

Mandanteninformation

Dezember 2007

Inhalt		
Zum Jahreswechsel	Offenlegung von Jahresabschlüssen	1
Erbschaftsteuer	Eckpunkte der kommenden Reform	2
Gesellschaftsrecht	Immer wieder: Die Buchwertklausel	3
Gesellschaftsrecht	GmbH-Reform – Gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen	5
Gesellschafts- / Insolvenzrecht	Entlastung von Geschäftsführern durch qualifizierte Beratung	7
Privates Baurecht	Erhöhung des Architektenhonorars bei Bauzeitverlängerung	7
Privates Baurecht	Architektenhonorar und Verjährung – Gefahren für den Architekten aus der Änderung der Rechtsprechung	9
Öffentliches Wirtschaftsrecht/ Gesellschaftsrecht	Umwelthaftung des Geschäftsführers	10
Arbeitsrecht:	Mindestlohn für Gebäudereiniger – Auswirkungen für Auftraggeber	11
Öffentliches Wirtschaftsrecht	Sozialrechtliche Risiken der Arbeitnehmerüberlassung	12
EU-Kartellrecht	Kein Vertraulichkeitsschutz für Korrespondenz von Syndikusanwälten	13
Vergaberecht	Fehlervermeidung bei der Abgabe und Wertung von Nebenangeboten	14

In eigener Sache

Neuer Fachanwalt. Qualifikation und langjährige Erfahrung unseres Partners Rechtsanwalt und Notar **Hans-Jochen Hütter** im Bau- und Architektenrecht sind jetzt auch formal anerkannt. Ab sofort ist er **Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht.** Herzlichen Glückwunsch!

An der deutschsprachigen Andrassy-Universität in Budapest ehrte der Kreis der Schüler und ehemaligen Assistenten vom 2. bis 4. November 2007 den emeritierten Ordinarius für deutsches und europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht und ehemaligen Rektor der Universität Heidelberg **Professor Dr. Dr. h.c. Peter Hommelhoff** mit einem wissenschaftlichen Symposium aus Anlass seines 65. Geburtstages. Rechtsanwalt und Notar **Dr. Egon A. Peus**, ehemals Hochschulassistent bei Professor Hommelhoff in Bielefeld, nahm daran teil. Gegenstand der Vorträge und Aussprachen waren Themen des deutschen Gesellschafts-, Bilanzierungs- und Abschlussrechts im Kontext der europäischen Entwicklungen.

Allen unseren Lesern wünschen wir herzlich schon jetzt ein gesegnetes Weihnachtsfest und ein gesundes und erfolgreiches Neues Jahr 2008. Wir hoffen, Ihnen auch im kommenden Jahr auf diesem Wege interessante und anregende Lektüre präsentieren zu können.

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.

Zum Jahreswechsel: Offenlegung von Jahresabschlüssen

Bereits in der Mandanteninformation Juni 2007 haben wir darauf hingewiesen: Seit Jahresbeginn 2007 ist das „Gesetz über elektronische Handels-

register und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister“ („EHUG“) in Kraft, das neben der Einführung des elektronischen Handels-

registers und des Unternehmensregisters auch erhebliche Sanktionen für Verstöße gegen die – dem Grunde nach schon lange bestehende – Pflicht, Jahresabschlüsse zu veröffentlichen, vorsieht. Der bevorstehende **Jahreswechsel** ist deshalb ein wichtiges Datum für **publizitätspflichtige Unternehmen**.

Bis spätestens zum 31.12.2007 müssen sie ihre Abschlüsse für das Geschäftsjahr 2006 beim Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers einreichen, am besten in elektronischer Form. Es ist zwar für eine Übergangszeit bis zum 31.12.2009 auch weiterhin noch möglich, die Unterlagen in Papierform einzureichen, die hierdurch entstehenden – zusätzlichen - Kosten für die Digitalisierung der Unterlagen trägt jedoch das einreichende Unternehmen.

Verstöße gegen die Publizitätspflicht werden ab dem 01.01.2008 vom eigens hierfür geschaffenen Bundesamt für Justiz von Amts wegen verfolgt und spürbar sanktioniert. Es drohen Ordnungsgelder von 2.500,00 € bis 25.000,00 €, die sowohl gegen die Gesellschaft als auch gegen ihre gesetzlichen Vertreter und notfalls auch mehrfach festgesetzt werden können.

Unternehmen, die diesen Pflichten bisher noch nicht nachgekommen sind, haben daher – wie das Bundesjustizministerium am 5. November mit markigen Worten mitteilte – „allen Grund, sich zu sputen“.

