

Mandanteninformation

Mai 2009

Inhalt

Gesellschaftsrecht	Darlehen an Gesellschafter – Erste Reaktion der Rechtsprechung auf die GmbH-Modernisierung	1
Gesellschaftsrecht	Strikte Unterscheidung zwischen Gesellschaft und Alleingesellschafter	2
Steuerrecht	Das neue Erbschaftsteuerrecht	3
Wohnraummietrecht	Abrisskündigung möglich	4
Bürgerliches Recht	Nochmals – Verjährung von Bürgschaftsansprüchen	5
Internationales	Der Eigentumsvorbehalt im internationalen Geschäftsverkehr	6
Erbrecht / Versicherungsrecht	Die Lebensversicherung im Erbfall	8
Arbeitsrecht	Gleiche Arbeit – gleicher Lohn?	9
Arbeitsrecht	Neue Spielregeln bei der Kurzarbeit	10
Arbeitsrecht	Urlaubsentgelt auch nach jahrelanger Krankheit	11
Öffentliches Recht	Altlasten – Regress des Vermieters gegen den verursachenden Mieter?	12
Vergaberecht	Vergaberechtsnovelle	13
Energierrecht	Mehrerlösabschöpfung von Netzentgelten	14

In eigener Sache

Neue Mitarbeiterin im Arbeitsrecht. Arbeitsrechtliche Beiträge sind ein Schwerpunkt dieser Mandanteninformation. Unser arbeitsrechtliches Dezernat wächst, und dies auch unabhängig von der derzeitigen Krise. Wir freuen uns daher, dass seit einigen Wochen Frau Rechtsanwältin **Dorothea Vincetic** unser Arbeitsrechtsteam in Bochum verstärkt.

Deutscher Städtetag. Vom 12. bis 14. Mai 2009 findet im Bochumer Ruhr-Congress die 35. ordentliche Hauptversammlung des Deutschen Städtetages unter dem Motto „Städtisches Handeln in Zeiten der Krise“ statt. Erwartet werden ca. 1.500 Delegierte aus den Mitgliedsstädten des Deutschen Städtetages. Neben anderen namhaften Ausstellern fungiert AULINGER Rechtsanwälte dabei als offizieller Sponsor. Unsere Mandanten und solche, die es noch werden wollen, finden uns am Stand Nr. 2 im Foyer des Ruhr-Congresses — in der Nähe des Standes der Stadt Bochum.

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: Darlehen an Gesellschafter – Erste Reaktion der Rechtsprechung auf die GmbH-Modernisierung

Darlehen einer GmbH an Gesellschafter aus gebundenem Kapital haben uns an dieser Stelle immer wieder beschäftigt. Das Gesetz verbietet Auszahlungen der GmbH an ihre Gesellschafter aus Mitteln, die die Gesellschaft zur Erhaltung ihres Stammkapitals benötigt. Der Bundesgerichtshof (BGH) hatte in einem Grundsatzurteil aus November 2003 (wir berichteten im Mai 2004) auch in der Gewährung eines Darlehens an einen Ge-

sellschafter aus gebundenem Kapital eine **verbotene Auszahlung** gesehen. Das sollte ohne Rücksicht darauf gelten, ob im Zeitpunkt der Darlehensauszahlung der Gesellschafter solvent war oder nicht. Die Folge: Konnte der Gesellschafter das Darlehen später nicht zurückzahlen, **haftete der Geschäftsführer**, und zwar schon deswegen, weil er das Darlehen gar nicht hätte auszahlen dürfen.

Mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts („MoMiG“ – siehe ausführlich unser Mandantenrundsreiben Dezember 2008) hat der Gesetzgeber in diesem Punkt die **Rechtsprechung korrigiert**, und zwar ganz bewusst. Nach dem seit dem 1. November 2008 geltenden neuen Recht ist die Darlehensgewährung an Gesellschafter ausdrücklich nicht mehr verboten, wenn sie „durch einen **vollwertigen Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter** gedeckt“ ist.

Der BGH hat seinerseits auf die Gesetzesänderung schnell reagiert, nämlich in einem Urteil vom 1. Dezember 2008. Dort ging es zwar um eine AG, der Sache nach jedoch genau um unseren Fall: Eine abhängige Gesellschaft hatte an ihre Mehrheitsgesellschafterin Darlehen in Millionenhöhe ausgereicht. Die Bonität der Mehrheitsgesellschafterin war bei Vereinbarung und Auszahlung der Darlehen unzweifelhaft. Bedauerlicherweise verschlechterten sich die Vermögensverhältnisse der Mehrheitsgesellschafterin in der Folgezeit und als sie insolvent war, nahm der Verwalter den Vorstand der kreditgewährenden AG auf Ersatz in Anspruch.

Der BGH bezog sich in seinem Urteil auf die zitierte Neuregelung im MoMiG, die parallel zur GmbH auch in das Aktiengesetz übernommen wurde. Angesichts dieser ausdrücklichen gesetzlichen Regelung **werde an der Rechtsprechung aus dem Jahre 2003 nicht festgehalten**. Auch in **Altfällen** gilt daher, dass die Kreditgewährung an (rück-)zahlungsfähige Gesellschafter nicht mehr als unzulässige Rückzahlung des Stammkapitals angesehen werden darf. Zu Recht hat der BGH auch ausgesprochen, dass es für die Bonitätsbeurteilung auf die Erkenntnismöglichkeiten der Geschäftsführung im Zeitpunkt der Darlehensgewährung ankommt.

Zum Leidwesen der beklagten Vorstandsmitglieder war der Fall damit allerdings noch nicht am Ende. Der BGH hat nämlich auch **laufende Kontrollpflichten** der Geschäftsführung angesprochen. Hiernach sind etwaige Änderungen des Kreditrisikos zu prüfen; auf eine sich nach der Darlehensausreichung andeutende Bonitätsverschlechterung muss mit einer Kreditkündigung

oder der Anforderung von Sicherheiten reagiert werden, was bei umfangreichen langfristigen Darlehen oder bei einem Cash Management die Einrichtung eines geeigneten **Informations- oder Frühwarnsystems** zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft erforderlich machen kann. Erkennt der Geschäftsführer, der seine Kontrollpflichten verletzt, das steigende Ausfallrisiko nicht oder reagiert er auf entsprechende Erkenntnisse nicht ausreichend, so setzt er sich wiederum einem Haftungsrisiko aus.

Die Ausführungen des BGH betreffen zwar einen Fall aus dem Aktienrecht, sind aber jedenfalls in den Grundsätzen auch auf die GmbH übertragbar. Wichtig ist zudem: Es sind **Vorstand und Geschäftsführung**, die im Streitfall **beweisen** müssen, dass sie ihren Sorgfaltspflichten nachgekommen sind. Das gilt auch im Verhältnis zu Gesellschaftern und ihren Wünschen, denen bekanntlich nicht immer leicht zu widerstehen ist.

Mit zwei Warnungen zum Schluss knüpfen wir an unser letztes Rundschreiben an. Erstens: Die neue gesetzliche Regelung wie auch das BGH-Urteil beziehen sich auf Darlehensgewährungen der seit langem errichteten und tätigen GmbH. Sie rechtfertigen nicht die Gewährung eines Darlehens an Gesellschafter aus gebundenem Kapital im Zusammenhang mit der Gründung der Gesellschaft. Dieses so genannte **Hin- und Herzahlen der Stammeinlage** ist nur unter erschwerten Voraussetzungen zulässig und muss auch bei der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister offen gelegt werden.

Zweitens: Im BGH-Fall ging es um isolierte Darlehensverträge, nicht um revolvingende Vorgänge, wie sie bei der Teilnahme an einem **Cash Pool** typisch sind. Zahlungen in den Cash-Pool können täglich erfolgen, und in jeder Zahlung kann ein Darlehen an die poolführende Gesellschaft aus gebundenem Kapital liegen. Die Geschäftsführer müssen damit erst recht laufend prüfen, ob die Bonität der den Cash Pool führenden Gesellschaft zweifelsfrei gesichert ist.

Dr. Andreas Eickhoff

Gesellschaftsrecht: Strikte Unterscheidung zwischen Gesellschaft und Alleingesellschafter

Ein Beschluss des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 26.06.2008 macht erneut darauf aufmerksam: Gesellschaft und Gesellschafter, auch wenn er Alleingesellschafter ist, sind nicht dasselbe. Wird dieser trivial erscheinende Grundsatz im un-

ternehmerischen Alltag nicht mit hinreichender Sorgfalt beachtet, so können erhebliche Nachteile entstehen.

Im konkreten Fall ging es um den **Alleingesellschafter und alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer** einer GmbH. Die GmbH war Eigentümerin eines Betriebsgrundstücks und benötigte eine bauordnungsrechtliche Nutzungsänderungsgenehmigung. Ein Antrag auf Genehmigung einer Nutzungsänderung wurde auch gestellt und von der Behörde rechtswidrig abgelehnt. Nur – den Antrag hatte nicht die GmbH gestellt, sondern der Gesellschafter im eigenen Namen. Anscheinend war das alles nicht ganz genau in den Antragsunterlagen dargelegt. Das stellte sich freilich erst heraus, als die GmbH versuchte, wegen der rechtswidrigen Ablehnung Schadensersatzansprüche gegen die öffentliche Hand geltend zu machen. Söffisant bestätigt der BGH, dass anscheinend nicht einmal im Verwaltungsprozess zwischen dem Gesellschafter als natürlicher Person und der GmbH präzise unterschieden worden ist. Diese Unklarheiten seien letztlich aber mit hinreichender Deutlichkeit beseitigt worden. Der Gesellschafter habe den Antrag gestellt – und niemand bekommt den Schaden ersetzt. Die GmbH hat den Schaden, aber nicht den Antrag gestellt. Der Gesellschafter hat den Antrag gestellt. Wenn er aber Antragsteller war, so habe die Behörde zwar rechtswidrig über lange Zeit hinweg die Änderungsgenehmigung verweigert, damit aber keine Amtspflicht zugunsten der GmbH als Dritter verletzt. Denn wenn nicht der Eigentümer einen Antrag stellt, sondern ein anderer, so bestehen nur dem Antragsteller gegenüber Amtspflichten auf unverzügliche und richtige Entscheidung – nicht aber gegenüber dem Eigentümer.

