

## Mandanteninformation

September 2007

Inhalt		
<b>Gesellschaftsrecht</b>	Die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs — Eine Fortsetzungsgeschichte	2
<b>Aktienrecht</b>	Zur Beschlussfassung von Aufsichtsräten in „eigenen Angelegenheiten“	3
<b>Personengesellschaftsrecht</b>	Neues vom Bundesgerichtshof zum Bestimmtheitsgrundsatz und zur Ergebnisverwendung	4
<b>Steuerrecht</b>	Spenden und Stiften bereiten jetzt noch mehr Freude	5
<b>Insolvenzrecht</b>	Neues zur Masseschädigung	7
<b>Arbeitsrecht</b>	Unwirksamkeit zahlreicher Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalte in Arbeitsverträgen	8
<b>Vergaberecht</b>	Zur Ausschreibungspflicht von Grundstücksveräußerungen — Neue Herausforderungen für die Baulandentwicklung	9
<b>Vergaberecht</b>	Das „Asemfo“-Urteil des EuGH und Folgerungen für die Ausschreibungspflicht von interkommunaler Zusammenarbeit	11
<b>Telekommunikationsrecht</b>	Umsetzung der Vorgaben des BVerfG zur Ausgleichszahlung bei Inanspruchnahme privater Grundstücke	12
<b>Energierrecht</b>	Gemeinsame Richtlinien der Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder zur Umsetzung der informatrischen Entflechtung	13
<b>Energierrecht</b>	Haftungsregelung in Netzanschluss- und –Anschlussnutzungsverträgen oberhalb der Niederspannung	14
<b>Internationales</b>	Grenzüberschreitende Verschmelzungen nach neuem Umwandlungsrecht	15

### In eigener Sache

**Ein neuer Name:** Seit dem 1. August 2007 ist Rechtsanwalt **Martin Plappert** in unserem Bochumer Büro tätig. Seine Arbeitsschwerpunkte liegen auf den Gebieten des Insolvenz- und Sanierungsrechts, die er gemeinsam mit unserem Partner Dr. Thomas Huesmann bearbeitet.

**Noch ein neuer Name:** Bei aller Arbeit kommt auch das Private nicht zu kurz. Wer früher mit Frau Dr. Melanie Koch zu tun hatte, muss sich im Essener Büro jetzt an einen neuen Namen gewöhnen, nämlich **Frau Dr. Melanie Verstege**. Ansonsten bleibt alles wie bekannt und bewährt. Wir gratulieren zur Hochzeit.

Diese und unsere früheren Mandanteninformationen haben wir für Sie auch in elektronischer Form im Internet bereitgestellt. Von unserer Homepage [www.aulinger.eu](http://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: Die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs — Eine Fortsetzungsgeschichte

Neuer Senatsvorsitzender — neue Rechtsprechung. Wer boshaft ist, könnte mit dieser Bemerkung ein Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 16.07.2007 kommentieren, hat doch der II. Zivilsenat das Konzept, mit dem er die Schädigung von GmbHs durch ihre Gesellschafter jenseits der gesetzlichen Kapitalschutzregeln sanktionieren will, erneut geändert.

Worum geht es? Den Gläubigern einer GmbH haftet nur das Gesellschaftsvermögen. Der Gesellschafter, der seine Einlage ordnungsgemäß leistet, ist von jeglicher Haftung frei. Diese Rechtswohltat für den Gesellschafter kann aber nur gerechtfertigt werden, wenn der Gesellschafter sich aller Eingriffe in die Angelegenheit der GmbH enthält, die dazu führen, dass die Gesellschaft ihren Verpflichtungen gegenüber Gläubigern nicht mehr nachkommen kann. Gesetzlich ist es den Gesellschaftern ausdrücklich verboten, der GmbH Vermögenswerte zu entziehen, wenn dadurch das Nettovermögen der GmbH unter die Stammkapitalziffer fällt. Einigkeit besteht indessen darin, dass der sich aus dem geschriebenen Recht ergebende **Schutz der Gesellschaft** (und damit mittelbar der **Gläubigerschutz**) **unvollkommen** ist, weil eine GmbH auch durch Eingriffe des Gesellschafters, die das Stammkapital nicht angreifen, in die Krise und ins Scheitern getrieben werden kann.

Eine der Fallgruppen, in denen ein Gesellschafter wirtschaftlich für Verbindlichkeiten der GmbH haftbar gemacht werden konnte, stand ursprünglich unter dem Schlagwort „**Autokran**“, ergänzt durch „Video“ und „TBB“. Dahinter stand die Lehre vom „**qualifizierten faktischen Konzern**“. Ausgangspunkt war die Überlegung, dass insbesondere die Belange einer konzernabhängigen GmbH vor Eingriffen ihrer Mehrheitsgesellschafterin besonders geschützt werden müssten. Das herrschende Unternehmen haftete unter bestimmten weiteren Voraussetzungen nach dieser Auffassung dann, wenn es die abhängige Gesellschaft ausschließlich im eigenen Interesse und unter Verletzung der selbständigen Interessen der abhängigen GmbH, leitete.

Die einschlägigen Entscheidungen waren Gegenstand einer intensiv, teilweise erbittert geführten Diskussion im Schrifttum, bis der BGH in mehreren Entscheidungen aus den Jahren 2001 und 2002 unter einem neuen Senatsvorsitzenden vom Konzept des qualifizierten faktischen Konzerns abrückte und — nunmehr ohne Rücksicht auf Konzernverbindungen — bei einem so genannten

„**existenzvernichtenden Eingriff**“ des Gesellschafters in die Belange der GmbH ansetzte. Abgestellt wurde auf die **Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens**, das in erster Linie zur Befriedigung der Gläubiger einzusetzen ist und erst nachrangig an Gesellschafter ausgeschüttet werden darf. Diese Zweckbindung missachtet, wer der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar Vermögenswerte entzieht, die sie zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt.

Rechtsfolge dieses existenzvernichtenden Eingriffs war nach der bisherigen Rechtsprechung, dass dem Gesellschafter versagt wurde, sich auf den Ausschluss seiner persönlichen Haftung zu berufen. Er haftete somit den Gläubigern der Gesellschaft, und zwar im Außenverhältnis. Andererseits war Voraussetzung für die Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff, dass in dem Verhalten des Gesellschafters nicht schon ein Verstoß gegen die geschriebenen Kapitalerhaltungsregeln lag. Im letztgenannten Fall blieb es bei einer Haftung gegenüber der Gesellschaft selbst. Einzelheiten dazu finden Sie in der Ausgabe Nr. 2/2005 unseres Mandantenrundschreibens.

Nun hat der Vorsitz des II. Zivilsenats erneut gewechselt, und mit der eingangs genannten Entscheidung ändert der BGH seine Rechtsprechung erneut. Nach dem aktuellen Haftungsmodell bleibt es zwar begrifflich beim „existenzvernichtenden Eingriff“. Diese Rechtsfigur ordnet das Gericht aber nicht mehr dem Gesellschaftsrecht zu, sondern dem **allgemeinen Zivilrecht**, und zwar dem Rechtsinstitut der **sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung**. Es geht damit nicht mehr um die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Gesellschafter sein Haftungsprivileg Dritten gegenüber verliert, sondern um eine Schadensersatzpflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft selbst.

Das hat Konsequenzen, die auch offen ausgesprochen werden. Zunächst vermag das neue Konzept **keine Außenhaftung** des Gesellschafters **mehr** zu begründen. Existenzvernichtende Eingriffe führen vielmehr zu Ansprüchen der GmbH selbst, die im Insolvenzfall vom Verwalter geltend gemacht und in masselosen Insolvenzen vom Gläubiger gepfändet werden müssen. Zweite Konsequenz der neuen Rechtsprechung ist, dass nur vorsätzliche Eingriffe in die Belange der GmbH sanktioniert werden. Allerdings reicht **bedingter Vorsatz**. Es genügt also, dass der Gesellschafter erkennt und billigend in Kauf nimmt, dass die Gesellschaft infolge seines Eingriffs vor-

aussichtlich dauerhaft nicht mehr in der Lage ist, ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen. Die dritte Änderung des Haftungskonzepts betrifft das Verhältnis des existenzvernichtenden Eingriffs zu den allgemeinen Kapitalschutzregeln. Ein existenzvernichtender Eingriff wird künftig nicht mehr dadurch ausgeschlossen, dass gleichzeitig ein Verstoß gegen die Kapitalschutzregeln vorliegt. Künftig haben wir es in solchen Fällen mit einem einheitlichen Anspruch zu tun, der ggf. auf **mehrere Anspruchsgrundlagen** gestützt werden kann.

Die auf der Rechtsfigur der „qualifizierten faktischen Konzerns“ aufbauenden Urteile hatten in den 1990er Jahren für viel Unruhe gesorgt. Befürchtet wurde, dass die Haftungsrisiken für GmbH-Gesellschafter auf der Grundlage dieses Konzepts letztlich nicht mehr beherrschbar sein

würden. Mit der Abkehr vom qualifizierten faktischen Konzern und der Hinwendung zur Existenzvernichtungshaftung hat der BGH schon seit 2001 diesen Befürchtungen weitgehend den Boden entzogen. Welche praktische Bedeutung das neue Haftungskonzept des BGH hat, bleibt abzuwarten. Bemerkenswert ist immerhin, dass die referierte Entscheidung des BGH im Ergebnis auch nicht anders ausgefallen wäre, wenn der Senat an seinem bisherigen Haftungskonzept festgehalten hätte. Dringend zu wünschen ist jedenfalls, dass jetzt Ruhe einkehrt, so dass die Praxis Rechtssicherheit hat und nicht wie gelegentlich bisher ihre Entscheidungen von der Auslegung teils orakelhafter Beiträge aus Literatur und Rechtsprechung abhängig machen muss.

*Dr. Andreas Eickhoff*

## Aktienrecht: Zur Beschlussfassung von Aufsichtsräten in „eigenen Angelegenheiten“

Der Bundesgerichtshof hat am 02.04.2007 eine für die Praxis mittelständischer Aktiengesellschaften außerordentlich hilfreiche und sinnvolle Entscheidung getroffen. Sie sichert die Handlungsfähigkeit eines Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft ab, der nur aus drei Mitgliedern besteht.