Sebastian Hauptmann

Erbschaftsteuer: Eckpunkte der kommenden Reform

Die Erbschaftsteuerreform nimmt Konturen an. Die Regierungskoalition hat sich am 05.11.2007 auf die Eckpunkte der Reform verständigt. Auch wenn noch viele Einzelfragen offen sind, ergibt sich daraus im Wesentlichen Folgendes:

1. Freibeträge

Die Freibeträge für Ehegatten, Kinder und Enkel werden erhöht:

- Ehegatten von 307.000,00 € auf 500.000,00 €
- Kinder (nach jedem Elternteil) von 205.000,00 € auf 400.000,00 €
- Enkel (nach jedem Großelternteil) von 51.000,00 € auf 200.000,00 €

Für Personen der Steuerklasse II (u. a. Eltern, Geschwister, Neffen und Nichten) und III (alle, die nicht den anderen Steuerklassen zugeordnet sind) gilt ein Freibetrag von 20.000,00 €

Daneben gelten **sachliche Freibeträge** in der Steuerklasse I für Hausrat in Höhe von 41.000,00 € und andere bewegliche Gegenstände von 12.000,00 € sowie in der Steuerklasse II und III von zusammen 12.000,00 €.

Eingetragene **Lebenspartner** haben einen persönlichen Freibetrag von 500.000,00 €, bleiben aber in der Steuerklasse III.

2. Steuersätze

In der Steuerklasse I werden die Tarifstufen nach oben geglättet, im Übrigen bleibt es bei

den geltenden Tarifsätzen; für die Steuerklassen II und III wird ein zweistufiger Tarif eingeführt:

Wert des steuerpflichtigen Erwerbs bis einschließlich	Steuerklasse		
	I	II	III
75.000,00 €	7 %	30 %	30 %
300.000,00 €	11 %	30 %	30 %
600.000,00 €	15 %	30 %	30 %
6.000.000,00 €	19 %	30 %	30 %
13.000.000,00 €	23 %	50 %	50 %
26.000.000,00 €	27 %	50 %	50 %
Darüber	30 %	50 %	50 %

Bei Werten zwischen 600.000,00 € und 6.000.000,00 € ergibt sich daraus in der Steuerklasse III eine geringfügige Senkung des bisherigen Tarifs, im Übrigen aber in den Steuerklassen II und III eine wesentliche Erhöhung.

3. Bewertung

Entsprechend den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts ist in Zukunft grundsätzlich der **Verkehrswert** maßgebend.

Steuerliches **Betriebsvermögen** einschließlich Anteile an Kapitalgesellschaften von mehr als 25 % wird nach üblichen Ertragswertverfahren (z. B. DCF-Methode) bewertet. Der Kapitalisierungszinssatz (Basiszins plus Risikozuschlag) soll dabei auf rund 9 % festgelegt werden. Einzelheiten werden in einer Rechts-

verordnung geregelt, mit der auch typisierende Bewertungsmethoden zugelassen werden sollen.

Bei **Immobilien** ist zu unterscheiden: Der Wert **unbebauter** Grundstücke wird nach den jeweils aktuellen Bodenrichtwerten ermittelt. Der Wert **bebauter Grundstücke** wird auf der Grundlage der Wertermittlungsverordnung nach dem Vergleichswertverfahren, dem Ertragswertverfahren oder dem Sachwertverfahren festgestellt. Auch insoweit ist zur Regelung der Einzelheiten eine Rechtsverordnung vorgesehen. Für **vermietete Immobilien** ist ein **Abschlag** von 10 % geplant.

4. Begünstigung von Betriebsvermögen

Steuerliches **Betriebsvermögen** wird künftig wie folgt begünstigt: Zunächst gilt eine Freigrenze von 150.000,00 €, so dass kleinere Betriebsvermögen erbschaft- und schenkungsteuerfrei bleiben. Darüber hinaus gilt ein **modifiziertes Abschmelzungsmodell** wie folgt:

15 % des Betriebsvermögens ist nicht begünstigt; die darauf entfallende Steuer ist sofort zu zahlen. **85 %** der auf Betriebsvermögen entfallenden **Steuer** wird **gestundet** und in zehn gleichen Jahresraten unter folgenden Voraussetzungen **erlassen**:

Bei Unternehmen mit mehr als zehn Arbeitnehmern darf die **Lohnsumme** in den zehn Jahren nach der Übertragung in keinem Jahr geringer sein als 70 % der durchschnittlichen Lohnsumme der letzten fünf Jahre vor der Übertragung. Für jedes Jahr, in dem die Mindestlohnsumme nicht erreicht wird, entfällt 1/10 des Bewertungsabschlags. Für die Jahre, in denen die Mindestlohnsumme eingehalten wurde, bleibt die Begünstigung erhalten. Die Ausgangslohnsumme wird zur Ermittlung der 70 %-Grenze nach einem Tariflohnindex dynamisiert.

Die **Betriebsveräußerung/-aufgabe** oder Teilveräußerung sowie die Veräußerung/Entnahme von wesentlichen Betriebsgrundlagen innerhalb von 15 Jahren (bei landwirtschaftlichem Betriebsvermögen innerhalb von 20 Jahren) nach der Übertragung führen in dem entsprechenden Umfang zum Wegfall der Begünstigung, wenn nicht in zeitlichem Zusammenhang damit eine Reinvestition erfolgt. Das gleiche gilt für den Fall von Überentnahmen.