Der Einzelfall gibt Anlass, über seinen besonderen Anwendungsbereich hinaus ganz allgemein in Erinnerung zu rufen: Man kann nicht gar nicht genau genug prüfen, welche **Rechtsperson** eigentlich ein **Verfahren** oder einen **Prozess einleiten** und tätig werden soll. Unklarheiten können häufig dann auftreten, wenn – spiegelbildlich zum vorstehend beschriebenen Fall – der Alleingesellschafter und alleinige Geschäftsführer „eigentlich“ im eigenen Namen, also persönlich, tätig werden möchte, wie üblich aber auf Briefbogen der GmbH schreibt. **Zeichnungsklauseln** können eine Rolle spielen, bei Vertragstexten ist ebenso darauf zu achten, wer genau denn nun eigentlich **Vertragspartner** sein soll.

Vor allem der Geschäftsführer, der zugleich Alleingesellschafter „seiner“ GmbH ist, steht oft in der Gefahr, alles als eine Einheit und „einen Topf“ zu betrachten. Steuerrechtlich wäre dies völlig verfehlt. Hier wird auch die Trennung meistens beachtet, ist oft sogar ausdrücklich gewünscht. Haftungsrechtlich ist meistens auch bekannt, dass der Geschäftsführer/Alleingesellschafter in das Gesellschaftsvermögen nicht wie „in seine private Brieftasche“ eingreifen darf, mindestens das Stammkapital uneingeschränkt unberührt bleiben muss. Aber auch in sonstigen Zusammenhängen, bei Vertragsabschlüssen und – wie hier eben – etwa in Genehmigungsverfahren und Prozessen muss sorgsam unterschieden, die richtige Auswahl getroffen und nach außen unzweifelhaft dokumentiert werden.

Dr. Egon A. Peus

Steuerrecht: Das neue Erbschaftsteuerrecht

Nach langen Geburtswehen ist am 01.01.2009 in letzter Minute das vom Bundesverfassungsgericht geforderte neue Erbschaftsteuerrecht mit den folgenden wesentlichen Eckpunkten in Kraft getreten:

Freibeträge und Steuersätze

Der Freibetrag beträgt für Ehegatten 500.000,00 €, für Kinder 400.000,00 €, für Enkelkinder 200.000,00 € und für alle sonstigen Personen einschließlich Geschwister, Neffen und Nichten sowie Nichtverwandte 20.000,00 €.

Die Steuersätze betragen für Ehegatten, Kinder und Enkelkinder zwischen 7 % und 30 % je nach Höhe des steuerpflichtigen Erwerbs und für alle anderen Personengruppen 30 % und ab 6 Mio. € 50 %.

Immobilien

Immobilien werden mit dem **Verkehrswert** bewertet und zwar entweder im **Ertragswertverfahren** (Mietwohn-, Geschäfts- und gemischt genutzte Grundstücke), im **Vergleichswertverfahren** (Ein-, Zweifamilienhäuser und Wohn- bzw. Teileigentum) oder im **Sachwertverfahren** als Auffangregelung, sofern keine Vergleichswerte festgestellt werden können.

Vor allem für Ein- und Zweifamilienhäuser und Eigentumswohnungen werden sich daraus erheblich höhere Werte als bei dem bisher geltenden Bedarfswertverfahren ergeben.

Selbstgenutzte Wohnimmobilien können unter **Lebenden** nach wie vor schenkungsteuerfrei übertragen werden. Im **Erbfall** ist der Erwerb durch den überlebenden Ehegatten oder Lebens-

partner sowie Kinder bzw. Kinder vorverstorbenen Kinder erbschaftsteuerfrei, wenn auch der Erwerber die Immobilie zu eigenen Wohnzwecken nutzt, im Falle des Erwerbs durch Abkömmlinge allerdings nur, soweit die Wohnfläche der Immobilie nicht größer als 200 m² ist. Außerdem entfällt die Steuerbefreiung rückwirkend, wenn die Selbstnutzung innerhalb einer Frist von zehn Jahren aufgegeben wird. Ausnahmen gelten nur bei zwingenden objektiven Gründen, wie z.B. Tod oder erheblicher Pflegebedürftigkeit des Erwerbers.

Betriebsvermögen

Einzelunternehmen, Beteiligungen an Personen- und Kapitalgesellschaften sowie Freiberuflerpraxen werden ebenfalls mit dem Verkehrswert angesetzt. Dieser wird im Rahmen eines **Ertragswertverfahren** oder einer anderen im Geschäftsverkehr üblichen Methode geschätzt, wobei der Substanzwert nicht unterschritten werden darf. Für nicht börsennotierte Unternehmen wendet die Finanzverwaltung das sog. vereinfachte Ertragswertverfahren an. Hierbei wird der **durchschnittliche Jahresertrag der letzten drei Jahre mit einem Kapitalisierungsfaktor** multipliziert, der sich aus einem variablen Basiszins und einem festen Risikozuschlag von 4,5 % errechnet. Für das Jahr 2009 ist ein Basiszins von 3,61 % festgelegt worden. Aus dem Kapitalisierungszins von insgesamt 8,11 % errechnet sich ein Kapitalisierungsfaktor von 12,33, der mit dem durchschnittlichen Jahresertrag multipliziert wird. Das Ergebnis ist der erbschaftsteuerlich maßgebende Wert des Betriebsvermögens, wenn nicht der Steuerpflichtige durch ein fundiertes Unternehmenswertgutachten einen niedrigeren Wert nachweist.

Als sog. **Verschonungsregelung** gibt es künftig zwei **Optionen**:

- 85 % des Betriebsvermögens bleiben steuerfrei, wenn das Betriebsvermögen nicht zu mehr als 50 % aus sog. Verwaltungsvermögen

(fremdvermietete Immobilien, Wertpapiere etc.) besteht. Außerdem gilt eine Behaltensfrist von sieben Jahren. Innerhalb dieses Zeitraums darf kein Veräußerungstatbestand erfüllt werden und es darf eine Mindestlohnsomme von 650 % der sog. durchschnittlichen jährlichen Lohnsumme der letzten fünf Jahre nicht unterschritten werden. Für das erste Jahr, in dem diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind und die bis zum Ablauf der Siebenjahresfrist folgenden Jahre ist je 1/7 der zunächst verschonten 85 % des Wertes des Betriebsvermögens nachzuversteuern.

- Auf Antrag bleibt Betriebsvermögen insgesamt steuerfrei, wenn das sog. Verwaltungsvermögen max. 10 % des Betriebsvermögens ausmacht. In diesem Fall gilt eine Behaltensfrist von zehn Jahren und die Lohnsumme in diesem Zehnjahreszeitraum darf nicht unter 1.000 % der Ausgangslohnsomme sinken.

In allen Fällen kann künftig im Gegensatz zum alten Recht bei Schenkungen unter **Nießbrauchsverbehalt** der kapitalisierte Wert des Nießbrauchs von der Bemessungsgrundlage abgezogen werden.

In Erbfällen (nicht bei Schenkungen) zwischen dem 01.01.2007 und dem 31.12.2008 besteht ein Wahlrecht zwischen alter und neuer Rechtslage. Das gilt nicht für die Freibeträge; insoweit gelten die niedrigeren Freibeträge nach altem Recht.

Diese vereinfachte Darstellung des neuen Rechts kann die teilweise komplizierten und vielfach schon jetzt umstrittenen Einzelheiten der neuen Regelungen nicht berücksichtigen. Mehr Klarheit zu Zweifelsfragen wird von den ersten Erlassen der Finanzverwaltung im April und den neuen Erbschaftsteuerrichtlinien erwartet, mit denen aber frühestens im Herbst zu rechnen ist.

Reinhard Knälmann

Wohnraummietrecht: Abrisskündigung möglich

Vor Kurzem hat sich der BGH mit dem Kündigungsgrund der so genannten **Abrisskündigung** auseinandergesetzt. Er hat in einer Entscheidung vom 28.01.2009 (Az. VIII ZR 7/08) erstmalig klargestellt, dass ein **beabsichtigter Gebäudeabriss** in Verbindung mit einem **Neubauvorhaben** die Kündigung langjährig bestehender Wohnraummietverträge rechtfertigen kann.

Mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen in derartigen Fällen eine Kündigung gerechtfertigt ist, hatte sich bis dahin lediglich die instanzgerichtliche Rechtsprechung befasst. Der BGH hatte zu dem Themenkomplex bislang lediglich in einem Urteil aus Frühjahr 2004 entschieden, dass der bloße Gebäudeabriss den Tatbestand einer so genannten Verwertungskündigung nicht erfüllt.

Dem liegt zugrunde, dass die ordentliche Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses stets einen konkreten Kündigungsgrund erfordert. Der in der Praxis am häufigsten vorkommende Kündigungsgrund ist der Eigenbedarf. Daneben ist eine Kündigung durch den Vermieter auch dann möglich, wenn er „durch die Fortsetzung des Mietverhältnisses an einer **angemessenen wirtschaftlichen Verwertung seines Grundstücks gehindert** würde und dadurch erhebliche Nachteile erleiden würde“ (so genannte Verwertungskündigung).
Hauptanwendungsfall einer Verwertungskündigung ist, dass sich ein Verkaufsvorhaben des Vermieters wegen eines bestehenden Mietverhältnisses nicht realisieren lässt. Meist handelt es sich um Fälle auch zur Eigennutzung geeigneter Eigentumswohnungen.