Eine Aktiengesellschaft muss einen mindestens aus **drei Mitgliedern** bestehenden Aufsichtsrat bilden. Zwar kann eine höhere Zahl von Mitgliedern eines Aufsichtsrats festgesetzt werden, die aber durch drei teilbar sein muss. Diese Anordnung versteht sich nur vor dem gedanklichen Hintergrund der Drittelnorm, bei der die Arbeitnehmerseite ein Drittel der Mitglieder des Aufsichtsrats stellt. Das Gesetz gilt indessen pauschal für alle Aktiengesellschaften.

Setzt sich das Aufsichtsorgan, was bei kleineren und vor allem bei familienbezogenen Aktiengesellschaften der praktische Regelfall sein dürfte, nur aus drei Mitgliedern zusammen, ist allerdings zu beachten, dass Beschlüsse des Aufsichtsrats in jedem Fall die **Teilnahme von „mindestens drei Mitgliedern an der Beschlussfassung“** nach zwingender gesetzlicher Regelung voraussetzen. Dabei bleibt es – auch nach dem BGH-Urteil – müssen an jedem Beschluss also **sämtliche Mitglieder** eines Aufsichtsrats, der überhaupt nur aus drei Mitgliedern besteht, mitwirken.

Damit stellt sich das folgende Problem: Dienst- und bestimmte andere Verträge zwischen der Aktiengesellschaft einerseits und einem Aufsichtsratsmitglied andererseits bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Aufsichtsrats. Sol-

che Konstellationen kommen bei Aufsichtsratsmitgliedern, erst recht auch bei mittelständischen Gesellschaften und Familienunternehmen, nicht selten vor. Es können gute Gründe bestehen, mit Aufsichtsratsmitgliedern entgeltpflichtige Leistungsverträge zu schließen, etwa zur Finanzierungsvermittlung, unternehmerischen Beratung, Steuerberatung, Architekturleistungen und vielerlei mehr.

Nun allerdings herrschte das Dilemma, dass das betreffende Aufsichtsratsmitglied in diesen Angelegenheiten **nicht stimmberechtigt** war. Hier wirkt sich der allgemeine Grundsatz aus, dass der Vertreter einer juristischen Person dann nicht zur Abstimmung und Mitwirkung zugelassen ist, wenn es um Verträge mit ihm selbst geht. Vielfach wurde angenommen, deswegen könne die zur Beschlussfähigkeit erforderliche Zahl von drei Mitwirkenden nicht zustande kommen, so dass der Aufsichtsrat überhaupt nicht über solche Verträge wirksam beschließen könne. Deswegen gleich sechs Aufsichtsratsmitglieder satzungsmäßig vorzusehen, wurde zu Recht als völlig übertriebene Aufblähung des Aufsichtsrates gesehen. Ebenfalls wenig passend erscheint es, in solchen Konstellationen durch Entscheidung des Amtsgerichts eine „Notbestellung“ für das verhinderte Aufsichtsratsmitglied zu erwirken.

Der Bundesgerichtshof hat nun „geholfen“ und für richtig erklärt: Das „betroffene“ Aufsichtsratsmitglied darf an der Abstimmung „teilnehmen“, muss sich aber der Stimme **enthalten**. Gleichwohl wird das so „teilnehmende“ Aufsichtsratsmitglied bei der gesetzlich erforderlichen Mindestzahl derer,

die an der Beschlussfassung teilnehmen, mitgezählt.

Dies dürfte für die nach § 115 AktG ebenfalls einer Zustimmung des Aufsichtsrats unterliegenden Kreditgeschäfte mit Aufsichtsratsmitgliedern, mit deren Familienangehörigen und von diesen beeinflussten Unternehmen ebenso anzuwenden sein. Denn darauf ist bei Aktiengesellschaften in besonderer Weise zu achten: Querfinanzierungen

etwa von Gesellschaftern (die ja oft auch Aufsichtsratsmitglieder sind) und verschiedenen gruppenangehörigen Gesellschaften sind, soweit es die Kreditgewährung durch Aktiengesellschaften angeht, den außerordentlich scharfen und formalistisch penibel zu beachtenden Beschränkungen nach § 115 AktG unterworfen.

*Dr. Egon Peus*

## Personengesellschaftsrecht: Neues vom Bundesgerichtshof zum Bestimmtheitsgrundsatz und zur Ergebnisverwendung

**GmbH** und (**GmbH & Co.**) **KG** werden häufig als austauschbare Gestaltungsmöglichkeiten angesehen. Das trifft im Grundsatz auch zu: Beide Rechtsformen ermöglichen sowohl die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen als auch die individuelle Gestaltung des Gesellschaftsvertrages nach den Bedürfnissen und Wünschen der Beteiligten. Die Wahl der Rechtsform wird regelmäßig nur von steuerlichen Überlegungen abhängig gemacht.

Zivilrechtlich bestehen jedoch erhebliche Unterschiede zwischen der GmbH und der KG. Das gilt insbesondere bei der Abgrenzung der **Kompetenzen**, die die **Geschäftsführung** einerseits und die **Gesellschafter** andererseits haben. Es gilt aber auch für die Frage, inwieweit im Gesellschafterkreis **Mehrheitsentscheidungen** zulässig sind. Im Ausgangspunkt bestehen sehr unterschiedliche Regelungskonzepte. Für die **GmbH** gilt: Die Geschäftsführer führen das Tagesgeschäft zwar in der Regel selbständig. Die Gesellschafterversammlung ist aber jederzeit berechtigt, den Geschäftsführern **Weisungen**, auch Einzelweisungen zu erteilen. Beschlüsse der Gesellschafter wiederum werden grundsätzlich mit Mehrheit nach Kapitalanteilen gefasst. In der Regel genügt die einfache Mehrheit; nur für Änderungen des Gesellschaftsvertrages und vergleichbare Maßnahmen ist eine Dreiviertelmehrheit erforderlich.

Ganz **anders bei der KG**: Der persönlich haftende Gesellschafter (bei der GmbH & Co. KG also die GmbH, vertreten durch ihre Geschäftsführer) führt das **laufende Geschäft** allein. Der einzelne Kommanditist hat kein Widerspruchsrecht; geschweige denn ist die Geschäftsführung an Weisungen der Gesellschafter gebunden. Geht es aber um **außergewöhnliche Geschäfte**, so kehren sich die Verhältnisse um. Die **Gesellschafter** sind originär zuständig, und sie müssen in diesen Fällen nach dem Gesetz einstimmig handeln. Selbst gering beteiligte Gesellschafter können da-

mit Maßnahmen außerhalb des Tagesgeschäfts blockieren.

Die gesetzliche Ausgangslage in der KG entspricht in den seltensten Fällen den Interessen der Gesellschafter. Sie wollen eine Gestaltung, die die Verhältnisse in der KG denen in der GmbH annähert. Abweichende vertragliche Gestaltungen sind auch durchaus zulässig. Die Rechtsprechung stellt jedoch besondere Anforderungen. Insbesondere reicht eine allgemeine Formulierung im Gesellschaftsvertrag, die Gesellschafter entschieden über alle Angelegenheiten der KG mit Mehrheit, nach überlieferter Ansicht nicht aus. Dem stand der so genannte **Bestimmtheitsgrundsatz** entgegen, der besagt, dass im Bereich so genannter Grundlagengeschäfte Mehrheitsentscheidungen für den konkret in Rede stehenden Beschlussgegenstand im Gesellschaftsvertrag eindeutig zugelassen sein müssen. War danach ein Geschäft als **Grundlagengeschäft** identifiziert, gehörte eine entsprechende Mehrheitsklausel in den Gesellschaftsvertrag. Das führte zu teils durchaus unübersichtlichen Beschlusskatalogen in Gesellschaftsverträgen und zu einer Art Wettlauf zwischen den Verfassern solcher Kataloge und den „Erfindern“ neuer Grundlagengeschäfte.

Das letzte wesentliche Grundlagengeschäft, das die Rechtsprechung auf diese Weise „erfunden“ hatte, gehört in den Zusammenhang des **Jahresabschlusses**. In einem Urteil aus dem Jahre 1996 hatte der Bundesgerichtshof (BGH) Entscheidungen, die zwar bei der Aufstellung des Jahresabschlusses getroffen werden, in der Sache aber Ergebnisverwendung sind, den Grundlagengeschäften zugeordnet und damit der Kompetenz der Gesellschafter zugewiesen. Dazu rechnet nicht nur die Bildung offener Rücklagen, sondern auch die Vornahme von Ermessensabschreibungen nach § 253 Abs. 4 HGB, die Bildung von Aufwandsrückstellungen nach § 249 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 HGB und die Inanspruch-

nahme steuerlicher Sonderabschreibungen. Folge war, dass einfache Mehrheitsklauseln die Feststellung des Jahresabschlusses nicht mehr abdeckten, dass ohne eine ausdrückliche Mehrheitsklausel einzelne Kommanditisten die Feststellung des Jahresabschlusses blockieren konnten und dass die Gesellschaftsverträge geändert werden mussten.

In einem Urteil vom 15.01.2007 hat der BGH nun mindestens teilweise eine Kehrtwendung vollzogen. Im Ansatz unterscheidet das Gericht allerdings weiterhin zwischen Maßnahmen der gewöhnlichen Geschäftsführung, die dem Komplementär zugewiesen sind, und Grundlagengeschäften, die den Gesellschaftern vorbehalten bleiben. Im Bereich der Grundlagengeschäfte differenziert der BGH aber nunmehr: Soweit Grundlagengeschäfte die **laufende Verwaltung** der Gesellschaft betreffen, reicht es nach dieser Entscheidung aus, wenn der Gesellschaftsvertrag eine „allgemeine Mehrheitsklausel“ enthält. Sie macht zwar einen Beschluss der Gesellschafter nicht entbehrlich, ermöglicht aber Mehrheitsentscheidungen, auch ohne dass jeder einzelne Beschlussgegenstand minutiös im Gesellschaftsvertrag bezeichnet ist. Von diesen „Grundlagengeschäften der laufenden Verwaltung“ unterscheidet das Gericht Maßnahmen, die in den **Bestand des Gesellschaftsverhältnisses** eingreifen, wie insbesondere Änderungen des Gesellschaftsvertrages, Umwandlungen, Einforderung von Nachschüssen und ähnliche Angelegenheiten. In diesem Bereich gilt der Bestimmtheitsgrundsatz weiterhin, d.h. kann nicht ohne besondere Bestimmung im Gesellschaftsvertrag mehrheitlich gegen den Willen einzelner Gesellschafter entschieden werden.

