst prüfen mussten, ob schon jemals ein Arbeitsverhältnis mit dem Bewerber bestanden hat.

Wegen dieser Folge wurde die angesprochene Regelung des TzBfG seit jeher in der rechtswissenschaftlichen Literatur kritisiert. Auch im aktuellen Koalitionsvertrag findet sich die Absichtsbekundung, die gesetzliche Regelung zu ändern.

Dem ist **der 7. Senat des Bundesarbeitsgerichts (BAG)** nunmehr mit Urteil vom 06.04.2011 zuvor gekommen. Er hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem die Klägerin zunächst beim Freistaat Sachsen als studentische Hilfskraft vom 01.11.1999 bis zum 31.01.2000 eingestellt war und in diesem Zeitraum insgesamt 50 Stunden für den Freistaat gearbeitet hatte. Später stellte sie der Freistaat Sachsen für den Zeitraum vom 01.08.2006 bis zum 31.07.2008 befristet als Lehrerin ein. Nach Ablauf des Befristungszeitraums machte die Klägerin die Unwirksamkeit der befristeten Einstellung als Lehrerin geltend. Das BAG wies die Klage ab und stützte sich dabei – soweit dies aus der bislang lediglich vorliegenden Pressemitteilung ersichtlich ist – auf verfassungsrechtliche Erwägungen. Danach soll in Anlehnung an die Regelverjährungsfrist des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) eine **Vorbeschäftigung regelmäßig nicht schaden, wenn diese mehr als drei Jahre zurückliegt**. Hintergrund dieser Erwägung dürfte sein, dass nach Ablauf der Regelverjährung das (alte) Arbeitsverhältnis derart weit entfernt scheint, dass keinerlei Ansprüche daraus mehr geltend gemacht werden können.

Auch wenn die Entscheidung vom Ergebnis her zu begrüßen ist, bleibt abzuwarten, ob hier das BAG nicht die **Grenzen der Auslegung bzw. Rechtsfortbildung** überschritten hat. Denn ein Gericht darf sich nicht über den eindeutigen Willen des Gesetzgebers hinwegsetzen. Ferner ist zu berücksichtigen, dass das TzBfG auch der Umsetzung europäischer Vorgaben, namentlich u. a. der **Richtlinie 1999/70/EG**, diene und daher deren Grenzen einhalten muss. Es bleibt nunmehr abzuwarten, wie das BAG seine Entscheidung begründen wird. Vollständige „Entwarnung“ kann daher noch nicht gegeben werden. Insbesondere ist denkbar, dass die Klägerin des Verfahrens sich nunmehr mit einer Verfassungsbeschwerde an das **Bundesverfassungsgericht (BVerfG)** richten wird.

Arbeitgebern ist zum jetzigen Zeitpunkt anzuraten, nicht zu euphorisch auf die aktuelle Entscheidung des BAG zu reagieren. Vielmehr kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Entscheidung noch vom BVerfG bzw. vom **Europäischen Gerichtshof (EuGH)** gekippt wird. Zudem ist nicht absehbar, ob und wann die Regierungskoalition die gesetzliche Regelung ihrerseits ändern wird. Arbeitgeber sollten daher auch weiterhin vorsorglich prüfen, ob ein Bewerber bereits zu irgendeinem Zeitpunkt einmal in einem Arbeitsverhältnis zu ihnen gestanden hat. In einem solchen Fall wäre dann eine sachgrundlose Befristung auch

weiterhin mit Vorsicht zu genießen; es wäre vielmehr zu prüfen, ob ein Sachgrund für die Befristung besteht.

Dr. Bastian-Peter Stenslik

Arbeitsrecht: Keine Nutzung von Kredit- und Tankkarten des Arbeitgebers für private Zwecke

Hündigt der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer Tankkarten oder Kredit- oder Kontokarten aus, so sind damit grundsätzlich nur **dienstlich veranlasste Ausgaben** zu tätigen. Dies gilt auch dann, wenn im Arbeitsvertrag oder bei Übergabe der Karte ein entsprechender Hinweis **fehlt**, dass einzig Bezahlvorgänge im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis zulässig sind. Die Behauptung des Arbeitnehmers, die **private Nutzung** sei ihm **gestattet** worden, muss der Mitarbeiter nach einem Urteil des Landesarbeitsgerichts (LAG) Schleswig-Holstein vom 15.03.2011 beweisen. Das Gericht hat damit eindeutig die Position der Arbeitgeber gestärkt.

Dem Urteil lag der folgende Sachverhalt zu Grunde: Die Arbeitgeberin erteilte dem für sie als Disponent tätigen Arbeitnehmer eine Vollmacht für das Firmenkonto und übergab ihm sowohl eine Kredit- als auch eine Tankkarte. Über das Konto der Arbeitgeberin erwarb der Arbeitnehmer nicht nur ein privates Flugticket, sondern kaufte auch in einem Warenhaus ein und bestellte Kinderkleidung und Haushaltsgegenstände bei einem Versand. Die Tankkarte nutzte der Arbeitnehmer zur Betankung von Fahrzeugen mit fünf verschiedenen Kraftstoffarten im Wert von mehr als EUR 2.000 – ein Indiz dafür, dass der Arbeitnehmer nicht nur den Dienstwagen, sondern auch weitere Fahrzeuge betankte. Als die Arbeitgeberin diese Ausgaben bemerkte, stellte sie alle Lohnzahlungen an den Arbeitnehmer ein. Das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis wurde in der Folge beendet und die Arbeitgeberin verrechnete die verbleibenden Lohnansprüche des Arbeitnehmers in voller Höhe mit Schadensersatz-

ansprüchen wegen der unbefugten Belastung ihres Kontos. Dies hielt der Arbeitnehmer für unzulässig und klagte die ausstehende Vergütung ein. Er behauptet, die Arbeitgeberin hätte ihm ihre Konten ohne Einschränkung zur Verfügung gestellt. Es obliege der Arbeitgeberin, das Gegenteil zu beweisen.

Ebenso wie die erste Instanz hat auch das LAG Schleswig-Holstein die Klage abgewiesen. Etwas **Pfändungsfreigrenzen** seien wegen der hier **vorsätzlichen Handlungen** des Arbeitnehmers nicht beachtlich. Selbst wenn es an einer ausdrücklichen Absprache fehle, dienten dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Kredit- und Tankkarten nur zur Bestreitung von Ausgaben für **dienstliche Zwecke**. Verwende der Arbeitnehmer solche ihm überlassene Karten auch für private Zwecke, so müsse er darlegen und beweisen, dass er die **Befugnis** hierzu erhalten habe.

Arbeitnehmer, die ihnen überlassene Karten des Arbeitgebers auch im privaten Bereich einsetzen möchten, sollten sich vor dem Einsatz dahingehend absichern, dass der Arbeitgeber keine Einwendungen gegen einen solchen Einsatz erhebt. Ein fehlender Hinweis auf die – nur – erlaubte dienstliche Nutzung stellt kein „Freifahrtschein“ für den Arbeitnehmer dar. Für Arbeitgeber bedeutet die Entscheidung, dass eine ausführliche Aufklärung des Sachverhalts im Streitfall zunächst unterbleiben kann, da der Arbeitnehmer darlegungspflichtig ist.