In Zeiten, in denen die Eigentümer älterer – unter Umständen stark sanierungsbedürftiger – Wohngebäude aufgrund der Marktgegebenheiten schwer Mieter finden, dürfte die Fallgruppe der sogenannten Abrisskündigung zunehmend an Bedeutung gewinnen: Es handelt sich um diejenigen Fälle, in denen sich mit der bestehenden Bausubstanz keine angemessene Rendite erzielen lässt und nur ein Abriss in Verbindung mit einem anschließenden Neubauvorhaben eine angemessene wirtschaftliche Nutzung erwarten lässt.

Im entschiedenen Fall hatte der Vermieter schon zur Begründung der Kündigung auf eine von ihm eingeholte Abrissgenehmigung und eine Baugenehmigung für eine Folgebebauung verwiesen. Aus den Entscheidungsgründen des BGH-Urteils wird deutlich, dass einerseits in derartigen Fällen eine Kündigung gerechtfertigt sein kann, dass aber andererseits **strenge Anforderungen** an die Begründung einer solchen Abrisskündigung zu stellen sind. In der Praxis

wird es in aller Regel erforderlich werden, schon im Vorfeld eine konkrete gutachterliche Stellungnahme zur derzeitigen Renditesituation und zu künftigen Renditeerwartungen vorzulegen, verbunden mit einer Darstellung der im Einzelfall beabsichtigten geänderten Nutzung. Wenn sich auf diese Weise eine erhebliche Verbesserung der Rendite darstellen lässt, fällt die stets erforderliche Abwägung zwischen dem Interesse des Mieters am Bestand seines Mietverhältnisses und dem Interesse des Eigentümers an einer ertragreichen Verwertung seines Grundbesitzes zugunsten des Eigentümers aus.

Interessant an dem vom BGH entschiedenen Fall ist die Klarstellung, dass die deutlich verbesserte Renditeerwartung nicht zwingend aus einer Vermietung des geplanten Neubaus resultieren muss, sondern auch der beabsichtigte Verkauf des neu zu schaffenden Wohnraums als **Eigentumswohnung** eine Abrisskündigung rechtfertigen kann.

Wegen der hohen „Vorlaufkosten“ für Planung und Wirtschaftlichkeitsgutachten dürfte die Abrisskündigung vornehmlich für Mehrfamilienhäuser oder größere Wohnblöcke Bedeutung haben. Sie kann in solchen Konstellationen für die Grundstückseigentümer aber die einzige Möglichkeit darstellen, den Grundbesitz lukrativ zu verwerten.

Die BGH-Entscheidung ist darüber hinaus für „**Umwandler**“ von Bedeutung: Im entschiedenen Fall hatte der kündigende Vermieter das Grundstück mit der sanierungsbedürftigen Gebäudesubstanz von vornherein zum Zwecke des Neubaus mit anschließendem Verkauf erworben. Das schließt eine Abrisskündigung nicht aus.

Dr. Matthias Koch

Bürgerliches Recht: Nochmals – Verjährung von Bürgschaftsansprüchen

Über die Verjährung von Ansprüchen aus Bürgschaften haben wir zuletzt in unserer Mandanteninformation September 2008 im Zusammenhang mit baurechtlichen Mängelgewährleistungsbürgschaften berichtet. Ein Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 23.09.2008 gibt Anlass, die Sorgfaltspflichten eines Sicherungsnehmers – hier einer durch eine Bürgschaft begünstigten Bank – vertieft zu beleuchten.

Um einer drohenden Verjährung entgegenzuwirken, muss der Gläubiger rechtzeitig klagen oder einen Mahnbescheidsantrag bei Gericht eingehen

lassen. Beides muss dem Schuldner zeitnah zu gestellt werden, was nur bei Angabe der zutreffenden Adresse gelingt. Das Urteil zeigt, wie leicht und warum man deswegen einen Anspruch durch Verjährung verlieren kann.

Es ging um ein 1993 abgeschlossenes und mit einer Bürgschaft besichertes Darlehen. In 2001 wurde das notleidend gewordene Darlehen durch die Bank gekündigt und damit wurde auch der Bürgschaftsanspruch fällig, den die Bank aber zunächst nicht weiter verfolgte. Grundsätzlich richtig von einer dreijährigen Verjährungsfrist ausgehend

nahm die Bank dem Bürgen erst Ende 2004 schriftlich in Anspruch und beantragte am 28.12.2004 einen Mahnbescheid. Leider zeigte sich, wie nach elf Jahren nicht verwunderlich, dass der Bürge längst nicht mehr an der 1993 gültigen Adresse wohnte. Mehrfache Zustellversuche mit verschiedenen Adressen scheiterten; erst im April 2005 fand die Bank die zutreffende Anschrift des Bürgen, so dass der Mahnbescheid zugestellt werden konnte.

Der Bürge widersprach seiner Inanspruchnahme, so dass das Gericht im Mai 2005 die Bank zu einer schriftlichen Begründung ihres Anspruchs aufforderte. Wohl infolge einer weiteren Nachlässigkeit seitens der Bank ging die Anspruchsbegründung erst im Dezember 2005 bei Gericht ein. Aber grundsätzlich gilt: Wer länger als sechs Monate eine ihm obliegende verfahrensfördernde Handlung im Prozess unterlässt und diesen dadurch zum Stillstand bringt, verliert den Schutz vor Verjährung seines Anspruchs, den er eigentlich mit Klage oder Mahnbescheid gewinnen wollte.

Der BGH hebt hervor, was nach neuem Verjährungsrecht (seit 2002) in einschlägigen Fällen gilt: Auf den Bürgschaftsanspruch ist eine **Verjährungsfrist von drei** Jahren anwendbar (siehe unsere Mandanteninfo September 2008). Sie beginnt, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind: Der Anspruch muss fällig geworden sein, das traf hier unproblematisch 2001 zu. Außerdem muss der Gläubiger die **Person des Schuldners** kennen, und zwar auch mit **Namen und Anschrift**. Mit dem Ende desjenigen Jahres, in dem beide Voraussetzungen erfüllt sind, beginnt die Dreijahresfrist. Die zweite Voraussetzung ist aber auch dann erfüllt, wenn der Gläubiger aus grober Fahrlässigkeit die Person, oder die Adresse, des Schuldners nicht kennt. Daher genügt es nicht, bis zum Ablauf der drei Jahre zu warten und dann eine falsche Anschrift des Schuldners in den Mahnbescheidsantrag oder in die Klage einzutragen. Der BGH erlaubt dem Gläubiger gerade nicht, bis Torschluss zu warten. Ganz umgekehrt:

Die Bank hätte hier bereits unverzüglich nach Fälligkeit der Hauptforderung, also im Jahr 2001, gezielt die Prüfung beginnen müssen, ob eigentlich die Anschrift des Bürgen, die aus dem Jahr 1993 bekannt war, noch zutraf. Das sei Obliegenheit des Gläubigers. Missachtet er sie, so beruht seine **Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit**. Davon hängt dann der Beginn der Verjährungsfrist ab.

Die klagende Bank hatte im konkreten Fall Glück. Es wäre nämlich im Prozess Sache des beklagten Bürgen gewesen, präzise vorzutragen, wann eigentlich genau im Verlauf des Jahres 2001 das Darlehen gekündigt worden war, ab welchem Zeitpunkt also die Bank wegen der Anschrift des Bürgen hätte nachforschen müssen. Mangels hinlänglichen Vortrags des Beklagten war nicht festzustellen, dass die Bank dann noch 2001 die richtige Adresse herausbekommen hätte, sondern möglicherweise erst 2002. Zugunsten der Bank konnte der BGH deshalb davon ausgehen, selbst bei Beachtung ihrer Sorgfaltspflichten hätte sie die zutreffende Anschrift erst im Laufe des Jahres 2002 ermitteln können. Die dreijährige Verjährungsfrist begann hiernach Ende 2002 und lief erst am 31.12.2005 ab. Deswegen schadete es auch nicht mehr, dass die klagende Bank im Jahr 2004 mehr als sechs Monate lang den Rechtsschritt hatte still stehen lassen.

Die äußerst riskante Vorgehensweise der Bank wurde im konkreten Fall also nicht bestraft. Sicherer wäre es aber gewesen, rechtzeitig vor dem frühestmöglichen Verjährungsablauf zu prüfen, ob die Anschrift des Schuldners noch zutrifft. Der Rechtsweg ist und bleibt das probate Mittel, um Verjährungen zu verhindern. Eine gerichtliche Inanspruchnahme bedarf jedoch der Vorbereitung. Dem Gläubiger ist zu empfehlen, rechtzeitig vor Ablauf der Verjährungsfrist eine (weitere) Mahnung evtl. per Einschreiben/Rückschein oder eine Adressanfrage beim Einwohnermeldeamt zu versenden. Das könnte helfen.

Dr. Egon A. Peus

Internationales: Der Eigentumsvorbehalt im internationalen Geschäftsverkehr

Die Vereinbarung von Eigentumsvorbehaltsrechten gehört im Bereich des Warenhandels zu den gängigen Sicherungsmitteln des Verkäufers zur Absicherung seiner Forderungen gegenüber dem Vertragspartner. Vielfach bleibt bei Lieferungen ins Ausland aber unberücksichtigt, dass der Eigentumsvorbehalt an entgegenstehenden ausländischen Rechtsordnungen scheitern kann. Das deutsche Recht sieht im Unterschied zu anderen

Rechtsordnungen weitgehende Gestaltungsmöglichkeiten bei der Vereinbarung von Eigentumsvorbehaltsrechten vor. Im Wesentlichen differenziert man zwischen dem einfachen, dem verlängerten und dem erweiterten Eigentumsvorbehalt.

Der **einfache Eigentumsvorbehalt** ist gesetzlich geregelt. Vereinbart ein Verkäufer mit dem Käufer den einfachen Eigentumsvorbehalt, steht der Ei-

gentumserwerb des Käufers unter der aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung. Das Eigentum an dem Kaufgegenstand geht erst mit vollständiger Kaufpreiszahlung auf den Käufer über.