Auch die Feststellung des Jahresabschlusses rechnet der BGH jetzt der laufenden Verwaltung zu. Insoweit ist er von seiner Entscheidung aus dem Jahre 1996 abgerückt. Für die Feststellung des Jahresabschlusses genügt insoweit künftig also auch eine „einfache“ Mehrheitsklausel im Gesellschaftsvertrag. **Offen gelassen** hat der BGH demgegenüber die Frage, ob „einfache“

Mehrheitsklauseln auch Entscheidungen über die **Ergebnisverwendung** und über solche Maßnahmen abdecken, die „der Sache nach“ Ergebnisverwendung sind. Man wird wohl davon ausgehen müssen, dass die Entscheidung über die Ergebnisverwendung weiterhin als Grundlagengeschäft anzusehen ist. Denn der Gewinnanspruch gehört zum Kernbereich der Mitgliedschaft. Deswegen kann eine Mehrheit über den Gewinnanspruch nur disponieren, wenn und soweit der Gesellschaftsvertrag das ausdrücklich zulässt. Die Bildung offener Rücklagen aufgrund Mehrheitsbeschlusses bedarf also weiterhin der Zulassung im Gesellschaftsvertrag. Hinsichtlich der anderen angesprochenen Bilanzierungsentscheidungen dürfte es im Ergebnis anders liegen; bis zu einer endgültigen Klärung empfehlen sich gleichwohl klarstellende vertragliche Regelungen.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist grundsätzlich **zu begrüßen**. Exzessive Beschlusskataloge in Gesellschaftsverträgen sind eine Übertreibung. Einzelne Gesellschafter haben regelmäßig kein schutzwürdiges Bedürfnis, Mehrheitsentscheidungen allein unter Berufung auf Formalien blockieren zu können. Materiell unangemessene Eingriffe in ihre Rechtsposition können auch ohne den Rückgriff auf den Bestimmtheitsgrundsatz verhindert werden. Denn selbstverständlich gibt das neue Urteil einer Mehrheit keineswegs einen Freibrief, von der Mehrheitsmacht schrankenlos in ihrem eigenen Interesse und zu Lasten einer Minderheit Gebrauch zu machen. Gegen Missbräuche schützen namentlich die gesellschaftsrechtlichen **Treubindungen**, deren Geltung selbstverständlich nicht von der Reichweite des Bestimmtheitsgrundsatzes abhängt. Bedauerlich an der Entscheidung ist allenfalls, dass der BGH die für die Praxis wichtigen Fragen im Zusammenhang mit der Ergebnisverwendung offen lassen konnte und offen gelassen hat. Zu wünschen ist, dass bald Gelegenheit zu einer höchstrichterlichen Klärung auch insoweit besteht.

*Dr. Andreas Eickhoff*

## Steuerrecht: Spenden und Stiften bereiten jetzt noch mehr Freude

Der Bundestag hat am 6. Juli 2007 das „Gesetz zur weiteren Stärkung bürgerschaftlichen Engagements“ beschlossen, vorbehaltlich der Zustimmung des Bundesrates, die im September erwartet wird.

Der Katalog der steuerlich begünstigten **gemeinnützigen** Zwecke wurde erweitert. Auf Einzelheiten kann hier freilich aus Platzgründen nicht ein-

gegangen werden. Wie bisher ist förderungswürdig ein bunter Strauß von Aktivitäten. Gleichermassen förderungswürdig sind etwa die Religion, die Bekämpfung von Tierseuchen, der Hochwasserschutz, die Verbraucherberatung, der Schachsport, karnevalistisches Treiben sowie Amateursport. Alle genannten und viele weitere Zwecke mögen nichts gemeinsam haben mit einer Aus-

nahme: Es kann steuerbegünstigt gestiftet oder gespendet werden.

Die genaue Formulierung ist der gesetzlichen Neu-Regelung zu entnehmen (§ 52 Abs. 2 S. 1 Abgabenordnung – AO –). Die Finanzverwaltung plant, zu Abgrenzungsfragen noch Stellung zu nehmen.

Außerdem hat der Gesetzgeber eine **Anpassungsklausel** eingefügt (§ 52 Abs. 2 S. 2 und 3 AO): Sofern der von der Körperschaft verfolgte Zweck nicht unter den vorgenannten Katalog fällt, aber die Allgemeinheit auf materiellem, geistigen oder sittlichen Gebiet entsprechend selbstlos gefördert wird, kann dieser Zweck für gemeinnützig

erklärt werden. Die Länder-Finanzbehörden haben jeweils eine Finanzbehörde im Sinne des Finanzverwaltungsgesetzes zu bestimmen, die für derartige Entscheidungen zuständig ist. Durch diese Ermächtigung soll eine Anpassung an gesellschaftliche Veränderungen ohne Gesetzesänderung möglich werden.

Die Definition der steuerlich begünstigten **mildtätigen** und **kirchlichen** Zwecke (§§ 53, 54 AO) blieb unverändert.

Die steuerlich berücksichtigungsfähigen Spenden und Zuführungen in den Vermögensstock einer Stiftung sind wesentlich verbessert worden. Das zeigt folgende Gegenüberstellung der Regelungen in § 10 b EStG:

Allgemeiner Spendenabzug als	Bisherige Rechtslage	Neue Rechtslage
<b>Sonderausgabe:</b> (abziehbar vom Gesamtbetrag der Einkünfte)	5 % oder 10 %	einheitlich 20 %
altern.: <b>Betriebsausgabe:</b>	2 ‰ der Umsätze und der Löhne und Gehälter	4 ‰ der Umsätze und der Löhne und Gehälter
<b>Zuwendung in Vermögensstock von Stiftungen</b>	307.000 Euro nur bei Neugründung einer Stiftung	1 Mio. Euro Auch für spätere Zustiftungen
<b>zusätzlich zum allgemeinen Spendenabzug</b>	Ja	Ja
<b>Rück-Vortrag bei Großspenden an Stiftungen</b>	1 Jahr Rücktrag; 5 Jahre Vortrag	kein Rücktrag; unbegrenzter Vortrag
<b>Mehrfacher Steuervorteil alle 10 Jahre neu</b>	Ja	Ja
<b>Ehepartner</b>	Verdoppelung also 614.000 Euro	Verdoppelung also 2 Mio. Euro
Bei Ehepartnern ist streitig, ob abzugsberechtigt nur der Ehepartner ist, der die Zuwendung an die Stiftung selbst geleistet hat (so die Finanzverwaltung), oder ob unerheblich ist, aus wessen Vermögen die Zuwendung erbracht wurde (so der Bundesfinanzhof in einem neueren Urteil).		

Die Gesetzesänderung gilt bereits für das ganze Jahr 2007. Die Steuerpflichtigen können wählen, ob sie für 2007 noch das alte Recht in Anspruch nehmen mit der letztmaligen Möglichkeit, Zuführungen in das Vermögen einer neu gegründeten Stiftung von 2007 noch 2006 steuerlich zurückwirken zu lassen.

Die deutlich verbesserten steuerlichen Anreize werden insbesondere dem Stiftungsgedanken in Deutschland einen kräftigen Schub verleihen.

Wer sich mit dem Gedanken an die Errichtung einer steuerbegünstigten Stiftung trägt, hat zwei Möglichkeiten: Er kann die Stiftung zu Lebzeiten oder erst für seinen Erbfall (durch Testament/Erbsvertrag) errichten. In beiden Fällen ist bei richtiger

Gestaltung die Stiftung von der Schenkung- bzw. Erbschaftsteuer befreit. Die zu Ziffer 2 dargestellten einkommensteuerlichen Vorteile können jedoch nur bei lebzeitiger Gründung der Stiftung realisiert werden.

Erich Kästner hat einmal gesagt:

„Es gibt nichts Gutes,  
außer man tut es!“

*Dr. Leonhard Aulinger*

## Insolvenzrecht: Neues zur Masseschädigung

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes (BGH) hat mit drei neuen Aufsehen erregenden Urteilen vom 05.02.2007, vom 26.03.2007 und 14.05.2007 den Inhalt der Regelungen zur **Haftung von Geschäftsführern** / Vorständen einer Gesellschaft (GmbH / GmbH & Co. KG / Aktiengesellschaft) konkretisiert. Die Entscheidungen beinhalten einerseits längst überfällige Auflösungen von kollidierenden Regelungen zur persönlichen Haftung / Strafbarkeit von Geschäftsführern, andererseits auch problematische Haftungsverschärfungen.

Gemäß §§ 64 GmbHG / 92 AktG ist der organchaftliche Vertreter der Gesellschaft (GmbH, GmbH & Co. KG, AG) zum **Ersatz von Zahlungen** verpflichtet, die nach Eintritt der **Zahlungsunfähigkeit** der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer **Überschuldung** (Insolvenzreife) geleistet werden. Dies gilt nicht für Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind (Masseerhaltungspflicht). In diesem Zusammenhang hat der BGH in seiner Entscheidung vom 05.02.2007 zunächst klar gestellt, dass die Ersatzpflicht den **vollen Betrag trotz Insolvenzreife geleisteter Zahlungen** erfasst. Hier war häufig eingewandt worden, dem Vertreter einer Gesellschaft müsse zumindest die – ohnehin häufig geringe – fiktive Insolvenzquote des durch die Zahlung bevorteilten Gläubigers haftungsmindernd zugute kommen. Dem hat der BGH nun eine deutliche Absage erteilt.

Wichtiger sind aber die inhaltlichen Konkretisierungen der Ersatzpflicht. Die vorgenannte Regelung betrifft nicht nur unmittelbare Zahlungen in Form von Barzahlungen und/oder Überweisungen. Vielmehr hat die Rechtsprechung bereits in der Vergangenheit auch die Einreichung von **Schecks** auf einem **debitorisch geführten Bankkonto** durch den Geschäftsführer als Masseschädigung bewertet.