Ralf Heine

Datenschutz: Widerruf der Bestellung zum Datenschutzbeauftragten

Öffentliche Stellen sowie Unternehmen, die mehr als neun Personen ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigen, sind nach dem Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) verpflichtet, einen Beauftragten für den Datenschutz zu bestellen. Er soll auf die Einhaltung der Datenschutzbestimmungen hinwirken, überwachen, schulen und als Ansprechpartner für datenschutzrechtliche Fragen zur Verfügung stehen. Zum Datenschutzbeauftragten kann sowohl

ein Mitarbeiter als auch ein externer Dritter bestellt werden. Um die notwendige Unabhängigkeit des internen Datenschutzbeauftragten zu gewährleisten, kann seine **Bestellung zum Beauftragten nur aus wichtigem Grund widerrufen** werden. Auch eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist – nachwirkend bis Ablauf eines Jahres nach Ende der Bestellung - nur fristlos aus wichtigem Grund möglich.

Die Anforderungen an den wichtigen Grund für einen Widerruf der Bestellung werden von der Rechtsprechung erst langsam konkretisiert. Das Bundesarbeitsgericht hat hierzu am 23.03.2011 ein grundlegendes Urteil erlassen. In dem zu Grunde liegenden Fall hatte ein Arbeitgeber die Bestellung widerrufen, weil die Aufgaben des Beauftragten für den Datenschutz zukünftig konzernweit einheitlich durch einen externen Dritten wahrgenommen werden sollten. Das Bundesarbeitsgericht hat ebenso wie die Vorinstanzen der Klage des Datenschutzbeauftragten stattgegeben. Ein Widerruf der Bestellung sei nur möglich, wenn die Fortsetzung des Rechtsverhältnisses für den Arbeitgeber unzumutbar ist. Er sei zwar bei der erstmaligen Bestellung frei, ob er einen internen oder externen Datenschutzbeauftragten wählt. Hat er sich jedoch einmal für einen internen Beauftragten entschieden, **so stellt allein die Organisationsentscheidung, die Aufgabe künftig fremd zu vergeben, keinen hinreichenden Grund für einen Widerruf dar.** Das gelte auch, wenn dadurch eine Fremdvergabe dieser Funktion erst Jahre später, unter Umständen erst nach dem Renteneintritt des bisherigen Beauftragten, möglich sei.

Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts liegt bisher nur als Pressemitteilung vor. Aus den Erwägungen des Berufungsgerichts lässt sich jedoch entnehmen, dass der Arbeitgeber sich neben der Entscheidung zur Fremdvergabe auch auf Rentabilitätsabwägungen und auf die Notwendigkeit eines konzernweit einheitlichen Datenschutzes berufen hat. Derartige Rentabilitätsabwägungen schließt das LAG Berlin-Brandenburg nicht generell als wichtigen Grund aus. **Der Arbeitgeber hätte allerdings diese Überlegungen weiter konkretisieren und nachweisen müssen, dass sich die Kosteneinsparung als betrieblich dringend erforderlich dargestellt hätte,** z. B. zur Vermeidung anderer Kündigungen oder zur Sanierung. Diese Überlegungen erscheinen durchaus einleuchtend.

Zurückgewiesen wurde auch das Argument des Arbeitgebers, auf Grund der Konzernorganisation, insbesondere der Übertragung der Lohnabrechnung und der Personalsachbearbeitung auf die Konzernmutter, sei eine **konzernweit einheitliche Betreuung des Datenschutzes erforderlich.** Das Berufungsgericht hielt diesen Wunsch aus organisatorischen Gründen für nachvollziehbar, letztlich jedoch **nicht für stichhaltig.** Allerdings hatte es der Arbeitgeber versäumt, im Einzelnen konkret vorzutragen, worin die unzumutbaren Schwierigkeiten einer Bestellung mehrerer Beauftragter für die verschiedenen Konzernunternehmen liegen. Grundsätzlich kann auch bei Überschneidungen

in den Aufgaben von einer wechselseitigen Abstimmung ausgegangen werden. Ob es einen wichtigen Grund im Sinne des BDSG dargestellt hätte, wenn die Zuständigkeit zweier Datenschutzbeauftragter zu Konflikten geführt hätte, die eine Veränderung des bestehenden Zustandes erforderlich machten, musste das Gericht daher nicht entscheiden. Schädlich für den Arbeitgeber war allerdings zweifellos auch, dass die Konzernunternehmen schon lange vor dem versuchten Widerruf der Bestellung begonnen hatten unternehmensübergreifend Daten zu verarbeiten, aber zunächst mit zwei Beauftragten weiter gearbeitet hatten. Zu unlösbaren Problemen war es in dieser Zeit offenbar nicht gekommen.

Das Gesetz schützt auf diesem Wege insbesondere Datenschutzbeauftragte, die sich durch exzessive Wahrnehmung ihres Amtes als Verhinderer unbeliebt machen, vor vorgeschobenen Unternehmerentscheidungen.

Konsequenz dieses Urteils ist zunächst, vor dem erstmaligen **Bestellen eines Datenschutzbeauftragten** sorgsam die **Vor- und Nachteile der Bestellung eines internen oder externen Beauftragten abzuwägen.** Der Beauftragte muss fachkundig und vertrauenswürdig sein. Bei der Funktion des Datenschutzbeauftragten handelt es sich nicht um eine Aufgabe, die einem beliebigen Mitarbeiter beispielsweise allein aufgrund seiner EDV-Kenntnisse übertragen werden sollte. Generelle Organisationsentscheidungen oder Zweckmäßigkeitserwägungen reichen später nicht aus, um gegen den Willen des Beauftragten eine Fremdvergabe durchzuführen. Wenn Zweifel am bestehenden System aufkommen, ist daher sorgsam zu prüfen, worin diese Zweifel begründet sind, welche Schwierigkeiten es für das Unternehmen begründet und ob diese eine Fortsetzung des bestehenden Systems unzumutbar machen.

Anders ist die Situation im Übrigen, wenn das Unternehmen, also die Stelle, die den Datenschutzbeauftragten bestellt hat, beispielsweise im Rahmen einer Verschmelzung erlischt. Im Zusammenhang mit der Fusion von zwei Ortskrankenkassen hat das Bundesarbeitsgericht bereits am 29.09.2010 festgestellt, dass **auf Grund des Erlöschens des Rechtsträgers auch das Amt des Datenschutzbeauftragten erlischt** und der neu gegründete Rechtsträger einen neuen Datenschutzbeauftragten bestellen darf und muss. In diesem Zusammenhang verliert also der bisher Beauftragte sein Amt und muss je nach Ausgestaltung seines Arbeitsvertrages mit zumutbaren anderen Aufgaben beschäftigt werden.