Der einfache Eigentumsvorbehalt erstreckt sich regelmäßig nur auf die verkaufte, unter Eigentumsvorbehalt übereignete Sache. In laufenden Geschäftsbeziehungen wird zwischen den Geschäftspartnern daher in der Regel ein sog. **erweiterter Eigentumsvorbehalt** (auch Kontokorrentvorbehalt) vereinbart. Hiernach erlischt das Eigentum des Verkäufers an einer Ware nicht bereits mit der vollständigen Kaufpreiszahlung für die konkrete Ware, sondern erst, wenn sämtliche Forderungen, die während der Geschäftsbeziehung entstanden sind, beglichen wurden. Gegenüber dem einfachen Eigentumsvorbehalt hat diese Regelung für den Verkäufer den Vorteil, dass auch eine bereits bezahlte Ware noch als Sicherheit für die Erfüllung weiterer Verbindlichkeiten des Käufers aus der Geschäftsbeziehung zur Verfügung steht. Zwar ist der erweiterte Eigentumsvorbehalt gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. Er ist aber im kaufmännischen Geschäftsverkehr weitestgehend üblich und nach ständiger Rechtsprechung für den kaufmännischen Bereich grundsätzlich zulässig.

Der Warenhandel im kaufmännischen Geschäftsverkehr ist häufig durch weitere Verarbeitungsprozesse und Verkaufsketten gekennzeichnet, bei denen die erworbenen Waren ggf. nach vorheriger Weiterverarbeitung an Dritte weiterveräußert werden. Nach den gesetzlichen Bestimmungen besteht die Möglichkeit, dass ein Dritter, der keine Kenntnis von den Vereinbarungen zwischen dem Verkäufer und dem Käufer hat, gutgläubig lastenfreies Eigentum an der Ware erwirbt. Darüber hinaus ist ein Eigentumserwerb kraft Gesetzes möglich, wenn eine Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung der Ware mit anderen Sachen erfolgt. Um auch in diesen Fällen eine Absicherung des Verkäufers zu erreichen, hat sich in der Rechtspraxis der **verlängerte Eigentumsvorbehalt** etabliert. Hierbei vereinbaren die Vertragspartner, dass anstelle des Eigentumsvorbehalts, wenn dieser z.B. durch Verarbeitung oder durch Weiterveräußerung an einen Dritten erlischt, die neue Sache oder aber die aus der Weiterveräußerung entstehende Kaufpreisforderung treten soll. Im Fall der Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung der unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Sache sichert die neue Sache also die Forderung des Verkäufers ab. Bei Handelswaren wird der Vertragspartner des Verkäufers ermächtigt, die Ware weiterzuveräußern. Im Gegenzug lässt sich der Verkäufer zur Sicherheit die Kauf-

preisforderung aus dem Weiterverkauf im Voraus abtreten und ermächtigt den Vertragspartner, den Kaufpreis bei dessen Kunden einzuziehen.

Wenngleich die Vereinbarung umfassender Eigentumsvorbehaltsrechte bei **Lieferungsverhältnissen innerhalb Deutschlands** ein geeignetes Sicherungsmittel für den Verkäufer sein kann, stellt sich im **internationalen Geschäftsverkehr** oftmals die Frage, ob und inwieweit die nach deutschem Recht vereinbarten Eigentumsvorbehaltsrechte des Verkäufers bei **grenzüberschreitenden Warenlieferungen** noch Bestand haben. Maßgeblich hierfür ist, welche Rechtsordnung für die sachenrechtliche Beurteilung der Waren Anwendung findet. Die Bestimmung des anwendbaren Rechts richtet sich nach den Regelungen des Internationalen Privatrechts, wobei hier zu berücksichtigen ist, dass es sich bei dem Internationalen Privatrecht um nationales Recht handelt, jede Rechtsordnung also über eigene Regelungen zum Internationalen Privatrecht verfügt, die von den Regelungen anderer Staaten durchaus abweichen können.

Nach dem deutschen Internationalen Privatrecht unterliegen Rechte an einer beweglichen Sache einschließlich ihrer Übertragung dem Recht des Staates, in dem sich die Sache befindet (sog. **Grundsatz des Lageortes der Sache**). Dieser Grundsatz ist international anerkannt. **Warenlieferungen nach Deutschland** unterliegen somit dem **deutschen Recht**, sobald sie nach Deutschland verbracht werden. Erfolgen Warenlieferungen des Verkäufers ins **Ausland**, beurteilen sich die Eigentumsrechte ab dem Zeitpunkt, an dem die Ware in ein anderes Staatsgebiet gelangt, dagegen regelmäßig nach der **ausländischen Rechtsordnung**. Unerheblich ist dabei, ob eine Sache rechtmäßig oder rechtswidrig in ein neues Staatsgebiet verbracht wurde, oder die Sache dort nur vorübergehend oder zufällig gelagert wird wie beispielsweise in Transport befindliche Waren.

Ein erweiterter oder verlängerter Eigentumsvorbehalt kann deshalb nur dann ein taugliches Sicherungsmittel sein, wenn auch die ausländische Rechtsordnung diese Institute vorsieht oder zumindest anerkennt. Zu berücksichtigen ist insoweit, dass bereits im europäischen Rechtsraum die Regelungen zum Eigentumsvorbehalt sowohl im Hinblick auf den Umfang als auch hinsichtlich ihrer Wirksamkeitsvoraussetzungen im Vergleich zum deutschen Recht sehr unterschiedlich ausgestaltet sind:

So sehen beispielsweise das **schweizerische Recht** und das **niederländische Recht** nur den

einfachen Eigentumsvorbehalt vor. Während der einfache Eigentumsvorbehalt nach dem niederländischen Recht grundsätzlich formlos vereinbart werden kann, ist für die Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts nach schweizerischem Recht die Eintragung in ein Eigentumsvorbehaltsregister notwendig. Da eine Registereintragung regelmäßig nicht erfolgt, erlischt der Eigentumsvorbehalt dementsprechend häufig bei Lieferungen in die Schweiz.

Das **österreichische Recht** erkennt zwar neben dem einfachen auch den verlängerten Eigentumsvorbehalt an. Der erweiterte Eigentumsvorbehalt ist aber auch unter Kaufleuten anders als im deutschen Recht unzulässig. Nach diversen **osteuropäischen Rechtsordnungen** (z.B. Slowenien, Bulgarien, Polen) bedarf die Vereinbarung eines einfachen Eigentumsvorbehalts der notariellen Beglaubigung. Ob und inwieweit die gesetzlich nicht geregelten weiteren Eigentumsvorbehaltsrechte zulässig sind, ist in diesen Ländern von der Rechtsprechung bislang noch nicht abschließend geklärt.

Die vorgenannten Beispiele zeigen, dass eine Anerkennung der umfassenden Eigentumsvorbehaltsrechte, wie sie im deutschen Recht möglich sind, sich im Ausland unter Umständen als problematisch erweisen kann und damit die erfolgreiche Durchsetzung von Eigentumsvorbehaltsrechten nicht immer gewährleistet ist. Die Anwendung einer fremden Rechtsordnung lässt sich insbesondere auch nicht durch eine **abweichende Rechtswahl** der Parteien (z.B. Vereinbarung der Geltung des deutschen Rechts) ausschließen. Eine Rechtswahl ist hinsichtlich der Eigentumsfrage **unzulässig**. Dies sollte im internationalen Geschäftsverkehr bedacht und bei der Wahl der Sicherungsmittel berücksichtigt werden. Bei Warenlieferungen ins Ausland sollte stets geprüft werden, ob der Eigentumsvorbehalt wirksam bleibt und ob sinnvollerweise andere Sicherungsrechte, insbesondere **Bürgschaften** oder **Bankgarantien**, vereinbart werden sollten.

Dr. Martin Alberts / Dr. Melanie Verstege

Erbrecht/Versicherungsrecht: Die Lebensversicherung im Erbfall

Lebensversicherungen sind eine beliebte Form der Vermögensbildung zur Sicherung der eigenen Altersversorgung und zur Absicherung der Hinterbliebenen im Todesfall. Deutsche Sparer haben über 90 Millionen Lebensversicherungen abgeschlossen. Umso erstaunlicher ist, dass die besonderen Gesetzmäßigkeiten, denen Ansprüche aus **Lebensversicherungen mit Bezugsberechtigung Dritter im Todesfall des Versicherungsnehmers** (VN) unterliegen, weitgehend unbekannt sind.

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat dazu jüngst seine bisherige Rechtsprechung bestätigt und einen Fall entschieden, der das Problem verdeutlicht: Ein VN hatte eine kapitalbildende Lebensversicherung abgeschlossen und ursprünglich seine Ehefrau und den gemeinsamen Sohn als Bezugsberechtigte für die Todesfallleistung benannt. Später trennte er sich von seiner Ehefrau und lebte mit einer anderen Frau in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammen, die er auch gegenüber der Lebensversicherung als neue Bezugsberechtigte benannte. Von seiner Ehefrau wollte er sich scheiden lassen. Nach einem Streit mit seiner Lebensgefährtin stürzte er sich von einer Brücke und starb. Seine Ehefrau und der gemeinsame Sohn waren gesetzliche Erben. Diese widerriefen die Bezugsberechtigung der Lebensgefährtin des VN gegenüber der Versicherungsgesellschaft wenige Tage, bevor die Versicherung

diese über ihre Ansprüche informierte. Den Streit der Ehefrau und des gemeinsamen Sohnes als gesetzliche Erben mit der Lebensgefährtin entschied der BGH zugunsten der Erben. Die Begründung zeigt instruktiv, von welchen Zufälligkeiten es abhängen kann, wem die Versicherungssumme zusteht.