Die Begünstigung von Betriebsvermögen setzt außerdem voraus, dass das Betriebsvermö-

gen zu mindestens 50 % aus aktivem, also „**produktivem**“ **gewerblichem Vermögen** und nicht aus sog. **Verwaltungsvermögen** besteht. Als **Verwaltungsvermögen** gelten insbesondere fremdvermieteter Grundbesitz sowie Wertpapiere und Anteile an Kapitalgesellschaften von 25 % und weniger. Damit sind sog. gewerblich geprägte GmbH & Co. KGs, in die fremdvermieteter Grundbesitz und Kapitalvermögen eingebracht worden ist, von der Begünstigung ausgeschlossen. Und auch dann, wenn das **Verwaltungsvermögen** einen geringeren Anteil als 50 % des gesamten **Betriebsvermögens** ausmacht, ist das **Verwaltungsvermögen** nur begünstigt, wenn es bereits mindestens zwei Jahre vor der Übertragung zum **Betriebsvermögen** gehört hat.

Von Bedeutung ist noch, dass die Tarifbegünstigung für nicht verwandte Unternehmensnachfolger gem. § 19 a ErbStG erhalten bleiben soll. Das führt dazu, dass auch Personen der Steuerklasse II und III für übertragene **Betriebsvermögen** im Ergebnis wie Personen der Steuerklasse I besteuert werden.

5. Inkrafttreten der neuen Bestimmungen

Vorgesehen ist, dass das Bundeskabinett den auf den vorgenannten Eckpunkten beruhenden Gesetzentwurf Anfang Dezember beschließt und auf den parlamentarischen Gesetzgebungsweg bringt. Das Gesetz soll am **01.04.2008** in Kraft treten und für alle Schenkungs- und Erbfälle nach diesem Zeitpunkt gelten. Nur für **Erbfälle**, nicht aber für Schenkungen, zwischen dem 01.01.2007 und dem Inkrafttreten des Reformgesetzes soll auf Antrag der Erben **das neue Recht rückwirkend** angewendet werden.

6. Empfehlungen

Handlungsbedarf besteht bei ohnehin in den nächsten Jahren vorgesehenen Übertragungen von Immobilien und Betriebsvermögen.

Vorgezogene Übertragungen von **Immobilien** sollten geprüft werden, soweit der nach jetzigem Recht maßgebende sog. **Bedarfswert** (12,5-fache Jahresnettomiete abzüglich Altersabschlag) wesentlich unter dem **Verkehrswert** liegt.

Inhaber von **Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen** können ihren Handlungsbedarf überschlägig in folgenden Schritten prüfen:

- Ist ohnehin in den nächsten Jahren eine Übertragung auf die nächste Generation geplant? - 40- oder 45-jährige Unternehmer sollten (noch) nicht über eine Nachfolge unter Lebenden nachdenken.
- Handelt es sich um ein Unternehmen oder Unternehmensbeteiligungen mit mehr als 50 % „Verwaltungsvermögen“, das nicht gewerblich „aktiv“ ist? Dann kommt eine vorgezogene Übertragung – ggf. mit Nießbrauchsvorbehalt und eventuell auch in jüngeren Jahren – in Betracht, da hierfür künftig keinerlei Begünstigungen mehr in Anspruch genommen werden können.
- Erreicht oder übersteigt der Verkehrswert des Unternehmens oder der Beteiligung ca. 450 % des derzeit noch maßgebenden Bedarfs werts (steuerlicher Buchwert mit gesonderter Bewertung von im Betriebsvermögen enthaltenen Immobilien und Beteiligungen an Kapitalgesellschaft-

ten)? In diesen – nicht seltenen – Fällen ist die künftige Steuer auf 15 % des Verkehrswerts bereits so hoch wie die nach derzeitigem Recht für die Übertragung des gesamten Betriebsvermögens entstehende Steuer. Wenn dagegen der Verkehrswert die Grenze von ca. 450 % nicht erreicht oder übersteigt, kommt es darauf an, wie im Einzelfall beurteilt wird, ob die Begünstigungsbedingungen in den nächsten 10 bzw. 15 Jahren eingehalten werden können.

In jedem Fall ist jetzt Eile geboten, um ggf. zügig handeln zu können, wenn der Gesetzentwurf in seiner endgültigen Fassung vorliegt.

Nur wenn Sie noch vor dem 01.04.2008 sterben, können Ihre Erben sich aussuchen, welche Regelung günstiger ist. Das aber werden Sie in der Regel weder planen, noch wollen wir es Ihnen wünschen.

Reinhard Knälmann

Gesellschaftsrecht: Immer wieder: Die Buchwertklausel

Die gesetzliche **Abfindung eines ausscheidenden** Gesellschafters bemisst sich unabhängig von der Gesellschaftsform nach dem wirklichen Wert (= **Verkehrswert**) seiner Beteiligung. Dieser Wert entspricht dem — anteiligen — wahren Wert der Gesellschaft selbst. Die Abfindung beinhaltet damit auch den quotalen Anteil des Gesellschafters an den stillen Reserven und dem Goodwill der Gesellschaft.