Inken Hansen

Vergaberecht / Betriebliche Altersversorgung: Ausschreibungspflicht der betrieblichen Altersversorgung

Kommunen und kommunale Betriebe müssen nach einem Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 15.07.2010 **Verträge über die betriebliche Altersversorgung ihrer Beschäftigten künftig europaweit ausschreiben**. Städte, Gemeinden und Landkreise können sich danach nicht mehr - wie bislang in der Praxis geschehen - auf tarifvertragliche Vereinbarungen berufen, wonach bestimmte Unternehmen bei der betrieblichen Altersversorgung privilegiert und direkt, ohne vorherigen Wettbewerb, beauftragt werden dürfen.

In dem zugrunde liegenden Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland ging es um die **betriebliche Altersversorgung durch Entgeltumwandlung** nach dem Gesetz über die Verbesserung der betrieblichen Altersvorsorge (BetrAVG). Bisher wurden entsprechende Rahmenverträge von den Kommunen regelmäßig freihändig an Unternehmen aus dem öffentlichen Finanzsektor vergeben. Sie folgten dabei der Regelung eines Tarifvertrages zwischen dem Dachverband der kommunalen Arbeitgeber (VKA) und den Gewerkschaften Verdi und DBB Tarifunion (TV-EUmw/VKA). Als begünstigte Vertragspartner für die betriebliche Altersvorsorge nannte der Tarifvertrag öffentliche Zusatzversorgungseinrichtungen, die Sparkassen-Finanzgruppe und verschiedene Kommunalversicherer.

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) entschied, dass es sich bei den Verträgen über die betriebliche Altersversorgung um Versicherungsverträge und damit um **öffentliche Dienstleistungsaufträge** im Sinne der Vergabekoordinierungsrichtlinie handelt. Diese seien auch entgeltlicher Natur. Der EuGH ließ den Einwand der Bundesregierung, dass die Kommune nur als - treuhänderische - Zahlstelle zwischen Arbeitnehmer und dem Versicherungsunternehmen fungiere, nicht gelten. Denn nach dem BetrAVG müssten die kommunalen Arbeitgeber für die Erfüllung der von ihnen zugesagten Leistungen auch dann einstehen, wenn diese über einen externen Dienstleister erfolgten. Die von dem Versicherungsunternehmen erbrachten Dienstleistungen, die als Gegenleistung für die vom Arbeitgeber gezahlten Versicherungsprämien erbracht werden, ermöglichten es dem Arbeitgeber, seiner Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Entgeltumwandlung nachzukommen.

Auch der geltende **Tarifvertrag** spielte für den EuGH **keine Rolle**. Das Recht zum Abschluss von Tarifverträgen erlaube nicht automatisch eine Beeinträchtigung des unionsrechtlich geprägten

Vergaberechts. Die Verwirklichung sozialpolitischer Ziele im Rahmen der tarifvertraglichen Kollektivverhandlungen sei mit den Vorschriften des europäischen Vergaberechts vereinbar.

Ausschreibungspflichtig sind nach diesem Urteil nur die zwischen Arbeitgebern und Versicherungsunternehmen beabsichtigten **Rahmenverträge über die betriebliche Altersversorgung**, nicht hingegen die einzelnen Entgeltumwandlungsverträge. Die Pflicht zur europaweiten Ausschreibung besteht, wenn das Entgeltumwandlungsvolumen für alle Beschäftigten über einen Zeitraum von 48 Monaten (vier Jahre) den für Dienstleistungsaufträge maßgeblichen Schwellenwert erreicht.

Der EuGH hatte nur für den Zeitraum der Jahre 2004 bis 2007 geurteilt. Da die durchschnittliche Quote der Entgeltumwandlungsbeteiligung dabei nur sehr gering mit 1,76 % der Beschäftigten im Öffentlichen Dienst angesetzt wurde, kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass in den Jahren 2004 bis 2007 nur Kommunen und kommunale Betriebe mit mehr als ca. 2.400 Beschäftigten verpflichtet waren, ihre Rahmenverträge über die betriebliche Altersvorsorge der Beschäftigten europaweit auszuschreiben.

Die im Urteil des EuGH genannten Werte sind jedoch längst überholt. Zum Einen ist der Schwellenwert für europaweite Vergaben zum 01.01.2010 nochmals auf € 193.000 gesenkt worden. Zum Anderen ist die extrem niedrige durchschnittliche Beteiligungsquote auch im Öffentlichen Dienst in den Jahren 2007 bis 2011 deutlich angestiegen. Darüber hinaus verbieten sich pauschale Betrachtungsweisen am Beispiel des EuGH-Urteils mit dessen statischen Größen. **Entscheidend ist der Einzelfall**. So muss jeder kommunale Arbeitgeber den Auftragswert seiner betrieblichen Altersversorgung selbst ermitteln und schätzen. Dies gilt umso mehr, wenn bereits konkrete hauseigene Zahlen und Erfahrungswerte vorliegen.

Beispiel: In einer Kommune mit 235 Beschäftigten optieren 20 % der Beschäftigten, d.h. 47 Mitarbeiter an der betrieblichen Altersversorgung. Die durchschnittliche Versicherungsprämie dieser Beschäftigten beträgt monatlich € 87. Nach der oben aufgezeigten Rechenmethode des EuGH ist der Rahmenvertrag des kommunalen Arbeitgebers europaweit auszuschreiben, da das Gesamtvolumen (47 Mitarbeiter x 87 € Prämie x 48 Mo-

nate = € 196.272) den Schwellenwert in Höhe von € 193.000 übersteigt.

Nach diesem Beispiel wird deutlich, dass **nicht nur große Kommunen dem Vergaberecht unterfallen** können. Aber auch Kommunen mit einem Entgeltumwandelungsvolumen unterhalb der Schwellenwerte dürfen sich nicht zurücklehnen. Zwar sind sie von dem Urteil nicht unmittelbar betroffen. Gleichwohl müssen Verträge über die betriebliche Altersversorgung ihrer Beschäftigten unterhalb der Schwellenwerte jedenfalls nach den **haushaltsrechtlichen Vorschriften** (VOL/A 1. Abschnitt) sowie den europäischen Wettbewerbsgrundsätzen, d.h. transparent und diskriminierungsfrei, vergeben werden.

Das Vergaberecht breitet mit diesem Urteil einmal mehr seine Fänge aus und zieht auch Verträge der Kommunen und kommunaler Betriebe über die betriebliche Altersversorgung ihrer Beschäftigten in seinen Anwendungsbereich. **Für private Versicherungsunternehmen öffnet sich hingegen ein lukratives Geschäftsfeld.** Nachdem die Kommunen dem Urteil des EuGH in den vergangenen Monaten wenig Aufmerksamkeit geschenkt hatten, ist jetzt **rasches Handeln** gefordert. Der Winterschlaf ist vorbei. Die EU-Kommission macht bereits Druck (Pressemitteilung vom 14.03.2011, IP/11/287) und droht der Bundesrepublik erhebliche Geldstrafen an, wenn sie nicht bald Maßnahmen ergreift, um das EuGH-Urteil umzusetzen.