Der Lebensversicherungsvertrag mit Bezugsberechtigung eines Dritten ist eine Verfügung unter Lebenden zugunsten Dritter auf den Todesfall, für die ausschließlich schuldrechtliche, nicht aber erbrechtliche Grundsätze gelten. Die Benennung eines Bezugsberechtigten qualifiziert der BGH rechtlich als ein **Schenkungsangebot** und als Auftrag an die Versicherungsgesellschaft, dieses Angebot nach dem Tode des VN dem Bezugsberechtigten zu übermitteln. Mit der entsprechenden Information des Bezugsberechtigten gilt das Schenkungsangebot als stillschweigend angenommen. Bis dahin sind die Erben aber berechtigt, das Schenkungsangebot gegenüber der Versicherungsgesellschaft zu **widerrufen**. Im Ergebnis kommt es also darauf an, wer im zeitlichen Wettlauf zwischen dem Eingang des Widerrufs bei der Versicherungsgesellschaft und der Information der Versicherung an den Bezugsberechtigten die Nase vorn hat. Testamentarische Bestimmungen, wonach die Versicherungssumme einem anderen als dem der Versicherungsgesell-

schaft benannten Bezugsberechtigten zustehen soll, nützen in der Regel nichts.

Jeder Inhaber eines Lebensversicherungsvertrages sollte spätestens im Zuge der Errichtung einer letztwilligen Verfügung (Testament oder Erbvertrag) **prüfen**, wer bei der Versicherungsgesellschaft als **Bezugsberechtigter** benannt ist und ob dies noch seinem jetzigen Willen entspricht. Wegen der regelmäßig langen Laufzeit von Lebensversicherungsverträgen ist häufig gar nicht mehr bekannt, wer ursprünglich als Bezugsberechtigter benannt wurde. Bei geschiedenen Ehen ist dies in nicht seltenen Fällen noch der frühere Ehepartner. Wenn sichergestellt ist – ggf. durch Änderung des Bezugsberechtigten bei der Versicherungsgesellschaft –, dass der „richtige“ Be-

günstigte benannt ist, kann in der **letztwilligen Verfügung** auf den **Widerruf verzichtet** und dem Bezugsberechtigten vorsorglich auch noch ein Vermächtnis in Höhe der Versicherungssumme zugewandt werden. Damit ist zumindest sichergestellt, dass die Erben selbst im Falle eines wirksamen Widerrufs im Verhältnis zum Bezugsberechtigten die Versicherungssumme nicht behalten dürfen, sondern an diesen auskehren müssen. Möglich ist es auch, auf die Benennung eines Bezugsberechtigten völlig zu verzichten. Dann fällt die Lebensversicherungssumme in den Nachlass und kann nach erbrechtlichen Bestimmungen vererbt oder einem Vermächtnisnehmer zugewiesen werden.

Reinhard Knälmann

Arbeitsrecht: Gleiche Arbeit – gleicher Lohn?

Der Schlachtruf „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ wird zwar oft zitiert, ein derartiges Prinzip gibt es jedoch im deutschen Recht nicht. Ein Arbeitgeber ist nicht daran gehindert, mit jedem Mitarbeiter eine individuelle Lohnvereinbarung zu treffen. So kann er beispielsweise in Zeiten von Fachkräftemangel höhere Vergütungen zusagen. Nur die speziellen Diskriminierungsverbote beispielsweise gegenüber Frauen, Ausländern etc. hat er stets zu beachten. **Gewährt er dagegen Leistungen nicht aufgrund einer Einzelfallentscheidung, sondern nach einem generalisierenden Prinzip, so ist er an das arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgebot gebunden** und darf Mitarbeiter nicht ohne rechtfertigenden Grund von diesen Leistungen ausschließen.

Eigentlich dürfte dies für jeden Arbeitgeber selbstverständlich sein. Die Praxis ist jedoch nicht so einfach, wie ein aktuelles Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 03.12.2008 zeigt. Der Fall: ein Arbeitgeber mit bundesweit mehr als 70 Filialen erhöhte in nahezu allen Filialen die Vergütung um einen identischen Prozentsatz. Nur sieben Betriebe erhielten keine oder andere Lohnerhöhungen. Ein Arbeitnehmer aus einem dieser Betriebe machte die Lohnerhöhung auch für sich gerichtlich geltend. Vor dem Arbeitsgericht argumentierte der Arbeitgeber insbesondere mit dem ohnehin **hohen Lohnniveau des betroffenen Betriebes, den schlechten Wirtschaftlichkeitszahlen und dem niedrigeren Anforderungsprofil als in den übrigen Betrieben**. Grundsätzlich können dies, so das BAG, billigenwerte Gründe sein, die eine unterschiedliche Behandlung bei der Vergütungserhöhung rechtfertigen. **Der Arbeitgeber müsse aber diese Gründe so substantiiert dartun, dass das Gericht beurteilen**

kann, ob diese Unterscheidung die unterschiedliche Lohnerhöhung rechtfertigen könne. Der zu Grunde gelegte Zweck und die vorgebrachten Differenzierungsgründe müssten in sich stimmig sein. Dafür reichten (jedoch) Kostenunterschiede allein nicht. Es müssten beispielsweise auch die Gründe für die Kostenunterschiede offen gelegt werden. Es müsse erklärt werden, warum wie hier gerade (nur) der Betrieb mit den höchsten Kosten und gerade (nur) der Betrieb mit dem höchsten Lohnniveau von der Lohnerhöhung ausgenommen wurde. Es müssten die Kostenunterschiede und die Lohnunterschiede bundesweit dargelegt und in ein Verhältnis zueinander gesetzt werden. Außerdem müsse der Arbeitgeber auch darlegen, wie es zu den jeweiligen unterschiedlichen Steigerungssätzen in den sechs anderen Betrieben, die von der generellen Regelung ausgenommen waren, gekommen sei.

Das BAG hat somit die Anforderungen an die Darlegung des Arbeitgebers sehr hoch angesetzt. Dies mag auch damit zusammenhängen, dass es ausgerechnet in diesem Betrieb im Vorfeld Auseinandersetzungen gegeben hatte, die die Mitarbeiter als Grund für ihre Schlechterstellung vermutet hatten. Die Konsequenzen dieses Urteils treffen jedoch alle Arbeitgeber.

Empfehlung: Gerade bei großen Unternehmen sind kollektive Regelungen sinnvoll, da sich anders ein aufeinander abgestimmtes und motivierendes Vergütungssystem kaum gewährleisten lässt. **Bei allen generalisierenden Entscheidungen sollte jedoch darauf geachtet werden, dass Abweichungen objektiv begründbar sind und dass die angegebenen Gründe auch sämtliche Entscheidungen rechtfertigen**. Die

allgemeine Steigerung der Lebenshaltungskosten beispielsweise darf nicht als Begründung für Gehaltserhöhungen angegeben werden, wenn einige Mitarbeiter von ihnen ausgenommen werden, da diese Steigerung alle Mitarbeiter gleich trifft. Fehlen solche Maßstäbe oder ist es aus betrieblichen Gründen nicht tunlich, diese offenzulegen, sollte darauf geachtet werden, keine generalisierenden, sondern nur individuelle Entscheidungen zu treffen. Auch dann ist Vorsicht bei der Wortwahl geboten. Erklärt ein Arbeitgeber, er entscheide nach leistungsbezogenen Kriterien, so kann auch das

eine generalisierende Komponente beinhalten. Zum einen wird die individuelle Leistung gerade nach bestimmten Regeln bemessen. Zum anderen muss das Ergebnis dieser Bemessung in Verhältnis zu den Leistungsbemessungen der anderen Arbeitnehmer gesetzt werden. Das BAG (Urteil vom 01.12.2004) hat daher auch schon Arbeitgeber zur Auskunft über diese Kriterien verpflichtet!

Inken Hansen

Arbeitsrecht: Neue Spielregeln bei der Kurzarbeit

Nach Jahren des konjunkturellen Aufschwungs stehen nunmehr in Zeiten der Wirtschaftskrise wieder viele Arbeitsplätze auf dem Spiel. Teils dramatische Auftragsrückgänge haben dazu geführt, dass viele Unternehmen ihre Mitarbeiter nicht mehr ausreichend und damit profitabel beschäftigen können. Einen Weg, den **Mitarbeiter**, der oftmals langjährig eingearbeitet worden und so bei entsprechender Auftragslage für das Unternehmen **von hohem Wert** ist, trotzdem in wirtschaftlich vertretbarer Art und Weise weiterhin **an das Unternehmen zu binden**, stellt die Einführung von Kurzarbeit dar. Es handelt sich hierbei um die vorübergehende Verringerung der Arbeitszeit zur Entlastung des Betriebes durch **sofortige Senkung der Personalkosten**. Damit trägt Kurzarbeit dazu bei, **Arbeitsplätze in Krisenzeiten zu erhalten**. Die Einführung von Kurzarbeit kann durch ursprüngliche oder nachträgliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, Änderungskündigung, Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag erreicht werden. Ohne eine solche Grundlage ist der Arbeitgeber jedoch nicht berechtigt, einseitig die Kurzarbeit anzuordnen.