Mit seiner Entscheidung vom 26.03.2007 hat der BGH nunmehr einen Verstoß gegen die Masseerhaltungspflicht auch für den Fall bejaht, dass der Geschäftsführer **Kundenzahlungen** nach Eintritt der Insolvenzreife auf ein debitorisch geführtes Bankkonto der Gesellschaft lediglich **geduldet**

hat. Im entschiedenen Fall hatten Kunden nach Eintritt der Insolvenzreife auf das debitorisch geführte Bankkonto bei der Hausbank der Gesellschaft gezahlt. Der BGH fordert in diesem Fall, dass der Geschäftsführer unverzüglich ein neues kreditorisch geführtes Konto bei einer anderen Bank eröffnet und den aktuellen Gesellschafter-schuldnern die geänderte Bankverbindung unverzüglich bekannt gibt. Geschieht dies nicht, haftet er wegen Masseschädigung auch dann für Zahlungen, die auf dem debitorisch geführten Konto eingehen, wenn die Bank zukünftig Verfügungen zulasten des Kontos zulässt. Der Vertreter kann sich nicht mit der Argumentation exkulpieren, dass die Bank aus dem debitorisch geführten Konto in der Folgezeit weitere Abverfügungen zugelassen hat.

Die Entscheidung ist problematisch. Denn sie erschwert es, den nach Eintritt der Insolvenzreife vom BGH für aussichtsreiche Sanierungsmaßnahmen zugestandenen Drei-Wochen-Zeitraum zu nutzen, da ein Umlenken der Zahlungseingänge vom Konto der Hausbank regelmäßig von dieser als „unfreundlicher Akt“ bewertet wird.

Neben dieser für den Geschäftsführer nachteiligen Verschärfung der Haftung hat der II. Zivilsenat des BGH mit seiner weiteren Entscheidung vom 14.05.2007 endlich mit einem lange die Praxis erschwerenden Problem aufgeräumt, dabei allerdings viele Folgefragen offen gelassen. Gemäß der neuen Entscheidung der BGH handelt ein organchaftlicher Vertreter mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters und ist **nicht** nach §§ 92 Abs. 3 AktG / 64 Abs. 2 GmbHG der Gesellschaft gegenüber **erstattungspflichtig**, wenn er bei Insolvenzreife der Gesellschaft den sozial- oder steuerrechtlichen Normbefehlen folgend **Arbeitnehmeranteile** der **Sozialversicherung** oder **Lohnsteuer** abführt.

Die genannte Entscheidung stellt eine Abkehr von der früheren Rechtsprechung des II. Zivilsenats dar, der regelmäßig eine Masseschädigung und damit eine persönliche Haftung des Geschäftsführers bejahte, wenn dieser Sozialversicherungsbeiträge (Arbeitnehmeranteil) und Lohnsteuer nach Eintritt der Insolvenzreife zahlte. Diese alte und

zunehmende aufgegebenen Rechtsprechung war problematisch, da der Geschäftsführer sich bei Nichtabführung der Sozialversicherungsbeiträge (Arbeitnehmeranteil) gemäß § 266 a StGB strafbar machte und zudem im Hinblick auf nicht abgeführte Sozialversicherungsbeiträge (Arbeitnehmeranteil) und nicht abgeführte Lohnsteuer persönlich in vollem Umfang haftete.

Der Geschäftsführer vermochte daher nur zwischen „Pest und Cholera“ zu wählen. Die Praxis hatte sich auf diese Problematik eingestellt und wusste die Haftungsrisiken des organschaftlichen Vertreters in dieser Situation deutlich zu reduzieren. Dennoch tappten viele organschaftliche Vertreter in die Haftungsfalle.

Daher ist die nunmehr klarstellende Rechtsprechung als längst überfällig zu begrüßen. Ungeklärt bleiben aber Fragen zu weiteren Haftungskollisionsfällen wie der Problematik um die Abführung von **Arbeitgeberanteilen** zur Sozialversicherung und insbesondere der **Umsatzsteuer** sowie weiteren Steuern, deren Nichtabführung in Abhängigkeit von den jeweiligen Fallgestaltungen auch zur persönlichen Haftung der Vertreter führen können. Diese Fälle sind bisher vom BGH nicht entschieden worden. Insoweit kann nur darüber spekuliert werden, ob der BGH, der mit der vorgenannten Entscheidung auf dem richtigen Wege ist, auch diese weiteren Normenkollisionen auflöst.

*Dr. Thomas Huesmann*

## **Arbeitsrecht: Unwirksamkeit zahlreicher Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalte in Arbeitsverträgen**

Bei Vereinbarung der Vergütung haben Arbeitgeber oftmals das Bedürfnis, der Ungewissheit der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens und der allgemeinen Entwicklung der Arbeitsverhältnisse dadurch Rechnung zu tragen, dass bestimmte Leistungen flexibel ausgestaltet werden und einseitig wieder entzogen werden können. Die Rechtsprechung hat solchen Flexibilisierungsversuchen vermehrt Grenzen gesetzt, da seit 01.01.2002 aufgrund des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes das Recht der **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** auch im Arbeitsrecht Anwendung findet.

Üblich waren in der Vergangenheit **Widerrufsvorbehalte**, mit denen der Arbeitgeber sich den Widerruf einer von ihm zugesagten Sonderzahlung oder einer sonstigen Leistung offen hielt. Schon immer prüfte die Rechtsprechung die Ausübung dieses Widerrufsrechtes an dem **Maßstab billigen Ermessens**. Für Widerrufsvorbehalte, die allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen – und dies ist nahezu ausnahmslos der Fall –, hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) mit Urteil vom 11.10.2006 entschieden, dass **Voraussetzungen und Umfang der vorbehaltenen Änderungen vertraglich konkretisiert** werden müssen. Zudem darf der Vorbehalt den Arbeitnehmer nicht unangemessen benachteiligen. Daher müsse im Anstellungsvertrag zumindest die Richtung angegeben werden, aus der der Widerruf möglich sein soll (z.B. wirtschaftliche Gründe, Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers), und auch der Grad der Störung (wirtschaftliche Notlage, negatives wirtschaftliches Ergebnis der Abteilung, nicht ausreichender Gewinn, Nichterreichen der Erwartun-

gen, unterdurchschnittliche Leistungen etc.). Darüber hinaus darf der widerrufliche Teil **25 Prozent des Gesamtverdienstes** nicht übersteigen, der verbleibende Verdienst darf den Tariflohn nicht unterschreiten. Sind Zahlungen widerruflich, die nicht eine unmittelbare Gegenleistung für die Arbeitsleistung darstellen (z.B. Aufwendersatz, den an sich der Arbeitnehmer selbst tragen müsste), erhöht sich der widerrufliche Teil auf bis zu 30 Prozent des Gesamtverdienstes. **Bei Altverträgen**, die vor dem 01.01.2002 abgeschlossen wurden, lässt das BAG eine **ergänzende Vertragsauslegung zu**, so dass auch ohne die Vereinbarung konkreter Widerrufsvorbehalte im Falle wirtschaftlicher Verluste ein Widerruf möglich ist, wenn das zulässige Volumen nicht überschritten wird.

Ein Ausweichen auf die so genannten **Freiwilligkeitsvorbehalte**, das nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes häufig empfohlen wurde, ist nach einem aktuellen Urteil des BAG nicht mehr möglich. Wird eine Zahlung im Vertrag als „freiwillige Leistung ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“ zugesagt, verhindert dies anders als bei den Widerrufsvorbehalten von vorneherein die Entstehung eines Anspruches, so dass auch ein Widerruf nicht erforderlich sein sollte. Im Falle einer freiwilligen monatlichen Leistungszulage hat das BAG mit Urteil vom 25.04.2007 entschieden, dass ein **Freiwilligkeitsvorbehalt unabhängig vom Umfang der zugesagten Leistungen unwirksam** sei, so dass der Arbeitnehmer einen einklagbaren Anspruch auf die Leistung hat. Die Möglichkeit, eine zugesagte Zahlung grundlos einzustellen, beeinträchtigt die



Interessen des Arbeitnehmers grundlegend und unangemessen entgegen den Geboten von Treu und Glauben. Solche Freiwilligkeitsvorbehalte seien nach Auffassung des BAG auch nicht durch die Besonderheiten des Arbeitsrechts gerechtfertigt. Dabei bleibt allerdings offen, ob das BAG seine Entscheidung ausschließlich auf monatliche Zahlungen beschränkt und insbesondere bei Sondervergütungen wie Weihnachtsgeld und andern Gratifikationen, bei denen es in der Vergangenheit Freiwilligkeitsvorbehalte anerkannt hatte, diese auch weiterhin zulassen wird.

Solange dies nicht höchstrichterlich entschieden ist, sollte **von jeglichen Freiwilligkeitsvorbehalten Abstand genommen** werden. Möchte sich der Arbeitgeber nicht für die Zukunft binden, sollte er eine vertragliche Zusage ganz unterlassen. Eine über das Grundgehalt hinausgehende Leistung kann durch Betriebsvereinbarung für das je-

weilige Jahr gewährt werden. Bei individuellen Zusagen an einzelne Mitarbeiter ist darauf zu achten, **die Entstehung einer betrieblichen Übung auszuschließen**, indem ausdrücklich vor der Leistung auf ihre Einmaligkeit und die Geltung der Zusage nur für das jeweilige Jahr hingewiesen wird. Erwartet der Arbeitnehmer eine Regelung im Arbeitsvertrag, empfiehlt es sich, einen Widerrufsvorbehalt zu vereinbaren, wobei die oben dargestellten formellen Anforderungen und wirtschaftlichen Grenzen zu beachten sind. Darüber hinaus sollte bei monatlichen Zulagen ein Vorbehalt der Anrechnung auf künftige Tariflohnerhöhungen nicht fehlen. Bei bestehenden Verträgen dagegen bleibt nur der Versuch, eine Änderungsvereinbarung zu treffen, wenn die ergänzende Vertragsauslegung nicht weiterhilft.

*Inken Hansen*

## **Vergaberecht: Zur Ausschreibungspflichtigkeit von Grundstücksveräußerungen – Neue Herausforderungen für die Baulandentwicklung**

Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand waren – auch im Zusammenhang mit städtebaulichen Verträgen – nach herkömmlichem Verständnis und bisher geübter Praxis mangels Beschaffungscharakters nicht vergaberechtlich ausschreibungspflichtig. Im Anschluss an den „Fliegerhorst Ahlhorn“-Beschluss des OLG Düsseldorf vom 13.06.2007 darf bezweifelt werden, ob diese These noch Gültigkeit beanspruchen kann.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt ging es um die Veräußerung des im Eigentum des Bundes stehenden Militärflugfeldgeländes des ehemaligen Fliegerhorstes Ahlhorn bei Oldenburg. Die Gemeinde, in deren Gebiet das Gelände liegt, Landkreis und Bund suchten mit Blick auf die Stärkung des lokalen Wirtschaftsstandortes und zur nachhaltigen Schaffung von Arbeitsplätzen Investoren, die das Gelände erwerben, bebauen und fortentwickeln sollten. Nachdem man sich auf Veräußererseite für Konzepte mit einer gewerblich-fliegerischen Nutzung entschieden hatte, entschloss sich der Bund in enger Abstimmung mit der Kommune, nur noch mit einem Unternehmen als sog. „preferred bidder“ Verhandlungen zu führen.