Dr. Stefan Mager / Barbara v. der Recke

Privates Baurecht: Verhandlungsprotokoll als kaufmännisches Bestätigungsschreiben – Widerspruch erforderlich!

Häufig kommt es bei der Vergabe von Aufträgen **nach Vertragsschluss zu Verhandlungen**, in welchem der **ursprüngliche Vertragsinhalt abgeändert** wird. Die Änderungen werden in der Regel in einem **gemeinsam unterzeichneten Verhandlungsprotokoll** festgehalten. Soweit die unterzeichnenden Mitarbeiter entsprechend bevollmächtigt sind, werden die Änderungen unproblematisch Vertragsinhalt. Selbiges gilt nach Rechtsscheingrundsätzen, wenn ein vollmachtloser Vertreter die Vertragsverhandlungen führt und das Protokoll unterzeichnet. Entsendet eine Partei zu der Verhandlung einen Mitarbeiter, erzeugt sie regelmäßig den Anschein, sie werde durch einen Bevollmächtigten vertreten. Auf diesen Rechtschein kann die andere Partei vertrauen, da sie in der Regel nicht damit rechnen muss, dass die andere Partei auf eine Einladung zu einer Vertragsverhandlung einen vollmachtlosen Vertreter schickt, wenn nicht besondere Umstände vorliegen oder ihr dies sogar verdeutlicht wird.

Problematisch wird es in dem Fall, in welchem eine der Parteien einen **vollmachtlosen Mitarbeiter** zu einer **Verhandlung** schickt, welche **ausschließlich** dazu angesetzt wurde, um den **bereits geschlossen Vertrag urkundlich zu fixieren** – also weitere Verhandlungen mit der möglichen Folge von Änderungen nicht beabsichtigt sind. Kommt es im Rahmen eines solchen Verhandlungstermins dennoch zu Änderungen und werden diese in einem Verhandlungsprotokoll festgehalten, welches seitens der einen Partei durch deren vollmachtlosen Mitarbeiter unterzeichnet wird, werden die Änderungen allein dadurch nicht Vertragsinhalt. So handelt der voll-

machtlose Mitarbeiter als **Vertreter ohne Vertretungsmacht**. Auch eine Zurechnung nach Rechtsscheingrundsätzen kommt grundsätzlich nicht in Betracht, weil die Partei, für welche der vollmachtlose Mitarbeiter unterzeichnet hat, keinen Rechtschein für eine über eine bloße Bestätigung des bereits geschlossenen Vertrages hinausgehende Bevollmächtigung setzt und die andere Partei auch kein dahingehendes Vertrauen bilden konnte.

Im Hinblick auf den Vertragsinhalt gilt aber dann etwas anderes, wenn die Partei, für welche der vollmachtlose Mitarbeiter gehandelt hat, zeitnah zur Verhandlung über den bereits geschlossenen Vertrag das über die Verhandlung erstellte Protokoll erhält und aus diesem die Abänderung des Vertrages zu erkennen ist. Für diesen Fall hat der Bundesgerichtshof (BGH) mit Urteil vom 27.01.2011 entschieden, dass auf das **Verhandlungsprotokoll** die Grundsätze über das **Schweigen auf das kaufmännische Bestätigungsschreiben** entsprechend anzuwenden sind. Widerspricht die betroffene Partei nicht unverzüglich den in dem Verhandlungsprotokoll enthaltenen Abänderungen, so wird ihr Schweigen als **schlüssige Genehmigung der nachträglichen Abänderung** behandelt und der Vertrag kommt mit dem Inhalt des Verhandlungsprotokolls zustande.

In dem vom BGH entschiedenen Fall bot der Auftragnehmer (AN) Holzbauarbeiten unter Verwendung eines von dem Auftraggeber (AG) zur Verfügung gestellten Vordruckes an, in welchem im Hinblick auf die Gewährleistung auf § 13 VOB/B –

zwei Jahre gemäß VOB/B 1996 – verwiesen wurde. Ihm wurde auf der Grundlage seines Angebotes der Zuschlag erteilt. Nach Zuschlagserteilung fanden Vertragsverhandlungen statt, welche nach dem Vortrag des AN lediglich der schriftlichen Niederlegung des bereits geschlossenen Vertrages dienen sollten. Es kam zu Änderungen des Vertragsinhaltes. In dem Verhandlungsprotokoll, welches von dem vollmachtlosen Mitarbeiter des AN unterschrieben wurde, wurde u.a. ein Gewährleistungszeitraum von fünf Jahren festgehalten. Das Protokoll wurde dem AN kurzfristig übersandt, dieser widersprach nicht. Knapp vier Jahre nach Abnahme traten Mängel zu Tage, der AN berief sich auf die Einrede der Verjährung, der AG verwies auf die 5-jährige Verjährungsfrist entsprechend dem Inhalt des Verhandlungsprotokolls. Der BGH gab dem AG Recht. Er wandte die **Grundsätze des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben** entsprechend auf das Verhandlungsprotokoll an.

Dem Grundsatz, dass im Handelsverkehr der Empfänger einem kaufmännischen Bestätigungsschreibens unverzüglich widersprechen muss, wenn er den Inhalt nicht gegen sich gelten lassen will, liegt ein Handelsbrauch zugrunde, der zwischenzeitlich zu Gewohnheitsrecht geworden ist. Die Pflicht zum Widerspruch wird aus den im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen und aus den Grundsätzen von Treu und Glauben abgeleitet. Persönlich anwendbar ist dieser Grundsatz auf Kaufleute und auf Personen, welche wie ein Kaufmann selbstständig und in größerem Umfang am Rechtsverkehr teilnehmen, wie beispielsweise Gemeinden und Behörden im fiskalischen Tätigkeitsbereich. Das Bestätigungsschreiben muss das **Ergebnis der vorausgegangenen Vertragsverhandlungen verbindlich festlegen** und es muss in **unmittelbar zeitlichem Zusammenhang mit den Vertragsverhandlungen** zugegangen sein. In diesem Fall hat die widerspruchslose Hinnahme des Schreibens die Wirkung, dass sein Vertragsinhalt gilt. Das Schreiben ist lediglich dann ohne Wirkung, wenn der Bestätigende so weit von dem Ergebnis der Verhandlungen abweicht, dass er vernünfti-

gerweise nicht mit dem Einverständnis rechnen konnte.