Wird Kurzarbeit vereinbart, erhält der Arbeitnehmer als Ausgleich für den teilweisen Verlust des Vergütungsanspruchs **Kurzarbeitergeld** von der Bundesagentur für Arbeit. Der Anspruch auf Kurzarbeitergeld ist an persönliche und betriebliche Voraussetzungen gebunden. Er setzt neben dem Antrag des Arbeitgebers oder der Betriebsvertretung einen vorübergehenden erheblichen Arbeits- und damit verbundenen Entgeltausfall voraus. Das Kurzarbeitergeld beträgt 60 % bzw. bei einem erhöhten Leistungssatz 67 % der Nettoentgelt Differenz. Bereits mit dem **Konjunkturpaket I** aus dem November 2008 wurde befristet auf ein Jahr die Gewährung von **Kurzarbeitergeld von 12 auf 18 Monate verlängert**. Im Rahmen des **Konjunkturpakets II** haben sich die Voraussetzungen, nach denen Kurzarbeitergeld gewährt wird, noch einmal erleichtert. Diese Erleichterung

wird **rückwirkend zum 01.02.2009** eingeführt und ist zunächst **bis zum 31.12.2010 befristet**. Im Einzelnen gilt:

- Es ist nicht mehr erforderlich, dass mindestens ein Drittel der Belegschaft von der Einführung der Kurzarbeit betroffen ist. Es reicht nunmehr auch aus, wenn ein Entgeltausfall von mehr als 10 % bei dem von der Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer vorliegt.
- Die Beantragung von Kurzarbeitergeld ist nunmehr, wenn auch unter sehr engen Voraussetzungen, auch für **Leiharbeitnehmer und befristet beschäftigte Arbeitnehmer** möglich. Ebenso ist klargestellt worden, dass es nicht mehr notwendig ist, zuerst Leiharbeitnehmer zu entlassen, um Kurzarbeitergeld für die Stammbeslegschaft zu erhalten.
- Die Agenturen für Arbeit **erstatten die Sozialversicherungsbeiträge** zu 50 %, in bestimmten Fällen sogar zu 100 %. Eine vollständige Erstattung wird gewährt, wenn die von der Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer an **Qualifizierungsmaßnahmen** teilnehmen, diese Maßnahmen nach der „Anerkennungs- und Zulassungsverordnung – Weiterbildung“ zugelassen oder bei einer betrieblichen Weiterbildung von vergleichbarer Qualität sind, einer Rückkehr zur normalen Arbeitszeit oder Arbeitszeiterhöhung nicht entgegenstehen und es sich um keine gesetzlich vorgeschriebene bzw. eine nur im Interesse des Unternehmens liegende Fortbildung handelt.
- Es ist nicht mehr notwendig, vor Einführung der Kurzarbeit **Arbeitszeitkonten** ins Minus zu bringen.

- **Vorübergehende Änderungen der Arbeitszeit** auf Grundlage von kollektivrechtlichen Vereinbarungen haben keinen negativen Einfluss auf die Höhe des Kurzarbeitergeldes.
- Antragstellung und **Verfahren** zum Kurzarbeitergeld werden **vereinfacht**, und zwar unabhängig von der Befristung über den 31.12.2010 hinaus.

Fazit:

Die Bundesregierung reagiert mit der Neugestaltung der Voraussetzungen für die Erteilung von

Kurzarbeitergeld auf die derzeitige Wirtschaftskrise und schafft so zusätzliche Anreize, von der vollständigen Beendigung von Arbeitsverhältnissen trotz der schlechten konjunkturellen Lage abzusehen. Es bleibt abzuwarten, ob diese Maßnahme den gewünschten positiven Effekt auf die Entwicklung des Arbeitsmarktes haben wird. Für Unternehmen könnte dies jedenfalls eine Chance darstellen, bewährte Mitarbeiter auch durch Krisenzeiten hindurch im Unternehmen halten zu können.

Bastian-Peter Stenslik

Arbeitsrecht: Urlaubsentgelt auch nach jahrelanger Krankheit

Nach einer aktuellen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 20.01.2009 **verlieren Arbeitnehmer ihre Urlaubsansprüche nicht, wenn sie den Urlaub wegen einer Krankheit nicht nehmen können**. Damit kippt der EuGH die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG). Bisher wurde der Urlaub zwar in das Folgejahr übertragen, wenn ein Arbeitnehmer ihn wegen einer Erkrankung nicht in Anspruch nehmen konnte. Dauerte die Arbeitsunfähigkeit jedoch bis zum 31. März an, so verfiel der Urlaub. In diesem Falle stand dem erkrankten Arbeitnehmer nach dem Bundesurlaubsgesetz auch kein finanzieller Ausgleich für diesen verfallenen Urlaub zu.

Das ändert sich jetzt. Arbeitnehmer müssen auf jeden Fall den europarechtlich garantierten bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen erhalten. Ein wegen Krankheit nicht genommener Urlaub darf nach dem aktuellen Urteil des EuGH nicht mit Ablauf des Urlaubsjahres oder Übertragungszeitraumes verfallen, sondern **ist zu einem späteren Zeitpunkt zu gewähren**. Scheidet der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis aus, ohne wieder genesen zu sein, so hat er **Anspruch auf eine Abgeltung** der nicht genommenen Urlaubstage. Das BAG hat schnell reagiert und mit Urteil vom 24.03.2009 bestätigt, dass diese Entscheidung auch in Deutschland unmittelbar Anwendung findet. Vertrauensschutz soll es laut BAG jedenfalls für den Jahresurlaub 2006 und die Folgejahre nicht geben. Für die davor liegenden Zeiten hat das BAG diese Frage ausdrücklich offen gelassen.

Vorsicht ist also vor allem bei langen Krankheiten geboten. Ob die Übertragung ohne jede zeitliche Beschränkung möglich ist, musste der EuGH zwar nicht entscheiden, aus seiner Begründung ergeben sich jedoch keine Ansatzpunkte für eine solche Grenze. Im Übrigen ist noch vieles ungeklärt: Der Lauf vertraglicher Verfallfristen etwa dürfte wohl frühestens mit Genesung oder Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis beginnen – wenn sie überhaupt eingreifen. Umstritten ist ferner, ob die dreijährige Verjährungsfrist bereits am Ende des regulären Übertragungszeitraumes, also am 31. März des Folgejahres, beginnt. Auch ob die neue Rechtsprechung auf Urlaubsansprüche übertragen wird, die über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehen, wenn der Vertrag auf das Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) verweist, ist offen. Vorsorglich sollten neue Arbeitsverträge diese Übertragung daher ausdrücklich ausschließen und auf Verweise auf das BUrlG verzichten.

Selbst wenn der Mitarbeiter längst aus der Lohnbuchhaltung ausgesteuert ist, können durch kumulierte Urlaubsansprüche erhebliche Kosten auf ein Unternehmen zukommen. Vor diesem Hintergrund lohnt es sich, längere Fehlzeiten im Blick zu behalten. Wenn eine Wiederherstellung der Gesundheit in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist, sollte frühzeitig die Möglichkeit einer Erwerbsunfähigkeitsrente geprüft und auch eine vorzeitige **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** in Erwägung gezogen werden. Wenigstens bleibt die Hoffnung, dass diese aufgrund der neuen finanziellen Belastungen künftig von der Rechtsprechung leichter akzeptiert wird.

Inken Hansen

Öffentliches Recht: Altlasten – Regress des Vermieters gegen den verursachenden Mieter?

Für die Beseitigung von Schadstoffbelastung im Boden (und von dort ausgehendem Schadstoffeintrag ins Grundwasser) ist der Verursacher als so genannter **Handlungsstörer** verantwortlich. Die zuständige Ordnungsbehörde kann aber nach ihrer Wahl (Ermessensausübung) den jetzigen Eigentümer des Grundstücks als so genannten **Zustandsstörer** auch heranziehen. Dafür gibt es Gründe. Für die Behörde kann es nämlich leichter sein, den heutigen Eigentümer zu ermitteln. Er hat ja auch direkten Zugriff auf das Grundstück. Deswegen werden durchaus häufig die heutigen Grundstückseigentümer zu Untersuchungen und Sanierungen herangezogen.

Bei ihrer Belastung soll es aber nicht endgültig bleiben. § 24 Abs. 2 des Bundesbodenschutzgesetzes (BBodSchG) lässt erkennen, dass letztlich die **Verursacher** die Sanierungskosten sollen tragen müssen. Der von der Behörde herangezogene Grundstückseigentümer hat nach dieser Vorschrift daher grundsätzlich einen **Ausgleichsanspruch** gegen den oder mehrere Verursacher.

Ein solcher Ausgleichsanspruch besteht aber nur, „**soweit nichts anderes vereinbart wird**“, wie es im Gesetz lautet. Zu diesem Ausgleichsanspruch hat nun der Bundesgerichtshof (BGH) in einem Urteil vom 01.10.2008 weitere Klärung herbeigeführt. Zusammen mit zwei früheren Entscheidungen vom 10.07. 2002 und 28.0.2004 ergibt sich nun folgendes Bild:

Wer ein Grundstück vermietet **ohne** diejenigen **technischen Anlagen**, bei deren Betrieb letztlich die Schadstoffverunreinigung des Bodens verursacht wird, hat grundsätzlich den Ausgleichsanspruch. Dies gilt sogar dann, wenn in der Zwecksetzung des Mietvertrages dem Mieter (und Verursacher) das Grundstück ausdrücklich zum Betrieb der schadstoffabgebenden Anlage überlassen worden ist. Denn diese Anlage – im Fall aller drei Urteile handelte es sich jeweils um Tankstellen/Tankeinrichtungen – sei bei Abschluss des Mietvertrages nicht vorhanden gewesen. Es sei dann Sache des Mieters gewesen, das Grundstück mit der Einrichtung selbst auszustatten und diese dann so zu betreiben, dass kein Schaden entstand.

Anders liege es, wenn der Vermieter bereits bei Abschluss des Mietvertrages Eigentümer der vorhandenen gefährlichen Anlage war und das Grundstück **mit dieser Anlage vermietete**. Dann steht, so der BGH im Jahre 2002, dem Mieter die Befugnis zu, das Grundstück mit der Anlage so zu

benutzen, wie es der Betrieb der Anlage notwendigerweise mit sich bringt. Wenn damit allgemein üblich, betriebspraktisch, die Erzeugung von Bodenverunreinigungen verbunden sei, so müsse das der Eigentümer hinnehmen. In der Vermietung liege eine von § 24 Abs. 2 BBodSchG „abweichende“ Vereinbarung. Der BGH erwähnt, dass man bei einem solchen Mietvertrag nun seinerseits auch wieder anderes vereinbaren kann. Das muss dann aber ausdrücklich und gesondert geschehen.