Diese Entscheidung wurde von einem der nicht berücksichtigten Interessenten im Wege eines Nachprüfungsantrags vor der Vergabekammer des Bundes (VK Bund) angegriffen. Während die VK Bund ein Vergabenachprüfungsverfahren mit der Begründung für unzulässig hielt, der geplante Kaufvertrag beinhalte keinen öffentlichen Bauauf-

trag, hat das in der zweiten Instanz mit der Sache befasste OLG Düsseldorf den Nachprüfungsantrag für begründet erachtet und dem Bund eine vollständige Wiederholung des Vergabeverfahrens einschließlich einer ordnungsgemäßen Bekanntmachung aufgegeben.

Dabei gelangt das Gericht – insbesondere unter Berufung auf die Rechtsprechung des EuGH – zu dem Ergebnis, dass es sich bei dem angestrebten Vertragsschluss um einen nach den Vorschriften des Kartellvergaberechts ausschreibungspflichtigen Bauauftrag handelt, und zwar in Gestalt einer „**Baukonzession**“. Nach Art. 1 Abs. 3 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG (VKR) sind Baukonzessionen Verträge, die von öffentlichen Bauaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung des öffentlichen Auftraggebers für die Bauleistung ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Schon bislang war unstrittig, dass Baukonzessionen in richtlinienkonformer Auslegung als Bauauftrag gemäß § 99 Abs. 3 GWB anzusehen sind und dementsprechend dem Geltungsbereich des Kartellvergaberechts unterfallen.

Das OLG Düsseldorf stellt auf eine Baukonzession und nicht auf einen „echten“ Bauauftrag ab, da der ausgewählte Investor als Gegenleistung für seine (Bau-) Leistungen nicht die Zahlung eines Geldbetrages oder eine andere unmittelbare finanzielle Zuwendung erhalten sollte, sondern – entsprechend der in Art. 1 Abs. 3 VKR vorgenom-

menen Definition – das **Recht zur „Nutzung“ des erworbenen Flughafengeländes**. Wie die Nutzung bzw. Verwertung dabei erfolge, so das Gericht, ob durch eine einmalige Handlung (bei einem Verkauf) oder über eine längere Zeit (bei Vermietung), sei für das Vorliegen einer Baukonzession nicht von Bedeutung. Entscheidendes Kriterium sei allein, dass der Investor das **wirtschaftliche Risiko** des Geschäfts trage.

Besonders bemerkenswert ist an dem Beschluss des OLG Düsseldorf, dass – entgegen der bislang weit verbreiteten Auffassung in Rechtsprechung und Literatur – in aller Deutlichkeit betont wird, für die Annahme eines öffentlichen Auftrages sei **nicht** erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber seinen **eigenen Beschaffungsbedarf** decken, d.h. die zu beauftragende Leistung selbst nutzen bzw. verwerten wolle. Vielmehr reiche es für die Annahme eines Bauauftrages bzw. einer Baukonzession aus, dass der Auftraggeber den Auftragnehmer mit der Erstellung (gegebenenfalls einschließlich Planung) von Bauwerken/Bauvorhaben **entsprechend seinen Erfordernissen** beauftrage.

Damit liegt das OLG Düsseldorf auf der Linie des EuGH, der seit 2004 in mehreren Verfahren, jüngst auch zu einer öffentlich-rechtlichen „Raumordnungsvereinbarung“ über die Errichtung eines privatwirtschaftlich zu betreibenden Freizeitentrums, entschieden hat, für die Anwendbarkeit des europäischen Vergaberechtsregimes reiche es aus, dass ein öffentliche Auftraggeber überhaupt Aufträge ver gebe, **zu welchen Zwecken auch immer**. Insbesondere im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Bauaufträgen setzt die Vergabekoordinationsrichtlinie für die Anwendbarkeit der vergaberechtlichen Regularien nicht explizit voraus, dass der öffentliche Auftraggeber mit der Auftragsvergabe einen unmittelbar eigenen Beschaffungsbedarf decken will. Verlangt werden lediglich Bauleistungen „gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen“.

Diese Rechtsprechung des EuGH überträgt das OLG Düsseldorf auf die von ihm vorliegende Sachverhaltskonstellation und gelangt zu der Überzeugung, dass der vorgesehene Vertragspartner Bauleistungen entsprechend den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen leisten sollte. Hierfür zieht das Gericht in erster Linie den mit der Gemeinde – als **Durchführungsvertrag gemäß § 12 BauGB** – abzuschließenden städtebaulichen Vertrag heran. In diesem sollten dem Grundstückserwerber **verbindliche städtebauliche Ziele und Entwicklungsverpflichtungen** vorgegeben werden. Nach Ansicht des OLG Düsseldorf beschränkte sich der Inhalt des Durchführungsvertrages jedenfalls nicht auf die bloße Be-

kräftigung einer nicht näher eingegrenzten gewerblich-fliegerischen Nutzung. Grundstückskaufvertrag und Durchführungsvertrag seien im Übrigen **vergaberechtlich als Einheit** anzusehen, da ansonsten durch eine geschickte Vertragsgestaltung das Vergaberechtsregime umgangen werden könne.

Der Beschluss des OLG Düsseldorf ist als konsequente Umsetzung der EuGH-Rechtsprechung zu bewerten und dürfte für künftige Entscheidungen zu vergleichbaren Sachverhalten wegweisend sein. Dabei gibt die Entscheidung insbesondere Anlass, den etablierten Grundsatz, Wesensmerkmal des öffentlichen Auftrags sei sein **„Beschaffungscharakter“**, zu überdenken. Wichtigstes Kriterium des öffentlichen Auftrags ist, ob der öffentliche Auftraggeber am Markt **Verträge** mit außenstehenden Dritten abschließt, mit denen zumindest auch **öffentliche Zielsetzungen** verbunden sind. Das **Beschaffungselement**, so man überhaupt noch an ihm festhalten will, kann in diesem Zusammenhang bereits durch jedes **mittelbares Eigeninteresse** – z.B. an einer geordneten städtebaulichen Entwicklung – begründet werden. Was Grundstücksveräußerungen durch die öffentliche Hand anbelangt, so dürfte künftig eine differenzierte Betrachtungsweise erforderlich sein:

- Veräußerungen von Immobilien bzw. Immobilienportfolios an den meistbietenden Käufer **ohne die Verfolgung städtebaulicher Interessen** sind nach wie vor als vergaberechtsfreie Vorgänge einzuordnen. Mit Transaktionen zur „Versilberung“ öffentlicher Grundstücke verfolgt die öffentliche Hand **allein monetäre Interessen** und vergibt gerade keine – ausschreibungspflichtigen – Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsaufträge. Allerdings besteht für staatlichen Stellen bei der Veräußerung von Grundstücken und anderen Vermögensgegenständen in der Regel die haushaltsrechtliche Verpflichtung zur Durchführung eines strukturierten – außerhalb des Vergaberechts angesiedelten – Bieterverfahrens, um den besten Preis am Markt zu ermitteln.
- Soweit es um Grundstücksgeschäfte geht, die zwar **stadtplanerische und umweltrechtliche Auflagen** für den Investor umfassen (z.B. Beachtung bestimmter sozialer Quoten beim Wohnungsbau, Altlastenentsorgung), aber ansonsten keine Vorgaben für Baumaßnahmen beinhalten, ist der Entscheidung des OLG Düsseldorf wohl zu entnehmen, dass sich solche Konstellationen noch nicht zu einem öffentlichen Bauauftrag verdichten, da keine Bauleistungen gemäß den Erfordernissen des Auftraggebers erbracht werden.

- Falls hingegen bei Grundstücksveräußerungen ein **zeitlich-sachlicher Zusammenhang mit dem Abschluss eines Durchführungsvertrages gemäß § 12 BauGB** mit dem Erwerber feststellbar ist, durch den sich dieser zur Planung und Realisierung eines Bauprojektes verpflichtet, dürfte zukünftig eine starke Vermutung für einen ausschreibungspflichti-

gen öffentlichen Bauauftrag bzw. eine Baukonzession bestehen. Der öffentliche Auftraggeber muss zur Vergabe von Baukonzessionen also ein Vergabeverfahren auf Grundlage der Basisparagrafen der VOB/A organisieren.

*Carsten Kießling, Mag.rer.publ.*

## Vergaberecht: Das „Asemfo“-Urteil des EuGH und Folgerungen für die Ausschreibungspflicht von interkommunaler Zusammenarbeit

Städte und Gemeinden praktizieren seit langer Zeit und in vielen Aufgabenbereichen **kommunale Zusammenarbeit**. Die Beispiele reichen von der Ausweisung gemeinsamer Gewerbegebiete, der Zusammenlegung von Rechnungsprüfungsämtern, gemeinsamer Organisation des Brandschutzes, gemeinsamen Projekten im Bereich Tourismus und Regionalmarketing bis hin zur einheitlichen Organisation der Wasserver- oder Abwasserentsorgung. Ziel jeder Zusammenarbeit ist die **effizientere Leistungserbringung im Verbund**. Insbesondere Größenvorteile sollen zugunsten der Bürgerinnen und Bürger genutzt werden. Immer stärker ins Blickfeld rückt die interkommunale Zusammenarbeit allerdings in vergaberechtlicher Hinsicht. Neue Erkenntnisse bringt in diesem Zusammenhang das Urteil des EuGH vom 19. April 2007 in der Rechtssache „Asemfo“.