Auch wenn das Verhandlungsprotokoll kein kaufmännisches Schreiben ist – also der Grundsatz nicht direkt anwendbar ist – kommt es nach der Auffassung des BGH einem solchen Schreiben inhaltlich und seinem Zweck nach so nahe, dass es gerechtfertigt ist, die Grundsätze zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben entsprechend anzuwenden. Denn das Protokoll wird gerade zu dem Zweck erstellt, die Vertragsverhandlungen und ihr Ergebnis zu bestätigen und schriftlich zu dokumentieren. Nimmt an den Verhandlungen ein (vollmachtloser) Vertreter eines Vertragspartners teil, so ist der Vertragspartner nach Treu und Glauben und der Verkehrsitten gehalten, das ihm zeitnah übersandte Protokoll zu **prüfen** und den darin dokumentierten Verhandlungsergebnissen zu **widersprechen**, wenn er diese nicht als Vertragsinhalt akzeptieren will. Diese Pflicht überfordert den Vertragspartner auch nicht, sondern entspricht insbesondere den **besonderen Anforderungen an ein redliches Verhalten bei der Abwicklung eines Bauvertrages**.

Die leider weit verbreitete Praxis, ein Verhandlungsprotokoll ungelesen abzuheften und keinen Gedanken mehr an dieses zu verschwenden, führt im Zuge der Durchführung und Abwicklung des Bauvertrages oft zu Unstimmigkeiten im Hinblick auf den tatsächlichen Vertragsinhalt. Die BGH-Entscheidung zeigt, welche weitreichenden Folgen dies für die Parteien haben kann. Für die Parteien eines Bauvertrages, sowohl für den AN als auch für den AG, für welchen der Grundsatz selbstredend ebenfalls gilt, empfiehlt es sich, **Verhandlungsprotokolle immer genau zu überprüfen** und nicht gewollten Änderungen **unverzüglich zu widersprechen**, damit diese nicht Vertragsinhalt werden. Eine entsprechende Handhabung sollte auch bei **Baustellenbesprechungsprotokollen** erfolgen, da sich die Grundsätze auf diese übertragen lassen.

Silke Herbst

Privates Baurecht: Übersicherung durch 10%-ige Vertragserfüllungsbürgschaft und 10%-igen Bareinbehalt von Abschlagszahlungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen!

Vom Auftraggeber (AG) gestellte Bauverträge enthalten häufig eine Regelung, wonach der Auftragnehmer (AN) eine **Vertragserfüllungsbürgschaft von 10 % der vereinbarten Auftragssumme** zu stellen hat und **Abschlagszahlungen** – nur – **in Höhe von 90 % der** jeweils nachgewie-

senen, vertragsgemäßen und nicht mit wesentlichen Mängeln behafteten **Leistungen** zu erbringen sind. Wird der AN insolvent und nimmt der AG nach Kündigung des Bauvertrages den Bürgen aus der Vertragserfüllungsbürgschaft in Anspruch, stellt sich die Frage, ob die Sicherungsab-

rede als **Allgemeine Geschäftsbedingung** (AGB) unwirksam ist, was der Bürge dem AG nach § 768 Abs. 1 Satz 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) entgegenhalten könnte.

Ein solcher Fall lag dem **Bundesgerichtshof** (BGH) jetzt zur Entscheidung vor: Anders als die Vorinstanz, das OLG München, hat der BGH dem sich auf die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede berufenden Bürgen Recht gegeben. Zwar sei die der Vertragserfüllungsbürgschaft zu Grunde liegende Sicherungsabrede für sich betrachtet nicht zu beanstanden. Auch wenn die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) zur Höhe einer Sicherung für die Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen aus dem Vertrag anordnet, dass 5% der Auftragssumme nicht überschritten werden sollen, lasse sich daraus eine Obergrenze für eine **zwischen Unternehmern** vereinbarte Vertragserfüllungsbürgschaft nicht ableiten. In der Praxis habe sich für die Vertragserfüllungsbürgschaft eine Größenordnung von 10% durchgesetzt. Die Sicherung des AG in dieser Höhe benachteilige den AN nicht unangemessen. Das Vertragserfüllungsrisiko verwirkliche sich insbesondere, wenn der AN vor der Fertigstellung seiner Werkleistung insolvent werde und der AG deshalb einen Dritten mit der Vollendung des Bauvorhaben beauftragen müsse. Der hieraus folgende Mehraufwand erreiche bzw. überschreite sogar vielfach einen Betrag von 10 % der Auftragssumme.

Die Sicherungsabrede – so der BGH – führe allerdings **zusammen** mit der Vereinbarung über die Abschlagszahlungen zu einer **Übersicherung** des AG und damit zu einer unangemessenen Benachteiligung des AN entgegen den Geboten von Treu und Glauben. Die Inhaltskontrolle müsse **beide** Klauseln erfassen. Die Regelung betreffend den **Bareinbehalt von Abschlagszahlungen** bewirke, dass der AG dem AN 10% der nach Prüfung als berechtigt anerkannten Forderung für die erbrachten Werkleistungen nicht auszahlen müsse, sondern bis zur Prüfung und Bezahlung der Schlussrechnung einbehalten dürfe. Dadurch werde dem AN Liquidität entzogen. Da der Einbehalt nicht abgesichert sei, trage der AN das Risiko, dass der AG insolvent wird. Dem AG verleihe der Einbehalt von Abschlagszahlungen eine Sicherheit für sämtliche vertragliche Ansprüche, also auch solche, auf die sich die der Vertragserfüllungsbürgschaft zu Grunde liegende Sicherungsabrede beziehe.

Hinzu komme die weitere Belastung durch das Erfordernis, eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10% der Auftragssumme zu stellen. Der AN müsse seine Avalkreditlinie belasten und

Avalzinsen zahlen. Zu berücksichtigen sei auch, dass die vom AG zu leistenden Abschlagszahlungen nach Prüfung des Leistungsstandards und der Mangelfreiheit bis zur letzten Abschlagsrechnung üblicherweise nicht den vollen vereinbarten Wert der jeweils erbrachten Leistungen entsprechen, weil nach Stellung der jeweiligen Rechnung weitergearbeitet werde und der AG durch Leistungsverweigerungsrechte und Aufrechnungsmöglichkeiten bereits in gewissem Maße geschützt sei. Die Gesamtbelastung durch die vom AN zu stellenden Sicherheiten überschreite daher das Maß des Angemessenen. Folge eine unangemessene Benachteiligung des AN erst aus der **Gesamtwirkung** zweier, jeweils für sich genommen nicht zu beanstandender Klauseln, seien **beide Klausel unwirksam**, da es nicht Sache des Gerichts sei auszusuchen, welche der beiden Klauseln bestehen bleiben soll.