Die gesetzliche Abfindungsregelung ist **nicht zwingend**. Der Gesetzgeber lässt von ihr abweichende Vereinbarungen zwischen Gesellschaftern zu. Daher sind gesellschaftsvertragliche Klauseln, durch die eine Abfindung ausscheidender Gesellschafter unterhalb des Verkehrswerts ihrer Beteiligung vereinbart und gegebenenfalls der Auszahlungszeitraum gestreckt wird, in der Rechtspraxis die Regel. Abfindungsbeschränkungen haben in der Regel auch einen guten Grund. Sie sollen nämlich die Gesellschaft davor schützen, durch hohe Liquiditätsabflüsse in kurzen Zeiträumen selbst gefährdet zu werden.

Eine bis heute häufig zu findende gesellschaftsvertragliche Abfindungsregelung ist die so genannte **Buchwertklausel**, nach der ein ausscheidender Gesellschafter als Abfindung lediglich den Buchwert (also den anteiligen Bilanzwert) seiner Beteiligung erhält und stille Reserven und Good

Will der Gesellschaft bei der Abfindungsberechnung außer Acht bleiben. Die Vereinbarung von Buchwertklauseln ist im Sinne einer wirtschaftlich möglichst unbeeinträchtigten Unternehmensfortführung sinnvoll und wünschenswert. Sie ist jedoch rechtlich äußerst problematisch.

Denn Buchwertklauseln sind **nicht uneingeschränkt** zulässig. Seit dem Jahre 1978 macht der Bundesgerichtshof (BGH) die Zulässigkeit einer Buchwertklausel in ständiger Rechtsprechung davon abhängig, dass zwischen dem nach dem Buchwert berechneten vertraglichen Abfindungsanspruch und dem wirklichen Wert des Anteils des ausscheidenden Gesellschafters **kein grobes Missverhältnis** besteht. Wann von einem solchen groben Missverhältnis ausgegangen werden muss, hängt vom Einzelfall ab. Der BGH gibt keine allgemeingültige starre Wertgrenze vor, sondern betont, dass **für jeden konkreten Fall** überprüft werden muss, ob die gesetzliche Abfindung durch die vertragliche Abfindungsklausel „vollkommen unangemessen verkürzt“ wird. Davon geht er jedenfalls dann aus, wenn der Verkehrswert des Anteils die vertragliche Abfindung um ein Mehrfaches überschreitet. Die grundsätzliche Gefahr einer vollkommen unangemessenen Verkürzung des gesetzlichen Abfindungsanspruchs im Sinne des BGH birgt jede reine Buchwertklausel schon aus ihrem Gedanken heraus.

Besteht ein grobes Missverhältnis zwischen vertraglichem Abfindungsanspruch und wirklichem Wert des Anteils, ist im Hinblick auf die Folgen zu unterscheiden, ob die Unverhältnismäßigkeit bereits **im Zeitpunkt der Vereinbarung** der Buchwertklausel vorlag oder erst im Laufe der Zeit **danach** entstanden ist. Lag das grobe Missverhältnis bereits im Zeitpunkt der Vereinbarung der Buchwertklausel vor, ist diese wegen **anfänglicher** Unangemessenheit **nichtig** und der Gesellschafter nach den gesetzlichen Maßstäben mit dem vollen Verkehrswert seiner Beteiligung abzufinden. Ist das grobe Missverhältnis hingegen wegen einer erfolgreichen Entwicklung des Unternehmens erst **nachträglich** entstanden, scheidet seit der Änderung der Rechtsprechung durch den BGH im Jahre 1993 eine Unwirksamkeit der Buchwertklausel grundsätzlich aus. Es ist allerdings durch ergänzende Vertragsauslegung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu prüfen, wie die Abfindung im Wege eines gerechten Interessenausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falles an die geänderten Verhältnisse **anzupassen** ist.

Im Streitfall untersucht ein Gericht bei einem nachträglich eingetretenen groben Missverhältnis zunächst, ob die Gesellschafter in Kenntnis der späteren Änderung der Verhältnisse die vertragliche Regelung belassen oder ob sie als redliche Vertragspartner der Entwicklung durch eine anderweitige vertragliche Bestimmung Rechnung getragen hätten. Ergibt sich hiernach, dass die Gesellschafter die vertragliche Abfindungsregelung dennoch in der bestehenden Form vereinbart hätten, führt dies nicht automatisch zu ihrer Anwendbarkeit. In einem zweiten Schritt prüft das angerufene Gericht vielmehr weiter, ob die vertragliche Abfindung dem ausscheidenden Gesellschafter nach Treu und Glauben **zugemutet** werden kann. Zu berücksichtigen sind dabei sämtliche Umstände des Einzelfalles. Hierzu gehören neben dem Verhältnis von Klausel- zu wirklichem Anteilswert auch die Dauer der Zugehörigkeit zur Gesellschaft, das Ausmaß der Beiträge des Gesellschafters zum Unternehmenserfolg, die Begleitumstände (Art und Anlass) des Ausscheidens, die Intensität der kündigungsbeschränkenden Wirkung der Abfindungsklausel sowie die Bedürftigkeit des Ausscheidenden.