Im dritten Fall (Urteil des BGH aus dem Jahre 2004) hatten die Mietvertragsparteien gemeinschaftlich eine Anlage benutzt (Abscheider für Abwasser). Der Mieter betrieb einen Kfz-Handel und durfte eine Entwachsungsanlage **mit benutzen**. Nun gilt schon gesetzlich, dass der Vermieter die Mietsache, und damit auch technische Anlagen (auf eigene Kosten) instand halten muss. Hier war sogar noch ausdrücklich im Mietvertrag geregelt, dass die Unterhaltung der Mietsache sich nach den gesetzlichen Vorschriften zu richten hatte. Daher war es Sache des Eigentümers (und späteren Zustandsstörers), den Abscheider zu warten. Da er sich im Streit darüber, wer es zu tun habe, geweigert hatte, den Abscheider zu betreiben und deswegen Schadstoffe ins Erdreich gerieten, blieb er auf den Sanierungskosten „hängen“. Auch hier sagt der BGH ausdrücklich: Gegenüber der gesetzlichen Regelung im Mietvertrag hätte eine andere Lastenverteilung vereinbart werden können (es handelte sich nicht um Wohnraum). Darauf hat der Vermieter aber keinen Bedacht genommen.

Schon dies zeigt: Bereits wegen der Frage der späteren Haftung für eventuelle Umweltschäden ist es dringend geboten, nicht irgendwelche Musterverträge aus der Schublade zu nehmen, sondern mit größter Sorgsamkeit **individuelle Regelungen** zu treffen.

Das gilt mit Blick auf den Ausgleichsanspruch umso mehr. Mittlerweile sagt das Gesetz in § 24 Abs. 2 BBodSchG nicht nur ausdrücklich, dass die kurze Verjährungsfrist des Mietrechts nicht gilt, also der Anspruch des Eigentümers gegen den Mieter nach Räumung nicht etwa bereits nach sechs Monaten verjährt. Es gilt aber auch nur vordergründig eine Verjährungsfrist von drei Jahren. Denn der Beginn dieser Verjährungsfrist von drei Jahren tritt erst außerordentlich spät ein: Falls die Behörde saniert und die Kosten beim Eigentümer begetrieben hat, so erst nach Beitreibung der Kosten. Hat der Grundstückseigentümer

selbst die Sanierungsmaßnahmen durchgeführt, so **beginnt** die Verjährungsfrist erst nach Beendigung der Sanierungsmaßnahmen, und auch dann erst, wenn die Person des Ersatzpflichtigen bekannt geworden ist. Fehlt es an letzterem, so verjährt der Ausgleichsanspruch 30 Jahre – **nach der Beendigung der Maßnahmen**. Sanierungsmaßnahmen wiederum können noch viele Jahrzehnte, ohne jede Rücksicht auf irgendeine Verjährung, nach der Schädigung des Bodens und des Grundwassers angeordnet werden. Der Ausgleichsanspruch droht also dem Verursacher noch viele Jahrzehnte, nachdem möglicherweise seine schädigende Betriebsführung schon längst abgeschlossen ist.

Damit erweist sich auch unter dem Gesichtspunkt des Ausgleichsanspruchs, ebenso wie bei der Möglichkeit der Heranziehung durch die Behörde direkt als Störer, die Altlastenproblematik nahezu als eine „**Ewigkeitsangelegenheit**“.

Dies ist, worauf wir schon wiederholt hingewiesen haben, dringend bei Unternehmenskäufen, aber auch bei der gesellschaftsrechtlichen Strukturierung von Konzernen und Gruppen von Familiengesellschaften, zu berücksichtigen. Es muss sich eigentlich verbieten, Gesellschaften, die möglicherweise in weit zurückliegender Zeit als Umweltschadensverursacher in Betracht kommen, mit anderen, nicht infizierten Gesellschaften zu

verschmelzen oder sonst Rechtsnachfolge eintreten zu lassen – und wären die steuerlichen Vorteile noch so hoch. Mindestens muss dies sorgsam abgewogen werden. Alternativen können Liquidation oder Abspaltung sein.

Schließlich klärt der BGH noch, dass für den Ausgleichsanspruch nicht die förmliche Inanspruchnahme durch die Behörde durch Verwaltungsakt Voraussetzung ist. Das erübrigt es für den Grundstückseigentümer, sich allein deswegen in prozessuale Auseinandersetzungen mit der Behörde zu verstricken, um Ausgleichsansprüche nicht zu verlieren. Wenn der Gefahrenzustand ernsthaft zu bejahen ist, so dürfte im Regelfall mit der Behörde kooperativ abgestimmtes Verhalten kostengünstiger, jedenfalls weniger nervenaufreibend sein und belastet die Unternehmensführung nicht auch noch mit prozessualen Auseinandersetzungen. Allerdings ist zu bedenken, dass dann auch keine verbindliche Feststellung der Gefahr vorliegt, und in dem Moment, in dem der Ausgleichsanspruch dann gegen den angeblichen Verursacher geltend gemacht wird, könnte dieser bestreiten und in Abrede stellen, dass überhaupt ein Gefahrenzustand bestanden hätte. Das genaue Vorgehen im Einzelfall wird daher sorgsam zu bedenken und zu prüfen sein.

Dr. Egon Peus

Vergaberecht: Vergaberechtsnovelle

Am 19. Dezember 2008 hat der Bundestag das **Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts** beschlossen. Die allerdings noch nicht im Bundesgesetzblatt veröffentlichte Novelle bringt **umfangreiche Änderungen** in dem für das EU-Vergaberecht maßgeblichen 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) mit sich und verändert die Vergabeverordnung (VgV) grundlegend. Das lange Tauziehen um die endgültige Gesetzesfassung ist nun beendet und einige entscheidende Schritte sind gemacht:

Das erklärte Ziel der Förderung des Mittelstandes wird durch eine **Verschärfung der sog. Mittelstandsklausel** weiter intensiviert. § 97 Abs. 3 GWB sah bislang vor, dass mittelständische Interessen vornehmlich durch Teilung eines öffentlichen Auftrags in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen seien. Dabei meint die fachweise Vergabe die Unterteilung eines Auftrages nach Fachgebieten, z.B. nach gewerberechtllicher oder nach branchenüblicher Abgrenzung, während unter der Aufteilung in Teillose die mengen-

mäßige oder räumliche Aufteilung eines Auftrages zu verstehen ist. Auf diesem Wege soll Unternehmen, die wegen ihrer Aufstellung oder Kapazität nicht den gesamten Auftrag ausführen können, eine Chance auf Erhalt zumindest eines Teilauftrages eingeräumt werden. Dieses bisher zumeist als zahnloser Tiger geltende Mittel ist nun verstärkt worden. Die Mittelstandsklausel sieht künftig vor, dass ein Auftrag **grundsätzlich nach Fach- oder Teillosen zu trennen** ist. Eine **Gesamtvergabe** ist nur noch in **Ausnahmefällen** aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen möglich. Welche Maßstäbe an das Vorliegen dieser Ausnahmen gestellt werden, wird die Praxis zu zeigen haben.

Im Rahmen der umfangreichen Veränderungen in der Vergabeverordnung ist insbesondere die Neuregelung der **Informationspflichten** des Auftraggebers erwähnenswert. Auftraggeber erhalten die Chance, den Vertragsschluss zu beschleunigen, indem sie ihrer Informationspflicht gegenüber den Bietern per Fax oder auf elektronischem Wege

nachkommen: Die Wartefrist verkürzt sich sodann von nunmehr 15 (bisher: 14) Tagen auf zehn Tage. Verletzt die Vergabestelle ihre Informationspflichten gegenüber den Bietern, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen und schließt ungeachtet dessen einen Vertrag, so ist dieser bislang nichtig. An die Stelle der Nichtigkeit als Fehlerfolge soll nach § 101 b GWB künftig die **anfängliche Unwirksamkeit** treten. Ein Grund hierfür liegt dann vor, wenn der Auftraggeber entweder die (neu gefassten) Informationspflichten verletzt, oder einen Auftrag "De-facto" vergeben hat. Die Unwirksamkeit ist innerhalb von 30 Tagen ab Kenntnis des Verstoßes, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss im Nachprüfungsverfahren geltend zu machen.

Nach wie vor nicht geklärt ist der vergaberechtliche "Dauerbrenner", wann eine vergaberechtsfreie **In-House-Situation** - Anforderungen an das Kontroll- und Wesentlichkeitskriterium - vorliegt. Der Versuch einer Kodifizierung scheiterte daran, dass der im ursprünglichen Regierungsentwurf gefundene Wortlaut für europarechtswidrig gehalten und daraufhin ersatzlos gestrichen wurde. Es bleibt damit bei den zunehmend strenger werdenden Maßstäben, die der Europäische Gerichtshof (EuGH) hierzu aufstellt (vgl. dazu unser Mandantenrundsreiben September 2008).

Im Mittelpunkt der Diskussionen steht außerdem nach wie vor die Frage der **vergaberechtlichen Behandlung interkommunaler Kooperationen**. Während der ursprüngliche Regierungsentwurf noch eine Regelung dahingehend vorsah, dass

diese nicht dem Vergaberecht und damit der Ausschreibungspflicht unterliegen, schweigt das nun verabschiedete Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts zu diesem Punkt. Es bleibt daher bei den bisher bestehenden Rechtsunsicherheiten in der Behandlung dieses in der Praxis wichtigen Instruments der sog. "horizontalen Kooperationen". Diese kommunale Zusammenarbeit steht in einem bisher nicht geklärten Spannungsfeld: Einerseits wird sie als verwaltungsinterner Organisationsakt gesehen, der als solcher vergaberechtlich zunächst keine Bedeutung hätte. Andererseits kann darin - je nach Ausgestaltung - durchaus ein vergaberechtlich relevanter Beschaffungsvorgang liegen. Da der Gesetzgeber nunmehr von der zunächst geplanten Freistellung interkommunaler Kooperationen vom Vergaberecht abgesehen hat, gelten auch insoweit die restriktiven Maßstäbe des EuGH hierzu fort.