Der BGH hat damit eine bis dato noch offene Frage zur Wirksamkeit von Sicherungsabreden über Vertragserfüllungsbürgschaften geklärt. Die Entscheidung schafft allerdings nur insoweit Rechtssicherheit, als nun feststeht, dass die Kumulation von Vertragserfüllungsbürgschaft und Bareinbehalt in Höhe von jeweils 10% in AGB zur Unwirksamkeit der Sicherungsabrede führt. Zu der Frage, ob in AGB des AG eine Regelung wirksam ist, die den AN zur Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10% der Auftragssumme verpflichtet, sofern nicht noch andere belastende Regelungen im Vertrag zu einer Übersicherung des AG führen, schafft die Entscheidung des BGH nur **bedingt Rechtssicherheit**. Dies liegt daran, dass dem vom BGH entschiedenen Fall ein Bauvertrag vom 11.6.2001 zu Grunde gelegen hat, der Vertrag also vor dem 1.1.2009 geschlossen worden ist. Zum **1.1.2009** ist durch das sogenannte Forderungssicherungsgesetz **§ 632 a Abs. 3 Satz 1 BGB** eingeführt worden. Danach hat der AN gegenüber einem Auftraggeber, der Verbraucher – also nicht Unternehmer – ist, eine Vertragserfüllungssicherheit – lediglich – in Höhe von **5 % des Vergütungsanspruchs** zu erbringen. Da der Gesetzgeber Verbraucher für schutzbedürftiger als Unternehmer ansieht und gleichwohl eine Begrenzung der Vertragserfüllungssicherheit auf 5% vornimmt, wirft dies die Frage auf, warum erfahrene Baubeteiligte, insbesondere gewerbliche AG, in ihren AGB eine doppelt so hohe Vertragserfüllungssicherheit beanspruchen können sollten. Vor diesem Hintergrund bleibt abzuwarten, ob für nach dem 1.1.2009 abgeschlossene Bauverträge eine andere Beurteilung angezeigt ist.

Bis diese Frage höchstrichterlich entschieden ist, empfiehlt es sich für die bauvertragliche Praxis

nicht nur, eine Kumulation von Vertragserfüllungsbürgschaften und Bareinbehalt von Abschlagszahlungen, die insgesamt die Höhe von 10% der Auftragssumme überschreitet, zu vermeiden. Aus Vorsichtsgründen sollte schon eine Sicherungsabrede über die Stellung einer Vertragserfüllungs-

bürgschaft in Höhe von 10% der Auftragssumme als alleinige Sicherheit stets individuell vereinbart werden.

Dr. Marco Krenzer

Immobilienrecht / Urheberrecht – Fotografien fremder Gebäude

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat in einem Urteil vom 17.12.2010 die Frage behandelt: Darf man für gewerbliche Zwecke von Gebäuden oder auch Gärten und Parkanlagen, die in fremdem Eigentum stehen, Fotografien anfertigen und verwenden?

Es ist nicht ganz selten, dass für gewerbliche Zwecke Bilder – insbesondere schöner – Häuser, Gebäude und auch Gartenanlagen verwendet werden sollen, etwa für die Darstellung des betrieblichen Umfeldes, oder auch unmittelbar für Reiseführer, Internet-Auftritte oder sonstige Darstellungen. Für besonders reizvoll hielt die Beklagte des Rechtsstreits Schlösser und Gärten, die in der Verwaltung der klagenden öffentlich-rechtlichen Stiftung Preußische Schlösser und Gärten Berlin-Brandenburg stehen oder jedenfalls von ihr verwaltet werden. Die Parks sind nicht umzäunt, sondern öffentlich zugänglich. Die Beklagte war eine Fotoagentur, die überwiegend im Auftrag Dritter, z.B. von Presseunternehmen, tätig wurde, aber auch aus eigener Initiative Fotografien herstellte und zum Verkauf anbot.

Die klagende Stiftung meinte, dass die beklagte Fotoagentur zu solchen, also **gewerblichen Zwecken** Bilder von den Parks und Gebäuden **nur mit Genehmigung** der Stiftung hätte aufnehmen und vermarkten dürfen. Eine Genehmigung war weder erfragt noch erteilt worden, und ersichtlich stellt sich die Stiftung auf den Standpunkt, sie könne für die Erteilung einer solchen Genehmigung ein Entgelt verlangen.

Weitgehend hat der BGH die Auffassung der Stiftung bestätigt. Dabei spielte das **Urheberrecht** hier **keine Rolle**; bekanntlich könnten Architektur

und Gebäude Ausdruck schutzfähiger geistiger Schöpfung sein und damit dem Urheberrechtsschutz unterliegen. Jedoch waren hier sämtliche denkbaren Urheberrechte durch Zeitablauf erloschen. Der BGH erkennt aber ein **Schutzrecht** unter dem **Gesichtspunkt des Eigentums** an. Der Eigentümer habe das Recht, darüber zu entscheiden, ob von einem Standort auf seinem Grundstück aus Bilder des Grundstücks, also etwa der Parkanlagen, wie auch der Gebäude, gefertigt werden dürfen, jedenfalls zur gewerblichen Vermarktung. Das gehöre zur Verwertungsbefugnis aus dem Grundstückseigentum. Letztlich ist also die Quelle des Rechts die **Befugnis, den Zutritt zum eigenen Grundstück zu gestatten** oder auch zu verbieten. Davon könne der Eigentümer so Gebrauch machen, dass er ein Entgelt verlangt für einen Zutritt, der dazu genutzt werden soll, Abbildungen von Gebäuden oder Gelände zu machen, die ihrerseits gewerblich verwertet werden sollen.

Damit offenbart sich eine feinsinnige Differenzierung: Keinen Schutz genießt der Eigentümer davor, dass solche Bilder von öffentlichen Straßen oder Wegen aus aufgenommen (und auch gewerblich vermarktet) werden, und er hat auch keinen Schutz davor, dass solche Abbildungen von Privatgrundstücken gefertigt werden, die im Eigentum Dritter stehen. Hierin liegt ein Unterschied zur urheberrechtlichen Beurteilung: Sofern ein Gebäude urheberrechtlichen Schutz genießt, ist die Fertigung von Abbildungen nur von öffentlichen Wegen aus zulässig, nicht aber von dritten Privatgrundstücken.

Dr. Egon Peus

Energierecht: Die Voraussetzungen einer Versorgungsunterbrechung und ihre Durchsetzung gegenüber dem Kunden

Liquiditätsprobleme und Insolvenzen von Kunden sowie eine verkommene Zahlungsmoral veranlassen Energie- und Wasserversorger nicht selten dazu, bei Zahlungsrückständen von Kunden vom Instrument der Versorgungsunterbrechung Gebrauch zu machen. Nur so lässt sich häufig ein

weiteres Auflaufen von Forderungen des Versorgers verhindern bzw. Druck auf den Kunden ausüben, seinen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen.

Da es sich bei Strom und Gas genauso wie bei Wasser um **Leistungen der Daseinsvorsorge** handelt, auf die grundsätzlich jedermann einen Anspruch hat, gilt es dabei, die vom Gesetz für die **Versorgungsunterbrechung** vorgegebenen Anforderungen bzw. vertraglich mit dem Kunden vereinbarten Voraussetzungen genau zu beachten. Andernfalls besteht die Gefahr, dass der Kunde erfolgreich eine **einstweilige Verfügung** (bzw. einstweilige Anordnung) auf **Fortsetzung der Belieferung** gegen den Energie- oder Wasserversorger erwirkt.