Bei der Anpassung sind auch die Unternehmensinteressen angemessen zu berücksichtigen. Sie

führt daher in aller Regel nicht zu einer Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters nach dem Verkehrswert seines Anteils, sondern gewöhnlich zu einem Betrag irgendwo zwischen Buch- und Verkehrswert. Nicht selten treffen sich die Parteien dabei auf halbem Weg, indem das Gericht als Abfindung den Buchwert der Beteiligung des ausscheidenden Gesellschafters zuzüglich der Hälfte der Differenz zwischen Buch- und Verkehrswert seines Anteils festlegt.

Das Interesse von Gesellschaftern, einem künftig ausscheidenden Gesellschafter keine „Vollwertabfindung“ zu Lasten des zukünftigen Unternehmenserfolgs zu gewähren, ist berechtigt. Für eine rechtsgültige Reduzierung der Abfindung hinab bis auf den Buchwert der Beteiligung bestehen jedoch hohe Hürden. Ob eine Buchwertklausel „hält“ oder ob und wie sie gegebenenfalls anzupassen ist, unterliegt dabei im Streitfall ausschließlich richterlicher Einzelfallbeurteilung. Diese kann mangels entsprechender allgemeingültiger Beurteilungsmaßstäbe nur selten verlässlich vorausgesagt werden. **Buchwertklausen verschaffen daher gerade nicht** die von Gesellschaftern und Gesellschaft dringend benötigte **Rechtssicherheit**. Sie bergen vielmehr die Gefahr, dass sich ein ausscheidender Gesellschafter gute Chancen ausrechnet, im Streitfall jedenfalls mehr als seine vertragliche Abfindung zu erhalten. Um das Risiko streitiger Auseinandersetzungen und späterer unliebsamer Überraschungen auf der hohen See der deutschen Gerichtsbarkeit zu minimieren, sollte daher rechtzeitig erwogen werden, auf die nur vordergründig reizvolle Buchwertklausel zu verzichten und statt ihrer eine auf die konkreten Umstände abgestimmte gesellschaftsvertragliche Abfindungsregelung zu treffen, die eine realistische Chance hat, im Streitfall anerkannt zu werden.

In einigen **Sonderfällen** freilich sind Abfindungsbeschränkungen zulässig, die sogar über die Wirkung von Buchwertklauseln hinausgehen. Für den Fall, dass ein Gesellschafter **stirbt** und keinen Erben hinterlässt, der nach dem Gesellschaftsvertrag die Nachfolge in seinen Anteil antreten kann, ist in ständiger Rechtsprechung sogar die Möglichkeit eines **vollständigen Ausschlusses** des Abfindungsanspruchs anerkannt.

Stephan Löwisch

Gesellschaftsrecht: GmbH-Reform — Gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen

In unseren Ausgaben Oktober 2006 sowie Juni 2007 hatten wir über den Entwurf des Justizminis-

teriums und des späteren Regierungsentwurfs eines **Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-**

Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG-Entwurf) berichtet. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung sieht als wesentliche Neuerung in § 16 Abs. 3 erstmals die Möglichkeit eines **gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen** oder von Rechten an Geschäftsanteilen vor.

Nach geltendem Recht gibt es **keinen gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen**. Bislang muss sich der Erwerber vor dem Risiko, dass der Anteil einem anderen als dem Veräußerer zusteht, dadurch schützen, dass er sich möglichst alle relevanten Abtretungsurkunden bis zurück zur Gründungsurkunde vorlegen lässt. Das kann gerade bei älteren Gesellschaften mit einem hohen zeitlichen und inhaltlichen Aufwand verbunden sein und bietet trotzdem keine Gewähr für die materielle Wirksamkeit beurkundeter Abtretungen. Denn auch eine scheinbar lückenlose Kette von Anteilsabtretungen kann durch unbekannt gebliebene Abtretungen unterbrochen worden sein. Werden bei Untersuchungen Ungereimtheiten zutage gefördert, muss man versuchen, sich mit Heilungsmaßnahmen zu behelfen. Das setzt voraus, dass die betroffenen Personen mitwirken.

Der Erwerber lässt sich zwar regelmäßig vom Veräußerer garantieren, dass der Geschäftsanteil dem Veräußerer zusteht. Stellt sich heraus, dass dem Veräußerer die veräußerten Anteile nicht in dem vertraglich bezeichneten Umfang zustehen und nimmt der Erwerber ihn deshalb aus Garantie in Anspruch, führt dies aber lediglich zu einem schuldrechtlichen Anspruch gegen den Veräußerer. Der Veräußerer kann nicht gegen den Willen des wahren Berechtigten dem Erwerber den Anteil verschaffen. Insgesamt besteht der Nachteil relativ hoher Transaktionskosten, obwohl eine gewisse Rechtsunsicherheit verbleibt. Diesen Nachteilen will die Neuregelung begegnen.