Als Fazit lässt sich festhalten, dass zu einer praxisgerechten Vervollständigung der Vergaberechtsnovelle noch entscheidende Punkte fehlen. Ein weiterer Schritt ist die bereits von dem Deutschen Verdingungsausschuss beschlossene Neufassung der VOB/A und die Aktualisierung der weiteren Verdingungsordnungen (VOL/A und VOF 2009). Dies wiederum wird eine Anpassung der entsprechenden Bezugnahmen in der Vergabeverordnung erforderlich machen. Es bleibt zu hoffen, dass der Praxis nicht weiter Schritt für Schritt eine Vielzahl kleinteiliger Neuerungen zugemutet wird.

Dr. Andreas Lotze

Energierrecht: Mehrerlösabschöpfung von Netzentgelten

Heiß diskutiert wird im Kreis der Netzbetreiber derzeit die Problematik der so genannten Mehrerlösabschöpfung. Dabei geht es um die Berücksichtigung der Differenz zwischen tatsächlich vereinnahmten und erst später genehmigten Netzentgelten. Erstmals hatten Stromnetzbetreiber zum 29.10.2005 sowie Gasnetzbetreiber zum 30.01.2006 einen Netzentgeltgenehmigungsantrag bei der zuständigen Regulierungsbehörde einzureichen. Genehmigt wurden vielfach teils deutlich geringere Netzentgelte als von den Betreibern beantragt. Die Netzbetreiber haben jedoch im Zeitraum zwischen der Antragstellung und der Netzentgeltgenehmigung die beantragten Entgelte bereits in Rechnung gestellt. Eine Klarstellung, was mit den in der Zwischenzeit vereinnahmten Differenzbeträgen – den so genannten **Mehrerlösen** – zu geschehen hat, war damit unabweichlich.

Der BGH hat in zwei Beschlüssen vom 14.08.2008 u. a. entschieden, dass Netzbetreiber die Mehrerlöse nicht endgültig behalten dürfen. Der Ausgleich der entstandenen Mehrerlöse hat nach Ansicht des BGH dadurch zu erfolgen, dass der Netzbetreiber **periodenübergreifend abrechnen** muss. Vereinnahmte Mehrerlöse sind in Folgeperioden entgeltmindernd zu berücksichtigen. Eine Rückabwicklung der tatsächlich gezahlten Netzentgelte schloss der BGH mit dem Argument aus, nach den Regelungen des Energiewirtschaftsgesetzes dürfe ein Netzbetreiber bis zu einer Entscheidung der Regulierungsbehörde zunächst weiter die bisher genehmigten Entgelte abrechnen.

Dem Netzbetreiber werde, so der BGH, hierdurch ein gewisses Maß an **Vertrauensschutz** gewährt. Es werde verhindert, dass sämtliche Rechtsbeziehungen des Netzbetreibers mit den Netznutzern

auf der Grundlage der später genehmigten Preise rückwirkend korrigiert werden müssen. Zwar könne eine in der nächsten Genehmigungsperiode entgeltmindernde Berücksichtigung im Einzelfall zu Ungleichgewichten führen, weil die Lieferbeziehungen zu den einzelnen Netznutzern nicht im selben Umfang auch in der nächsten Planperiode fortbestehen müssen. Diese Unterschiede seien aber hinzunehmen. Insoweit unterscheide sich die Fallgestaltung nicht von anderen Abweichungen, die periodenübergreifend auszugleichen sind.

Auch wenn sich die Beschlüsse des BGH nur auf die **Stromnetzentgeltverordnung** beziehen, ist die Argumentation gleichwohl auf die **Gasnetzentgeltverordnung** und damit auf die Gasnetzbetreiber übertragbar. Fraglich ist jedoch, wie sich die Beschlüsse des BGH konkret auswirken. Die Bundesnetzagentur vertritt die Auffassung, dass eine Abschöpfung der vereinnahmten Mehrerlöse durch eine periodenübergreifende Saldierung bzw. einen kostenmindernden Ansatz bei den Erlösobergrenzen gemäß der Anreizregulierungsverordnung zu erfolgen habe. Die Rückabwicklung im individuellen Verhältnis zwischen Netzbetreiber und Netznutzer lehnt die Behörde hingegen ab. Lediglich in der Vergangenheit, d.h. vor dem 14.08.2008, abgeschlossene Vergleiche mit Netznutzern sollen im Rahmen der Mehrerlösabschöpfung berücksichtigt werden.

In diesem Zusammenhang wird in der Branche heftig diskutiert, ob gleichwohl eine individuelle Abwicklung der vereinnahmten Mehrerlöse zwischen Netzbetreiber und Netznutzer möglich ist. In den letzten Monaten haben sich vermehrt Lieferanten an die Netzbetreiber gewandt und die von ihnen gezahlten überhöhten Netzentgelte zurückerfordert. Die Rückzahlungsansprüche betreffen dabei auch die in den Mehrerlöszeitraum fallenden Forderungen. Da die Netzbetreiber die erzielten Mehrerlöse nicht endgültig behalten dürfen, könnte ein **bereicherungsrechtlicher Anspruch** des Netznutzers nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen bestehen. Wie die Gerichte über einen solchen Anspruch entscheiden werden, ist bislang noch nicht bekannt. Freilich dürften derartige **Rückforderungsprozesse** in keinem angemessenen Verhältnis zum Zeit- und Kostenaufwand stehen, so dass es auch aus diesem Grund für die Netzbetreiber erstrebenswert erschien, entsprechende Prozesse durch eine individuelle Rückabwicklung zu vermeiden.

Entsprechende Zahlungen müssten dann im Rahmen einer **Mehrerlösaldierung** berücksichtigt werden. Allerdings würden Netznutzer, sofern die

Regulierungsbehörden gleichwohl eine Mehrerlösaldierung durchführen, von den durch die Mehrerlösabschöpfung zusätzlich sinkenden Netzentgelten doppelt profitieren, wenn sie das Netz des betreffenden Betreibers weiterhin nutzen. Hierdurch entsteht eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung zwischen den einzelnen Netznutzern. Daneben hat der BGH in seinen Beschlüssen auch dargelegt, dass – sofern eine Genehmigung höherer Höchstbeträge für die Netzentgelte erstrebt wird – eine Nachforderung der höheren Entgelte im individuellen Verhältnis gegenüber den Netznutzern durchgesetzt werden kann. Wenn eine Nachforderung damit im Rahmen der Rückabwicklung möglich sein soll, fragt sich, warum eine freiwillige Rückzahlung überhöhter Netzentgelte ausgeschlossen sein soll.

Aber auch weitere Gründe sprechen in der **Praxis gegen eine Mehrerlösaldierung**. So ist fraglich, ob Netznutzer, die in den Jahren 2005 und 2006 überhöhte Entgelte gezahlt haben, bis 2013 überhaupt von den niedrigeren Netzentgelten profitieren werden. Ist dies zu verneinen, weil sie keine Lieferverhältnisse mehr haben, wäre die Verursachungsgerechtigkeit nicht mehr gewahrt. Daneben gibt es Netzbetreiber, die aufgrund der Entflechtungsvorgaben erst im Jahre 2007 gegründet wurden und nicht Gesamtrechtsnachfolger des vormaligen Netzbetreibers sind. Der „neu“ gegründete Netzbetreiber hat keine Mehrerlöse vereinnahmt. Eine Mehrerlösaldierung gegenüber dem „alten“ Netzbetreiber kommt aber, wenn dieser den Netzbetrieb nicht mehr durchführt, nicht in Betracht. Hier bleibt lediglich eine Rückabwicklung im individuellen Netznutzungsverhältnis.

Die Argumentation der Regulierungsbehörden, eine Rückabwicklung verbiete sich deswegen, weil andernfalls ungewiss sei, ob der Netznutzer, häufig unternehmerisch mit dem Netzbetreiber verbunden, den durch die Rückabwicklung erlangten Vorteil an seine Kunden weitergebe, überzeugt ebenfalls nicht. Auch eine bereits erfolgte Rückzahlung der Netzentgelte an fremde Vertriebe bietet keine Gewähr, dass eine Weitergabe der mehrerlösten Netzentgelte an deren Endkunden erfolgt. Sofern sich der Netzbetreiber für eine (freiwillige) individuelle Rückabwicklung der mehrerlösten Netzentgelte entscheidet, besteht gleichwohl das Risiko, dass die Regulierungsbehörden entsprechende Zahlungen für die Berechnung der künftig anzuwendenden Netzentgelte nicht mildernd berücksichtigen.

Dr. Christian Stenneken / Dr. Hans-Christoph Thomale

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

Aktuelle Veranstaltungshinweise finden Sie laufend auf unserer Homepage: www.aulinger.eu.

Aktuelle Veröffentlichungen von AULINGER Rechtsanwälte:

Dr. Karlheinz Lenkaitis / Stephan Löwisch	„Zur Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr: Ein Plädoyer für eine dogmatische Korrektur“, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), Heft 10/2009, Seite 441 ff.
Dr. Christian Stenneken / Stephanie Feurstein	„Gasspeicher in Deutschland – eine tatsächliche und rechtliche Bestandsaufnahme“, Zeitschrift „et – Energiewirtschaftliche Tagesfragen“, Heft Mai 2009
Dr. Markus Haggenev, Dr. Egon A. Peus, Dr. Achim Tempelmann und Dr. Volker Weinreich haben als Co-Autoren mitgewirkt an einem Kommentar zum Umwandlungsgesetz (Herausgeber: Maulbetsch u.a.), der im Januar 2009 in der Reihe „Heidelberger Kommentare“ des C.F. Müller-Verlages erschienen ist.	

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 Mandantenrundsreiben stehen wir alle Ihnen gern zur Verfügung.

Redaktion: Dr. Andreas Eickhoff / Dr. Markus Haggenev

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 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 Inken Hansen Dr. Marco Krenzer	Büro Essen: "Villa Bredenev" 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 Haggenev Dr. Stefan Mager Dr. Hans-Christoph Thomale Dr. Melanie Verstege
--	---	--	--	--

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