Dem Urteil lag ein spanischer Rechtsstreit zugrunde, in dem ein privates Unternehmen Asemfo gegen die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der ländlichen Entwicklung und des Umweltschutzes durch die **staatliche Gesellschaft** Tragsa geklagt hatte. Der spanische Staat hielt 99 % des Gesellschaftskapitals an Tragsa. Vier autonome Regionen waren mit insgesamt 1 % des Gesellschaftskapitals beteiligt. Ein **nationales Gesetz** verpflichtete Tragsa, als technischer Dienstleister ausschließlich die ihr von der allgemeinen Staatsverwaltung und verschiedenen autonomen Regionen übertragenen Tätigkeiten durchzuführen. Tragsa wurde nicht tätig; eine wettbewerbliche Vergabe dieser Dienstleistungen erfolgte nicht. Der EuGH hat diese Konstellation zum Anlass genommen, seine **Rechtsprechung zur vergaberechtsfreien In-house-Vergabe** von Aufträgen zu präzisieren. Angewendet hat er dazu zunächst die bereits in der Teckal-Entscheidung vom 18.11.1999 aufgestellten Kriterien für ein vergaberechtsfreies In-house-Geschäft, nämlich erstens: die öffentliche Stelle übt über die zu beauftragende Einrichtung eine ähnliche **Kontrolle** aus wie über eine **eigene Dienststelle**, und zweitens: die zu beauftragende Einrichtung ver-

richtet ihre **Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentliche Körperschaft**, die ihre Anteile hält.

Der EuGH geht in Bezug auf das erste Kriterium davon aus, dass eine „ähnliche **Kontrolle** wie über eine eigene Dienststelle“ nicht nur im Verhältnis zwischen dem spanischen Staat und der Tragsa vorlag, sondern auch seitens der vier **Minderheitsgesellschafter**, die zusammen lediglich ein Prozent am Gesellschaftskapital hielten. Dem Kontrollkriterium werde bereits dadurch entsprochen, dass Tragsa **gesetzlich verpflichtet sei, die Aufträge auszuführen**, die ihr von den öffentlichen Stellen erteilt würden. Hinsichtlich der Prüfung, ob Tragsa ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentlichen Auftraggeber, die an ihr beteiligt sind, erbringt (zweites Teckal-Kriterium), stellte der EuGH dann darauf ab, dass das betreffende Gemeinschaftsunternehmen seine **Tätigkeit im Wesentlichen für alle beteiligten Körperschaften insgesamt** verrichtete. Der EuGH hielt es für ausreichend, dass die Tragsa zu 55 % für den spanischen Staat und zu 35 % für die autonomen Regionen tätig war. Das Gericht trennte somit nicht nach Beteiligungshöhe.

Auch wenn die Entscheidung vornehmlich im Bereich In-house-Fähigkeit formal privatisierter Gesellschaften angesiedelt ist, hat der EuGH bei genauerem Hinsehen auch Hinweise zur **Anwendung des Vergaberechtsregimes auf interkommunale Zusammenarbeit** gegeben. In einem Urteil vom 13.01.2005 hatte der EuGH bereits festgelegt, dass eine gesetzliche Regelung, nach der Kooperationen zwischen Stellen der öffentlichen Verwaltung **generell** nicht dem Vergaberecht unterfallen, mit den einschlägigen Vergaberichtlinien nicht im Einklang stehen könne. Daraus ließ sich allerdings nicht der Schluss ziehen, dass jede Form der Kooperation staatlicher oder kommunaler Stellen vergaberechtspflichtig sei. Sodann hat der EuGH in seiner Carbotermo-Entscheidung vom 11.05.2006 entschieden, dass ein öffentlicher Auftraggeber für eine vergaberechtsfreie In-house-Vergabe **nicht notwendigerweise** sämtliche Geschäftsanteile an dem zu beauftragenden

Unternehmen halten müsse. Auch wenn ein öffentlicher Auftraggeber zusammen mit anderen öffentlichen Stellen das gesamte Kapital der auftragnehmenden Gesellschaft hält, deutet das auf eine „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ hin.

Das Asemfo-Urteil konkretisiert nun das zweite Teckal-Kriterium. Es ist demnach nicht davon auszugehen, dass die betreffende Gesellschaft für alle öffentlichen Stellen, die an ihr beteiligt sind, proportional, d.h. angepasst an die Höhe ihrer Beteiligung, tätig werden muss. Solange die Beteiligungsgesellschaft **ausschließlich für die öffentlichen Anteilsinhaber** – gleich in welchem Verhältnis die Anteile verteilt sind – tätig wird, soll

das Kriterium der Verrichtung der Tätigkeiten „im Wesentlichen für die öffentliche Körperschaft“ erfüllt sein. Dieser Befund hat damit Auswirkungen insbesondere auch auf „**Mehrfach-Zweckverbände**“, an denen sich mehrere Kommunen beteiligen und ggf. unterschiedliche Leistungsteile (Stadtentwässerung, Grün, Friedhof etc.) einbringen. Auch für die in NRW im Rahmen der GO-Novelle geplante Einführung der sog. „**Mehrmütter-AöR**“ werden die Aussagen des Asemfo-Urteils übertragbar sein. In vielen Konstellationen wird es nämlich zu unterschiedlichen Beteiligungshöhen kommen.

*Dr. Stefan Mager*

## Telekommunikationsrecht: Umsetzung der Vorgaben des BVerfG zur Ausgleichszahlung bei Inanspruchnahme privater Grundstücke

Mit Beschluss vom 20.01.2005 hatte das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) eine bis dato in der Rechtsprechung der Instanzgerichte verbreitete Methode zur **Ermittlung des einmaligen Ausgleichs** gemäß § 76 Abs. 2 Satz 2 Telekommunikationsgesetz (TKG) für unzulässig erklärt. Das LG Landshut hat nunmehr die erste rechtskräftige Entscheidung zu dieser Thematik nach dem BVerfG-Beschluss getroffen und auf der Grundlage der vom BVerfG vorgegebenen Methoden das bislang übliche Entgelt für die Inanspruchnahme privater Grundstücke zu Telekommunikationszwecken bestätigt.

Grundstückseigentümer, deren Grundstücke für die Errichtung und den Betrieb von **kommerziell genutzten Telekommunikationslinien** in Anspruch genommen werden, können einen **einmaligen Geldausgleich** verlangen. **Schuldner** des Ausgleichsanspruchs ist der **Betreiber** der Telekommunikationslinie oder, wenn die Telekommunikationslinie im Schutzstreifen bereits vorhandener Leitungsinfrastrukturen (Strom, Gas, Wasser) verlegt wird, daneben auch der **Eigentümer des vorhandenen Leitungsnetzes**. Voraussetzung für den Ausgleichsanspruch ist, dass bislang keine Telekommunikationslinien auf dem Grundstück vorhanden sind, die zu Zwecken der kommerziellen Telekommunikation genutzt werden konnten, also eine qualitative Nutzungserweiterung.

Der Gesetzgeber hat den Betroffenen durch die gesetzlichen Vorgaben des TKG keine weitere Hilfestellung zur Bemessung dieses einmaligen Ausgleichs an die Hand gegeben. Aus diesem Grund hatten sich die **Bauern- und Landwirtschaftsverbände** in der Regel durch eine **Rahmenvereinbarung** darauf verständigt, dass für die Inanspruchnahme von Grundstücken für die

erstmalige Errichtung kommerziell zu nutzender Telekommunikationslinie ein einmaliger Ausgleich von **3,00 DM (= 1,53 €) pro lfd. m Kabeltrasse** zu zahlen sei.

Mit dieser Regelung waren mehrere bayerische Landwirte nicht einverstanden und klagten – in allen Instanzen erfolglos – gegen den Betreiber eines größeren Gasleitungsnetzes. Gegen ein letztinstanzliches Urteil des Oberlandesgerichts (OLG) München legten die Grundstückseigentümer **Verfassungsbeschwerde** beim Bundesverfassungsgericht ein. Das Bundesverfassungsgericht monierte die Zugrundelegung der Rahmenvereinbarung zwischen dem Leitungsbetreiber und dem Bayerischen Bauernverband bei der Bemessung des Ausgleichs, weil diese nicht eine „**freie Verhandlungsposition**“ zwischen Grundstückseigentümer und verlegendem Unternehmen berücksichtigte, sondern auf der gesetzlichen Duldungspflicht der Grundstückseigentümer basiere. Um die **eigentumsrechtliche Einbuße** des Grundstückseigentümers hinreichend zu kompensieren, sei auf den Marktpreis für die Inanspruchnahme von Grundstücken für telekommunikative Zwecke abzustellen. Zu ermitteln sei, welcher Preis sich ergebe, wenn sich Grundstückseigentümer und verlegendes Unternehmen als gleichberechtigte Partner – also unter Außerachtlassung der gesetzlichen Duldungspflicht – gegenüber stünden. Das BVerfG **verwies** den Rechtssstreit mit dieser Vorgabe zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das erstinstanzlich zuständige LG Landshut **zurück**.

Mit - **rechtskräftigem** - Urteil vom 15.03.2007 entschied das LG Landshut nunmehr erneut, dass ein einmaliger Ausgleich von 1,53 € pro lfd. m Kabeltrasse in jedem Fall ausreichend sei, um die

**eigentumsrechtliche Einbuße** des Grundstückseigentümers bei Inanspruchnahme seines Grundstücks für kommerzielle telekommunikative Zwecke **auszugleichen**. Das LG Landshut legte bei seiner Entscheidung eine Auskunft des Bayerischen Bauernverbands über die nach dessen Kenntnis gezahlten Entgelte, ferner die **Erfahrungswerte der Deutschen Telekom AG** und anderer Telekommunikationsunternehmen im Rahmen von **Neuverlegungsmaßnahmen** ohne die Nutzung vorhandener anderer Infrastrukturen (Strom, Gas, Wasser) sowie schließlich auch die zwischen der Deutschen Telekom AG und dem Deutschen Landkreistag, dem Deutschen Städte- und Gemeindebund ausgehandelte **Musterverträge** über die Benutzung von Grundstücken in kommunalen Eigentum zugrunde. In einem gedanklichen Zwischenschritt stellte das LG Landshut zunächst fest, dass sich auf der Grundlage dieser relevanten Materialien **kein Marktpreis** für die Inanspruchnahme von Grundstücken für kommerziell zu nutzende Telekommunikationslinien feststellen lasse. Wie bereits zuvor der BGH mit Urteil vom 16.09.2005 und das OLG Hamm mit Urteil vom 15.12.2005 zu ähnlichen Konstellationen, so sah sich auch das LG Landshut jedoch in der Lage, einen einmaligen angemessenen Ausgleich durch **Schätzung** zu ermitteln. Es legte hierbei zugrunde, dass die Deutsche Telekom AG auf Basis der oben genannten Musterverträgen für eine telekommunikative Nutzung eines kommunalen Grundstücks mit dinglicher Sicherheit (beschränkte persönliche Dienstbarkeit) ein Nutzungsentgelt in Höhe von 1,55 € pro lfd. m sowie für die Nutzung ohne dingliche Sicherheit ein Entgelt in Höhe von lediglich 1,00 € pro lfd. m Kabeltrasse zahle. Bei der Inanspruchnahme von Grund-

stücken privater Eigentümer ergab sich ein von der Deutschen Telekom AG gezahltes **durchschnittliches Entgelt von 1,33 € pro lfd. m Kabeltrasse**, aus weiteren Aufstellungen Ausgleichszahlungen von **1,50 € bzw. 1,25 € pro lfd. m Kabeltrasse**.