§ 16 Abs. 3 MoMiG-Entwurf sieht nunmehr vor, dass der Erwerber einen Geschäftsanteil oder ein Recht daran durch Rechtsgeschäft **wirksam vom Nichtberechtigten erwerben** kann, wenn der Veräußerer als Inhaber des Geschäftsanteils in der im Handelsregister aufgenommenen **Gesellschafterliste** eingetragen ist. Derjenige, der einen Geschäftsanteil erwirbt, soll darauf vertrauen dürfen, dass die in der Gesellschafterliste verzeichneten Personen auch wirklich Gesellschafter sind.

Ein Gutgläubenserwerb soll nach dem Entwurf andererseits **ausscheiden**, wenn die Gesellschafterliste zum Zeitpunkt des Erwerbs hinsichtlich des Geschäftsanteils **weniger als drei** Jahre unrichtig und die Unrichtigkeit dem Berechtigten nicht zuzurechnen ist. Nach der Begründung des Entwurfs liegt z.B. dann eine zurechenbare Un-

richtigkeit vor, wenn zunächst der Scheinerbe des früheren Gesellschafters in der Gesellschafterliste eingetragen wird und der wahre Erbe es unterlässt, die Geschäftsführer zur Einreichung einer korrigierten Liste zu veranlassen. Ein gutgläubiger Erwerb soll ferner nicht möglich sein, wenn dem Erwerber die mangelnde Berechtigung bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist oder der Gesellschafterliste ein **Widerspruch** zugeordnet ist. Ein gutgläubiger Erwerb scheidet daneben in jedem Fall aus, wenn der Geschäftsanteil **überhaupt nicht existiert**; denn geschützt wird nur der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis des Veräußerers, nicht jedoch der gute Glaube an die Existenz des Geschäftsanteils, über den verfügt wird.

Nach der Begründung des Entwurfs ist der wahre Berechtigte hinreichend geschützt. Ihm bleiben, sofern er sich die Unrichtigkeit der Liste nicht zurechnen lassen muss, drei Jahre, um einen Widerspruch zur Gesellschafterliste zu veranlassen oder die Liste korrigieren zu lassen. Kommt es zum Rechtsverlust durch Gutgläubenserwerb, so stehen dem früheren Berechtigten Ausgleichsansprüche gegen den nicht berechtigt verfügenden Veräußerer, nicht jedoch gegen den gutgläubigen Erwerber zu.

Auch wenn der Vorschlag eines gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen weithin in der Fachliteratur und der Beratungspraxis begrüßt wird, wird der **Regelungsvorschlag** als **unzureichend** angesehen. Eine Ressourcen sparende Begrenzung der Due Diligence-Prüfung auf die letzten drei Jahre scheidet etwa aus, wenn es während dieser Frist zu Zwischenerwerben gekommen ist. Hier besteht die Notwendigkeit einer Due Diligence-Prüfung unter Umständen auch für einen längeren Zeitraum.

Misslich ist daneben, dass für den Beginn des Laufs der Drei-Jahres-Frist an einen für den Erwerber nicht aus der Gesellschafterliste erkennbaren Zeitpunkt, nämlich den Eintritt der Unrichtigkeit, angeknüpft wird. So mag z.B. der Veräußerer bereits fünf Jahre mit demselben Anteil in der Liste eingetragen sein. Die Liste könnte jedoch dadurch unrichtig geworden sein, dass der Veräußerer innerhalb von drei Jahren vor der Veräußerung an den Erwerber den Anteil an einen Dritten veräußert hat. Ist dabei die Eintragung in der Gesellschafterliste unterblieben, ohne dass es dem Dritten zuzurechnen ist, so entfällt der Gutgläubensschutz. Der Erwerber kann also nicht sicher sein, ob er im Ernstfall Gutgläubensschutz genießt oder nicht. Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber vor diesem Hintergrund § 16 III MoMiG-Entwurf noch verändert. Wir berichten weiter.

Cornelius Kruse

Gesellschaftsrecht / Insolvenzrecht: Entlastung von Geschäftsführern durch qualifizierte Beratung

Ein Urteil des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 14.5. 2007 gibt doppelte Freude: Eine deutliche Grundlage für eine Enthaltung von Geschäftsführungsmitgliedern - und zugleich kostenlose Werbung für Wirtschaftsprüfer, fachliche Spezialberater und damit auch unsere Berufsstände des Rechtsanwalts und Notars.