Im Strom- und Gasbereich werden die **Voraussetzungen** für die Versorgungsunterbrechung, sofern es sich bei dem Kunden um einen Grundversorgungskunden handelt, der zu den Allgemeinen Bedingungen und Preisen mit Strom oder Gas beliefert wird, durch § 19 der **Stromgrundversorgungsverordnung (StromGVV)** bzw. § 19 der **Gasgrundversorgungsverordnung (GasGVV)** vorgegeben. Danach kann der **Grundversorger**, nachdem er den Kunden erfolglos gemahnt hat, die Grundversorgung **vier Wochen nach Androhung** unterbrechen lassen und den zuständigen Netzbetreiber mit der **Unterbrechung der Grundversorgung** beauftragen. Weitere Voraussetzung ist, dass dem Kunden der Beginn der Unterbrechung **nochmals drei Werktage** im Voraus angekündigt worden ist. Auf der anderen Seite schränken die StromGVV und GasGVV das Recht des Grundversorgers zur Versorgungsunterbrechung ein. So ist eine Unterbrechung **unzulässig**, wenn die Folgen der Unterbrechung **außer Verhältnis** zur Schwere der Zuwiderhandlung stehen oder der Kunde darlegt, dass **hinreichende Aussicht** besteht, dass er seinen **Verpflichtungen nachkommt**. Denkbare Fälle einer Unverhältnismäßigkeit können z.B. eine schwere **Erkrankung** des Kunden oder ein **unverhältnismäßig hoher Schaden** bei Durchführung der Versorgungsunterbrechung sein, was einzelfallabhängig zu ermitteln ist. Die **bloße Hilfsbedürftigkeit oder Arbeitslosigkeit** des Kunden reicht zur Annahme einer Unverhältnismäßigkeit hingegen genauso wenig aus wie der Umstand, dass es sich bei dem versorgten Objekt um ein **Mehrfamilienhaus** handelt, also auch **Mieter** von der Versorgungsunterbrechung betroffen sind. Darüber hinaus besteht die hinreichende Aussicht für eine Vertragserfüllung nicht bereits bei der bloßen Ankündigung einer Zahlung. Insofern wird man vielmehr konkrete Indizien für eine Zahlung des Kunden, wie etwa einen konkreten Nachweis des Bankvorgangs, verlangen können.

In Ergänzung der vorgenannten Voraussetzungen schreibt § 19 StromGVV für den Strombereich zudem vor, dass sich der **Zahlungsrückstand** nach

Abzug etwaiger Anzahlungen auf **mindestens 100,- €** belaufen muss. Die **GasGVV** enthält **keine entsprechende Regelung**. Vor dem Hintergrund, dass geringfügige Zahlungsrückstände nach der Rechtsprechung nicht für eine Versorgungsunterbrechung ausreichen, wird man allerdings auch hier in Anlehnung an die StromGVV eine Versorgungsunterbrechung erst ab einem Zahlungsverzug in Höhe mindestens 100,- € zulässigerweise vornehmen können.

Handelt es sich bei dem belieferten Strom- oder Gaskunden um einen **Sondervertragskunden**, so richten sich die Voraussetzungen für die Versorgungsunterbrechung nach den **vertraglich** mit dem Kunden vereinbarten Bedingungen. Da die **StromGVV** und **GasGVV** für die Versorgung von Sondervertragskunden eine **Leitbildfunktion** haben - jedenfalls soweit es sich nicht um **Industriekunden** oder **Weiterverteiler** handelt -, wird in Sonderkundenverträgen dabei häufig eine **entsprechende Anwendung** des § 19 StromGVV/GasGVV vereinbart bzw. eine gleich lautende Regelung in die Verträge aufgenommen.

Bei der Belieferung mit **Wasser** ist für die Unterbrechung der Versorgung die Regelung des § 33 der **Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV)** maßgeblich. Genau wie die StromGVV und GasGVV lässt die AVBWasserV bei Nichterfüllung einer Zahlungsverpflichtung trotz Mahnung eine **Versorgungsunterbrechung** zu. In Abweichung von der StromGVV/GasGVV kann die Versorgung allerdings schon **zwei Wochen nach Androhung** eingestellt werden. Zudem bedarf es **keiner nochmaligen Ankündigung** der Unterbrechung. Zu beachten ist allerdings auch hier der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**, der in § 33 AVBWasserV dahin konkretisiert wird, dass die Versorgungsunterbrechung dann unzulässig ist, wenn der Kunde darlegt, dass die Folgen der Einstellung außer Verhältnis zur Schwere der Zuwiderhandlung stehen und hinreichende Aussicht besteht, dass der Kunde seinen Verpflichtungen nachkommt. Im Gegensatz zur StromGVV und GasGVV ist die Versorgungsunterbrechung also **nur dann unzulässig**, wenn die vorgenannten Voraussetzungen **kumulativ** vorliegen. Eine Vorgabe zur Höhe der Zahlungsrückstände macht die AVBWasserV nicht. Gleichwohl dürfte auch hier bei lediglich geringfügigen Zahlungsrückständen eine Versorgungsunterbrechung unzulässig sein, so dass sich auch insoweit eine Orientierung an dem in der StromGVV genannten Betrag empfiehlt.

Hält der Versorger die vorgenannten Voraussetzungen ein, so kann der Kunde nicht erfolgreich

eine **einstweilige Verfügung** (bzw. eine einstweilige Anordnung, sofern es sich bei der Wasserversorgung um ein öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis handelt) gegen den Versorger erwirken. Dies hält den Kunden allerdings häufig nicht davon ab, trotzdem beim Gericht um **vorläufigen Rechtsschutz** zu ersuchen. Hat der Versorger Anhaltspunkte für ein solches Vorgehen des Kunden, so ist regelmäßig die **Hinterlegung einer Schutzschrift** angezeigt. Grund dafür ist der Umstand, dass einstweilige Verfügungen häufig ohne mündliche Verhandlung erlassen werden, der Versorger also vorher nicht zur Sach- und Rechtslage Stellung nehmen kann. Dem wird durch Hinterlegung einer Schutzschrift vorgebeugt, die eine Verfügung ohne mündliche Verhandlung regelmäßig verhindert.

Wurde die vom Kunden beantragte einstweilige Verfügung abgelehnt, hat der Kunde rechtlich keine Möglichkeit mehr, die Versorgungsunterbrechung zu verhindern. Um ihr gleichwohl zu entgegen, **verweigern** die Kunden gelegentlich den **Zutritt zum Grundstück bzw. Wohnhaus**. Der Versorger hat in diesem Fall nur die Möglichkeit, **selbst** eine **einstweilige Verfügung gegen den Kunden** zu erwirken, die den Kunden verpflichtet, das **Betreten** des Grundstücks und die **Sperrung** des Zählers zu **dulden**.