Bemerkenswert ist zudem der – soweit ersichtlich, innovative – Ansatz, bei einer Nutzung vorhandener Versorgungsstrassen müsse gegenüber der Verlegung von Telekommunikationslinien in „unberührten“ Grundstücken jedenfalls eine geringere (hypothetische) **Schutzstreifenbreite** angenommen werden. Liegen die Schutzstreifenbreiten bei der Errichtung neuer Telekommunikationslinien als sog. „Solostrecken“ üblicherweise bei 2 m, so sei angesichts des **geringen Durchmessers** der die Lichtwellenleiterkabel umgebenden Kabelschutzrohre (in der Regel nur 4 bis 5 cm) allenfalls eine (hypothetische) Schutzstreifenbreite von 0,5 m für die Bemessung des Ausgleichs zugrunde zu legen. Diesen Umstand ließ das LG Landshut zutreffender Weise ebenso in seiner Entscheidung einfließen wie die Vorgabe des BGH in seinem **Grundsatzurteil vom 07.07.2000**, bei der Bemessung des einmaligen Ausgleichs sei zu berücksichtigen, dass der Grundstückseigentümer im Falle von Grundstücksinanspruchnahmen gemäß § 76 Abs. 1 Nr. 1 TKG für die Einräumung des (Energieversorgungs-)Leitungsrechts **bereits ein Entgelt erhalten habe**. Auch die entsprechenden „Hilfsberechnungen“ des LG Landshut ergeben einen einmaligen Ausgleich **unterhalb** der von dem Gasversorgungsunternehmen im konkreten Fall bereits gezahlten 1,53 € pro lfd. m Kabeltrasse.

*Dr. Christian Stenneken*

## **Energierecht: Gemeinsame Richtlinien der Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder zur Umsetzung der informatorischen Entflechtung**

Die Bundesnetzagentur hat zusammen mit den Regulierungsbehörden der Länder am 13.06.2007 eine gemeinsame Richtlinie zur Umsetzung der informatorischen Entflechtung nach § 9 EnWG veröffentlicht. Die Richtlinie, die als **Orientierungshilfe** für die betroffenen Unternehmen gedacht ist, gibt das gemeinsame Verständnis der Regulierungsbehörden zur Auslegung und Anwendung der Bestimmungen zur informatorischen Entflechtung wieder.

Nach § 9 EnWG haben vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen (EVU) die Vertraulichkeit wirtschaftlich sensibler Informationen (Abs. 1) sowie die diskriminierungsfreie Offenlegung wirtschaftlich relevanter Informationen

(Abs. 2) sicher zu stellen, von denen der Netzbetreiber in Ausübung seiner Tätigkeit Kenntnis erlangt. Damit sollen aus dem Betrieb der Netze resultierende Informationsvorsprünge des vertikal integrierten EVU gegenüber den nicht integrierten Wettbewerbern auf den dem Netzbetrieb vor- bzw. nachgelagerten Märkten ausgeschlossen werden. Ziel der Richtlinie ist es, den betroffenen Unternehmen eine **Hilfestellung zur Umsetzung der informatorischen Entflechtung** zu geben.

In der Richtlinie werden knapp **30 konkrete Maßnahmen** zur – nach Ansicht der Regulierungsbehörden – optimalen entflechtungskonformen Gestaltung von Geschäftsabläufen im Unternehmen und zum bestmöglichen Umgang mit diskriminie-

rungsrelevanten Informationen dargestellt. So sind zur Gewährleistung der Anforderungen gemäß § 9 Abs. 1 EnWG wirtschaftlich sensible Informationen zu identifizieren und zu dokumentieren sowie bestimmte, konkrete Mitarbeitertätigkeiten und -pflichten festzulegen. Darüber hinaus müssen sich die EDV-Systeme konform mit den informatorischen Entflechtungsanforderungen bewegen (Stichwort: „Berechtigung“, „Gleichbehandlung“). Besondere Vorkehrungen sind ferner zu treffen, wenn wirtschaftlich sensible Informationen durch shared service-Einheiten oder externe Dritte, die gleichzeitig Dienstleistungen für wettbewerbliche Bereiche des Unternehmens erbringen, verarbeitet werden.

Weitere Anforderungen und Pflichten sind bei der **diskriminierungsfreien Veröffentlichung und Weitergabe von Netzinformationen**, die **allen oder keinem** offenzulegen sind, sowie beim Informationsmanagement mit Kundenkontakt (hier ist bei Kundenanfragen zwischen Kunden des Vertriebs und des Netzes zu unterscheiden) umzusetzen. Schließlich skizziert die Richtlinie methodische **Anforderungen an die Dokumentation** zu den Geschäftsprozessen wie Arbeits- und Verhaltensanweisungen für die Mitarbeiter, damit Verstöße gegen die Entflechtungsvorschriften vermieden werden. Auch im Gleichbehandlungsprogramm (§ 8 Abs. 5 EnWG), soweit dieses zu erstellen ist, sind klare und konkrete Verhaltensregeln für alle mit Netzaktivitäten befassten Mitarbeiter zu erstellen und diskriminierungsrelevante Geschäftsprozesse zu analysieren und zu dokumentieren.

Als **Anlagen** sind der Richtlinie eine Liste wirtschaftlich sensibler/vorteilhafter Netzdaten, eine Liste gesetzlicher Veröffentlichungspflichten aus dem EnWG, den Netzentgelt- und Netzzugangsverordnungen, der Niederspannungs- und Niederdruckanschlussverordnung, der Stromhandelsverordnung und der Erdgaszugangsverordnung sowie ein Muster für die Prozessdarstellung in einem Callcenter beigefügt.

## **Energierrecht: Haftungsregelung in Netzanschluss- und Anschlussnutzungsverträgen oberhalb der Niederspannung**

An die Bundesnetzagentur ist sowohl von Netzbetreibern als auch von Seiten der Anschlussnehmer bzw. Anschlussnutzer in höheren Spannungsebenen die Frage herangetragen worden, inwieweit ein Netzbetreiber in den Anschluss- bzw. Anschlussnutzungsverträgen eine dem § 18 der Niederspannungsanschlussverordnung (NAV)

Mit der Richtlinie sollen die gesetzlichen Grundlagen zu konkreten, umsetzbaren Vorgaben für die betroffenen Unternehmen konkretisiert werden. Bei Einhaltung der Anforderungen der Richtlinie soll eine **Vermutungswirkung** greifen, die Entflechtung innerhalb des Unternehmens entspreche den gesetzlichen Vorgaben. Bei der Richtlinie handelt es sich allerdings weder um eine rechtsverbindliche Festlegung (eine Festlegungskompetenz zur Ausgestaltung und Erweiterung des § 9 EnWG steht den Regulierungsbehörden nicht zu) noch um eine Verwaltungsvorschrift; sie stellt vielmehr eine Art „**best-practice**“-**Empfehlung** dar, die **rechtlich nicht bindend** ist, so dass die Vorgaben des Gesetzes **auch mit anderen geeigneten Mitteln** umgesetzt werden können.

Sofern die betroffenen Unternehmen von den Vorgaben der Richtlinie, die über § 9 EnWG hinausgehende Anforderungen stellt, abweichen, wäre damit im Umkehrschluss auch nicht automatisch ein Verstoß gegen die Vorschriften des informatorischen Unbundlings verbunden. Die Prüfung eines vermeintlichen Verstoßes hätte allein auf Grundlage der gesetzlichen Vorschrift und nicht auf Basis der Richtlinie zu erfolgen.

Die in der Richtlinie angesprochene Vermutungswirkung kann damit auch nicht zur Folge haben, dass Unternehmen, die von den Vorgaben der Richtlinie abweichen, nachweisen müssten, dass sie die Vorschrift des § 9 EnWG gleichwohl einhalten. Eine Beweislastumkehr zu Lasten des Energieversorgungsunternehmens ist in § 9 EnWG nicht geregelt. Vielmehr hätten die Regulierungsbehörden im Rahmen eines möglichen Missbrauchsverfahrens nach §§ 65 ff. EnWG einen Verstoß gegen die Vorschriften des informatorischen Unbundlings – auf Grundlage der gesetzlichen Regelung in § 9 EnWG – nachzuweisen. Gleichwohl sollte jedes Unternehmen nunmehr überprüfen, wie der Umgang mit wirtschaftlich sensiblen/vorteilhaften Informationen konkret ausgestaltet ist.

*Dr. Hans-Christoph Thomale*

entsprechende **Regelung zur Haftungsbegrenzung** verlangen kann.

Nach § 18 NAV haftet der Netzbetreiber für Schäden eines Anschlussnutzers, die dieser durch Unterbrechung oder Unregelmäßigkeiten in der Anschlussnutzung aus Vertrag, dem Anschlussnutzungsverhältnis oder aus unerlaubter Handlung

erleidet. Die **Haftung** ist dabei sowohl im Verschuldensbereich als auch bei Schadensart und -höhe **eingeschränkt** (vgl. hierzu unsere Mandanteninformation Oktober 2006). Die NAV, die auf der Ermächtigungsgrundlage des § 18 Abs. 3 EnWG basiert, regelt allerdings lediglich die allgemeinen Bedingungen des Netzbetreibers im Verhältnis zum Letztverbraucher, der an das **Niederspannungsnetz** angeschlossen ist. **Anschlussfälle in Mittel- oder Hochspannung** sind in § 17 EnWG geregelt. Der Erlass einer auf § 17 Abs. 3 EnWG gestützten Rechtsverordnung steht noch aus. Aufgrund der AGB-rechtlichen Leitbildfunktion der NAV werden die Bestimmungen über den direkten Anwendungsbereich hinaus aber auch Auswirkungen auf andere Spannungsebenen haben, solange in Umsetzung des § 17 EnWG keine gesonderten Verordnungen existieren.