Ein organschaftlicher Vertreter (dort Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft) hatte nach Vorlage einer Bilanz mit bilanzieller Überschuldung gezielt einen Wirtschaftsprüfer mit der Prüfung beauftragt, ob ein Insolvenzgrund vorliegt. Der Wirtschaftsprüfer hatte genügend stille Reserven angenommen und vor allem – nach Auffassung des II. Zivilsenats anscheinend fehlerhaft – vorhandene Rangrücktrittserklärungen als hinreichend beurteilt, um die entsprechenden Verbindlichkeiten der AG aus einer Überschuldungsprüfung heraus zu nehmen. Er war zu dem Ergebnis gekommen, es bestehe keine Insolvenzantragspflicht. Der organschaftliche Vertreter hatte daraufhin (zunächst) keine Insolvenz angemeldet. Das wurde später — nach Auffassung des BGH verspätet — nachgeholt. Gleichwohl haftete der Vertreter nicht. Denn es gilt zwar die Beweislastumkehr für fehlerhaftes Verhalten von organschaftlichen Vertretern, erst recht zum Verschulden. Schädlich und haftungsbegründend ist bereits einfache **Fahrlässigkeit**. Selbst diese wird aber **ausgeschlossen**, wenn sich der organschaftliche Vertreter an folgendes hält:

Er muss sich zu einer zu prüfenden Situation „unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärenden Fragestellungen **fachlich qualifizierten Berufsträger**“ beraten lassen. Außerdem muss er das Ergebnis, nämlich die Begutachtung oder Auskunft des Fachberaters, einer „Plausibilitätskontrolle“ unterziehen.

Daran hatte sich das Vorstandsmitglied gehalten – und **haftet deswegen** persönlich **nicht** auf Schadensersatz. Der BGH deutet in weiteren Bemerkungen an: Fachlicher Prüfungsauftrag ist mehr, als nur eine schlichte Anfrage zu stellen. Es reicht auch nicht, dass die Auskunftsperson „für fachkundig gehalten“ wird. Der BGH erwähnt ferner beiläufig die Möglichkeit von „Gefälligkeitsgutachten“ — solche genügen zur Haftungsentlastung natürlich auch nicht.

Es wird also sicher nicht genügen, irgendwelche Anfragen zu stellen etwa am Telefon „Ach, ich hätte da so eine Frage“, oder ganz beiläufig nur Stichworte zu erwähnen (so z.B.: Es gebe Rangrücktrittserklärungen), um dann eine Art oberflächliche „Schnellantwort“ zu erhalten. Wer sich aber qualifiziert beraten lässt, wird entweder ohnehin rechtzeitig und richtig handeln, trägt aber jedenfalls kein Haftungsrisiko.

Dr. Egon Peus

Privates Baurecht: Erhöhung des Architektenhonorars bei Bauzeitverlängerung

Bauzeitverlängerungen treten aus den unterschiedlichsten Gründen in der Praxis sehr häufig auf. Entsteht durch die Bauzeitverlängerung für den Architekten Mehraufwand (z.B. durch Vorhaltung von Personal und Material), stellt sich die Frage, ob der Architekt von seinem Auftraggeber ein erhöhtes Honorar beanspruchen kann.

Ohne eine vertragliche Vereinbarung ist es für den Architekten praktisch nahezu ausgeschlossen, gegenüber seinem Auftraggeber wegen einer Bauzeitverlängerung mit Erfolg ein erhöhtes Honorar durchzusetzen. Dies liegt daran, dass die Vergütung nach der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) grundsätzlich unabhängig vom Zeitaufwand des Architekten ist. Eine **Honoraranpassung wegen Bauzeitverlängerung ohne vertragliche Vereinbarung** kommt deswegen **nur in extremen Ausnahmefällen**

über das Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage in Betracht. § 4 a Satz 3 HOAI erlaubt ausdrücklich eine Vereinbarung, wonach dem Architekten bei wesentlicher Verlängerung der Planungs- und Bauzeit durch Umstände, die er nicht zu vertreten hat, ein zusätzliches Honorar zusteht. Demgemäß **enthalten Architektenverträge häufig eine Regelung** über die Anpassung des Honorars bei einer Bauzeitverlängerung.

Eine weit verbreitete Regelung in Architektenverträgen, die vor allem von öffentlichen Auftraggebern verwendet wird, stand vor kurzem beim **Bundesgerichtshof** (BGH) auf dem Prüfstand. Die Bundesrepublik Deutschland hatte einen Architekten unter anderem mit der Überwachung eines Bauvorhabens beauftragt, bei dem 117 Wohneinheiten errichtet werden sollten. Im Vertrag war eine Bauzeit von 24 Monaten vorgese-

hen. Der **Vertrag** enthielt eine **Regelung**, wonach die Parteien eine **zusätzliche Vergütung** für die **Mehraufwendungen zu vereinbaren haben**, die dem Architekten wegen einer von ihm nicht zu vertretenden **wesentlichen Bauzeitverlängerung** entstehen. In dem Vertrag war ferner geregelt, dass eine Überschreitung der festgelegten Bauzeit bis zu 20 % durch das Honorar abgegolten sei und der Architekt für den daran anschließenden Zeitraum für die nachweislich gegenüber den Grundleistungen entstandenen Mehraufwendungen eine zusätzliche Vergütung bis zum Höchstbetrag derjenigen Vergütung je Monat erhalten sollte, die er für die Objektüberwachung je Monat der vereinbarten Ausführungszeit erhalten hat. Der Architekt machte geltend, dass die vereinbarte Bauzeit um mindestens 13 Monate überschritten worden sei und beanspruchte unter anderem wegen Mehraufwendungen für zwei Bauleiter eine zusätzliche Vergütung für den Zeitraum verlängerter Bauüberwachung von acht Monaten. Eine Vereinbarung über eine zusätzliche Vergütung für die Mehraufwendungen war – wie häufig – zwischen den Parteien nicht zustande gekommen.