In Einzelfällen wenden sich die Kunden bei einer drohenden Versorgungsunterbrechung auch an die **Stadt** bzw. **Gemeinde**, um diese zu einem **ordnungsbehördlichen Einschreiten** gegen den Energie- oder Wasserversorger zu bewegen. Hat sich der Versorger allerdings bei Vornahme der Versorgungsunterbrechung an die gesetzlichen bzw. vertraglich vereinbarten Vorgaben gehalten, dürfte jedenfalls bei Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen eine **Ordnungsverfügung** schon **dem Grunde nach** aufgrund des insoweit **abschließenden Charakters** der StromGKV, GasGKV und AVBWasserV gegenüber landes- und ortsrechtlichen Bestimmungen nicht in Betracht kommen. Es ist allgemein anerkannt, dass ein Wasser- oder Energieversorger **nicht verpflichtet** ist, bedürftige oder zahlungsunwillige Kunden unentgeltlich zu versorgen. Davon abgesehen werden häufig auch die Voraussetzungen für eine ordnungsbehördliches Einschreiten, nämlich eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie die Unmöglichkeit seitens der Verantwortlichen oder der Ordnungsbehörde selbst rechtzeitig erfolversprechende Maßnahmen vorzunehmen, nicht erfüllt sein. Das Erwirken einer Ordnungsverfügung erweist sich für den Kunden daher regelmäßig nicht als gangbarer Weg zur Abwehr einer Versorgungsunterbrechung.

Dr. Christian Stenneken / Stephanie Feurstein

Veranstaltungen (Seminare etc.) unter Beteiligung von Referenten von AULINGER Rechtsanwälte:
Großer Beliebtheit erfreuen sich regelmäßig unsere Arbeitsfrühstücke des Fachbereichs Arbeitsrecht . Aus diesem Grund bieten wir gleich zwei Termine zum Thema „ Vergütungen und Sonderleistungen im Arbeitsverhältnis “ an, und zwar am Dienstag, 7. Juni 2011 , im Renaissance Hotel in Bochum und am Donnerstag, 9. Juni 2011 , im Sheraton Hotel in Essen. Beginn ist jeweils 8.30 Uhr. Genaueres zur Veranstaltung erfahren Sie über unsere Homepage, über die Sie auch ein Faxformular zur Anmeldung ausdrucken können. Anmeldungen per E-Mail nimmt gern Frau Gehrke (heike.gehrke@aulinger.eu) entgegen.
Speziell für Aufsichtsräte und Führungskräfte kommunaler Unternehmen wird die Landesgruppe NRW des Verbandes kommunaler Unternehmen (VKU) am 20./21. Juni 2011 ein Seminar bei der DSW 21 Dortmund der Stadtwerke AG zum Thema „ Erfolgreiche und zukunftsfähige Unternehmensneuausrichtung im wettbewerblichen Energiemarkt “ anbieten. Im Rahmen des Seminars wird Dr. Andreas Eickhoff den Teilnehmern „ Neue gesetzliche Anforderungen an Aufsichtsräte “ erläutern und dabei insbesondere auch zu Fragen des Public Corporate Governance Kodex und zur beabsichtigten Aktienrechtsnovelle Stellung nehmen. Nähere Informationen über das Seminar erhalten Sie über den Veranstalter (www.vku.de).
Auch auf den Fachtagungen des Altlastensanierungs- und Altlastenaufbereitungsverbands Nordrhein-Westfalen (AAV) sind wir regelmäßig und gern vertreten. Bei der am 13. Juli 2011 stattfindenden Fachtagung des AAV im Zentrum für die Entsorgungs- und Kreislaufwirtschaft in Hattingen wird Dr. Egon Peus zum Thema „ Rechtsprobleme bei der Haftung des Staates als Zwangserbe von Altlasten “ referieren. Der Programmflyer mit Anmeldedaten wird in Kürze unter www.aav-nrw.de zu finden sein.
Im September 2011 wird die neue Ausgabe des insgesamt viersemestrigen berufsbegleitenden Studiengangs „Wirtschaftsrecht und Restrukturierung“ starten, den die Uni Münster zusammen mit der gemein-

nützigen JurGrad gGmbH seit mehreren Jahren anbietet. Rechts- und Wirtschaftswissenschaftler erhalten hier die Möglichkeit, neben ihrer beruflichen Tätigkeit den akademischen Hochschulgrad „Master of Laws“ (LL.M.) zu erwerben. Für uns referieren **Dr. Martin Alberts, Dr. Andreas Eickhoff, Dr. Markus Haggene, Prof. Dr. Karlheinz Lenkaitis** und **Dr. Egon Peus** an mehreren Tagen zum Thema Personengesellschaftsrecht. Alle Informationen zum Studiengang werden auf der Homepage der Uni Münster unter www.uni-muenster-llm.de dargestellt.

Im selben Monat, nämlich am **14. September 2011**, veranstaltet das Haus der Technik in Essen unter Leitung von **Dr. Christian Stenneken** und Mitwirkung von **Stephanie Feurstein** ein ganztägiges Seminar zum Thema Leitungs- und Wegerechte. Schwerpunktmäßig werden die „**Gesetzeslage und Rechtsprechung für die Durchsetzung und Verhandlung von Leitungs- und Wegerechten**“ behandelt. Anmeldungen zum Seminar können über die Homepage des Haus der Technik unter www.hdt-essen.de erfolgen. Auch wir halten auf unserer Homepage weitere Informationen für Sie bereit.

Aktuelle Veröffentlichungen von AULINGER Rechtsanwälte:

Dr. Achim Tempelmann / Dr. Bastian-Peter Stenslik	Altersgrenzenregelungen im Arbeitsrecht, Deutsches Steuerrecht 2011, Seite 577 bis 581
Dr. Markus Hahn	Die Verortung der natürlichen Person im Europäischen Zivilverfahrensrecht, Europäische Hochschulschriften, Reihe II Rechtswissenschaft, Bd. 5199, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2011
Inken Hansen	„Kein Tunnelblick bei Dienstreisen“; Interview mit Inken Hansen und Dipl.-Finanzwirt Andreas Sprenger zu arbeits- und lohnsteuerrechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit Dienstreisen, personalmagazin 5/2011, Seite 70 bis 73
Dr. Volker Weinreich	Mitautor des Handbuchs Böttger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, Münster 2011

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

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

Dr. Achim Tempelmann, Notar
Dr. Thomas Huesmann, Notar
Inken Hansen
Dr. Marco Krenzer
Dr. Stephan Löwisch, LL.M.
Cornelius Kruse, LL.M.
Dr. Bastian-Peter Stenslik
Markus Winnacker, LL.M.

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

Dr. Andreas Lotze
Dr. Martin Alberts, Notar
Dr. Christian Stenneken
Dr. Markus Haggene
Dr. Stefan Mager
Dr. Melanie Verstege
Sebastian Hauptmann
Stephanie Feurstein

Partnerschaftsgesellschaft | Sitz Essen | Amtsgericht Essen PR 1671
Partner ist, wer im Partnerschaftsregister eingetragen ist