Die Bundesnetzagentur hält das Verlangen der Netzbetreiber nach Vereinbarung einer § 18 NAV entsprechenden Haftungsregelung nicht für missbräuchlich. Dies ergebe sich aus der Regelung

des § 18 NAV selbst, da in die gesetzlichen Haftungshöchstgrenzen auch Schäden von Anschlussnutzern einbezogen werden, die Netzanschlüsse in vorgelagerten Spannungsebenen nutzen. Voraussetzung für eine Einbeziehung ist, dass unter Berücksichtigung der Vorgaben des § 17 EnWG eine entsprechende Vereinbarung zwischen dem Netzbetreiber und einem Anschlussnutzer besteht. In dieser Vereinbarung muss die Haftung des Netzbetreibers gegenüber dem Anschlussnutzer entsprechend der Regelung nach § 18 Abs. 2 Satz 1 NAV begrenzt sein. Dies soll eine einheitliche Haftung des Netzbetreibers gegenüber der Gesamtheit seiner an das Netz angeschlossenen Kunden ermöglichen. Da der Verordnungsgeber den Einbezug bei Einhaltung dieser Voraussetzungen ausdrücklich vorsieht, kann es nicht missbräuchlich sein, wenn der Netzbetreiber eine diese Voraussetzung erfüllende vertragliche Vereinbarung von den Anschlussnehmern höherer Spannungsebenen verlangt.

*Dr. Hans-Christoph Thomale*

## Internationales: Grenzüberschreitende Verschmelzungen nach neuem Umwandlungsrecht

Mit dem Umwandlungsgesetz und insbesondere den darin enthaltenen **Verschmelzungs- und Spaltungsvorschriften** hat der Gesetzgeber der Rechtsanwendungspraxis Instrumente an die Hand gegeben, um unternehmerisches Vermögen im Wege der **Gesamtrechtsnachfolge** von einem Rechtsträger, in der Regel einer Gesellschaft, auf einen anderen bestehenden oder neu gegründeten Rechtsträger zu übertragen. Der Vorteil einer solchen umwandlungsrechtlichen Maßnahme ist zum einen, dass sie bei richtiger Gestaltung steuerneutral möglich ist. Zum anderen bedarf die Übertragung von Vermögensgegenständen und Vertragsverhältnissen keiner Zustimmung der jeweiligen dritten Vertragspartner.

Nach bisheriger Rechtslage beschränkte sich die Anwendbarkeit der umwandlungsrechtlichen Vorschriften auf rein innerstaatliche Sachverhalte, d.h. auf Transaktionen, in denen alle beteiligten Unternehmen ihren satzungsmäßigen Sitz in Deutschland haben. Es überrascht wenig, dass diese Beschränkung beim Europäischen Gerichtshof (EuGH) auf wenig Gegenliebe gestoßen ist. Schon Ende 2005 entschieden die Gemeinschaftsrichter, die von einem deutschen Registergericht auf Basis des nationalen Rechts verweigerte Eintragung der „**Hineinverschmelzung**“ einer luxemburgischen Kapitalgesellschaft auf eine deutsche Aktiengesellschaft (AG) sei mit der eu-

roparechtlich gewährten Niederlassungsfreiheit nach Art. 43, 48 EG-Vertrag nicht vereinbar.

Bereits im Vorfeld dieser Entscheidung hatten das Europäische Parlament und der Rat mit ihrer Richtlinie 2005/56/EG über die **Verschmelzung** von Kapitalgesellschaften aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten (Verschmelzungsrichtlinie) die Harmonisierung des teils unterschiedlich ausgeprägten und teils völlig fehlenden Verschmelzungsrechts auf den Weg gebracht. Die Verschmelzungsrichtlinie, deren Anwendungsbereich sich ausdrücklich auf **Kapitalgesellschaften** beschränkt, verpflichtete die Mitgliedstaaten zur Umsetzung bis Dezember 2007. Durch die am 25.04.2007 in Kraft getretene Änderung des Umwandlungsgesetzes ist der deutsche Gesetzgeber dieser Verpflichtung nun nachgekommen. An grenzüberschreitenden Verschmelzungen können damit in Deutschland ansässige Gesellschaften in der Rechtsform der AG, der GmbH, der KGaA und auch der noch seltenen SE beteiligt werden, wenn es sich bei den anderen beteiligten Rechtsträgern um Kapitalgesellschaften handelt, die ihren Sitz in anderen EG oder EWR-Mitgliedstaaten haben.

Für die in Deutschland ansässigen Gesellschaften gelten die allgemeinen Verschmelzungsregelungen der §§ 4 ff., 46 ff. UmwG, allerdings mit einigen Modifikationen. Im Rahmen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung ist zunächst zu-

mindest die Erstellung eines Verschmelzungsberichts obligatorisch (§ 122 e UmwG), während auf einen solchen Bericht bei innerstaatlichen Sachverhalten verzichtet werden kann.

Ferner werden Anteilseigner deutscher Gesellschaften bei der „**Hinausverschmelzung**“, bei der der deutsche Rechtsträger erlischt, nicht in die ausländische Rechtsform gezwungen. Widersprechen **Minderheitsgesellschafter** dem Gesellschaftersbeschluss zur Verschmelzung und kommt dieser dennoch mit der notwendigen Mehrheit zustande, so können die dissentierenden Gesellschafter **gegen Abfindung** aus der Gesellschaft **ausscheiden**. Sowohl das Umtauschverhältnis im Rahmen der Verschmelzung als auch die Höhe einer eventuellen **Barabfindung** können in einem Spruchverfahren geprüft werden, ohne dass hierdurch die Verschmelzung als solche verhindert oder verzögert werden kann. Voraussetzung für die Durchführbarkeit eines Spruchverfahrens ist aber, dass auch die Rechtsordnungen der jeweils beteiligten ausländischen Rechtsträger ein solches Verfahren vorsehen oder aber deren Anteilseigner im Verschmelzungsbeschluss der Anwendbarkeit eines Spruchverfahrens zustimmen.

Im Eintragungsverfahren erfolgt eine **zweistufige Prüfung**, bis eine grenzüberschreitende Verschmelzung Wirksamkeit entfalten kann. Zunächst prüft das für die übertragende Gesellschaft zuständige Registergericht die Voraussetzungen nach der jeweiligen Rechtsordnung. Es trägt die Verschmelzung sodann ein und erteilt dem übertragenden Rechtsträger eine Verschmelzungsbescheinigung. Mit dieser Bescheinigung kann so-

dann der übernehmende Rechtsträger in einem zweiten Schritt bei dem eigenen Registergericht die Eintragung der Verschmelzung beantragen. Geprüft werden in diesem Verfahrensstadium nur noch, ob die für den übertragenden Rechtsträger geltenden Vorschriften erfüllt sind und eine formgerechte **Verschmelzungsbescheinigung** vorliegt. Mit der dann erfolgenden Eintragung in das Register des übernehmenden Rechtsträgers erlischt die übertragende Gesellschaft; ihre Aktiva, Passiva und sonstigen Rechtsverhältnisse gehen auf die übernehmende Gesellschaft über.

Nicht nur für Konzernsachverhalte ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber zumindest für Kapitalgesellschaften internationale Umstrukturierungen innerhalb der EG bzw. des EWR im Wege der Verschmelzung zulässt. Nicht geregelt ist allerdings weiterhin die grenzüberschreitende Verschmelzung von **Personengesellschaften**. Ein Ausweg für die Rechtspraxis bietet sich aber durch die Möglichkeit, eine Personengesellschaft zunächst formwechselnd in eine Kapitalgesellschaft umzuwandeln, die dann wiederum verschmelzungsfähig ist. Ebenfalls **ungeregelt** bleiben grenzüberschreitende **Spaltungsvorgänge**, so dass auch hier mehrstufig vorgegangen werden muss — zunächst nationale Spaltung, danach grenzüberschreitende Verschmelzung. Es bleibt also zu konstatieren, dass es bis zur umfassenden gesetzgeberischen Entscheidung für die Zulässigkeit gemeinschaftsweiter Umwandlungsvorgänge noch ein weiter Weg ist. Ein erster Schritt ist aber getan.

*Dr. Markus Haggene*



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

**30. September 2007:** Als „Veranstaltung der besonderen Art“ bestreiten Dr. Markus Haggenev und Dr. Hans-Christoph Thomale in Berlin ihre Marathon-Premieren und erlaufen Spenden für den Verein Hilfe Jetzt e.V. zur Behandlung terrorgeschädigter Kinder; für weitere Informationen verweisen wir auf [www.hilfe-jetzt.info](http://www.hilfe-jetzt.info).

**14./15. November 2007:** 6. Handelsblatt Jahrestagung Wasser- und Abwasserwirtschaft 2007, Berlin, mit einem Tagungsbeitrag von Dr. Andreas Lotze zu vergabe- und gemeindewirtschaftsrechtlichen Anforderungen an Privatisierungen

**15./16. November 2007:** Forum Institut für Management, Energie-Allianzen – Stadtwerke in Kooperation, Bonn, unter Leitung von Dr. Andreas Lotze

**Aktuelle Veröffentlichungen von AULINGER Rechtsanwälte:**

<b>Dr. Andreas Lotze</b>	EWiR vom 10.08.2007, Seite 475: Kurzkommentierung zu EuGH, 19.04.2007 (Rs C-295/05)
<b>Dr. Karlheinz Lenkaitis</b>	Mitautor des Beitrags "Vertragsgestaltung im Zivilrecht", AD LEGENDUM 2007, S. 81-88
<b>Carsten Kießling, Mag.rer.publ.</b>	Mitautor in Knop (Hrsg.), Public Private Partnership – Jahrbuch 2007, zum Thema „Die Projektantenproblematik im Rahmen von Markterkundungsverfahren“ (ConVent GmbH 2007)
<b>Dr. Hans-Christoph Thomale</b>	Die neuen Grundversorgungsverordnungen, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 8/2007, S. 61 ff.

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

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

*Redaktion: Dr. Andreas Eickhoff / Dr. Markus Haggenev*

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

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

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

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

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



Partnerschaftsgesellschaft, Sitz Essen, Amtsgericht Essen PR 1671