Der BGH hat – anders als die Vorinstanzen – in teilweiser Bestätigung und Fortführung seiner Rechtsprechung festgestellt, dass der Architekt **auch ohne eine Einigung** über eine **zusätzliche Vergütung** für die Mehraufwendungen einen Zahlungsanspruch hat, und zwar **unmittelbar aus der vertraglichen Regelung** über die Honoraranpassung bei Bauzeitverlängerung. Danach begründet diese Regelung nach der beiderseitigen Interessenlage nicht nur eine Pflicht des Auftraggebers, Verhandlungen mit dem Architekten aufzunehmen, sondern auch die **Pflicht, in die zutreffend nach den Mehraufwendungen berechnete Vergütung der Leistungen einzuwilligen**. Im Rechtsstreit tritt an die Stelle des Anspruchs auf Verhandlung und Einwilligung der Anspruch auf Zahlung der nach dem Vertrag geschuldeten Vergütung. Dieser **Anspruch hängt grundsätzlich nicht davon ab, dass er noch während der Durchführung des Bauvorhabens geltend gemacht** wird. Zu der bisher weitgehend ungeklärten Frage, wie sich die Höhe des Honorars berechnet, führt der BGH aus, dass der Architekt eine **Zusatzvergütung für die Aufwendungen** verlangen kann, **die ihm nachweisbar gerade durch die Bauzeitverlängerung entstanden** sind und der Anspruch nicht auf Aufwendungen beschränkt ist, die das Vertragshonorar übersteigen. An die **Darlegung des Mehraufwandes** stellt der BGH **keine besonderen An-**

forderungen. Es genügt danach, wenn der Architekt zum Umfang der infolge der Bauzeitverlängerung erforderlichen Leistungen (Personal- und Materialeinsatz) und den dadurch entstandenen Kosten sowie ggf. – etwa bei nennenswerten Stillstandszeiten – zu ersparten Aufwendungen vorträgt. Es ist dann Sache des Auftraggebers, das Vorbringen des Architekten qualifiziert zu bestreiten.

Fazit: Eine **Honoraranpassungsregelung** der vorliegenden Art im Architektenvertrag ist aus Sicht des Architekten **sinnvoll**. Hierdurch verbessert er seine rechtliche Stellung ganz erheblich. Ihm steht selbst dann eine nach der vertraglichen Regelung berechnete Zusatzvergütung zu, wenn er sich mit seinem Auftraggeber nicht über das Honorar einigen kann. Der Architekt ist nicht einmal gezwungen, während der Vertragsdurchführung Verhandlungen mit seinem Auftraggeber über ein erhöhtes Honorar aufzunehmen. Die **Entscheidung des BGH vereinfacht** zudem die **Berechnung des zusätzlichen Honorars** ganz wesentlich und **reduziert** die – von einigen Instanzgerichten – bisher gestellten Anforderungen an die **Darlegungs- und Beweislast des Architekten**, der ein zusätzliches Honorar klageweise durchsetzen will. Der Architekt muss seinen Mehraufwand weder nach der HOAI prüfbar abrechnen, noch ist er verpflichtet, die Differenz zwischen Gesamtaufwand und Vertragshonorar darzulegen. Ebenso wenig ist er gehalten, seinen kalkulierten Aufwand dem tatsächlichen Aufwand gegenüber zu stellen. Dies ist praxismäßig. Zu beachten ist aber stets, dass die Honoraranpassungsregelung im Architektenvertrag den Auftraggeber **ausdrücklich zur Einwilligung** in die Zahlung eines zusätzlichen Architektenhonorars **verpflichten** und **konkret bestimmen** muss, **wie das erhöhte Honorar zu berechnen** ist. Zu beachten ist ferner, dass der Architektenvertrag im Übrigen eine **bestimmte Bauzeit zugrunde legen** muss, die für das konkrete Vorhaben **realistisch bemessen** ist und die übliche Bauablaufstörungen berücksichtigen muss, da eine Honoraranpassungsregelung nach einer weiteren Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2004 andernfalls wegen Umgehung des Preisrechtes der HOAI unwirksam ist. Wichtig ist schließlich, dass nach der vorgenannten Rechtsprechung des BGH aus dem gleichen Grunde eine Honoraranpassungsregelung nur wirksam für – gegenüber der jeweils vorgesehenen Bauzeit – **erhebliche Bauzeitverlängerungen** vereinbart werden kann.

Dr. Marco Krenzer

Privates Baurecht: Architektenhonorar und Verjährung – Gefahren für den Architekten aus der Änderung der Rechtsprechung

Der Anspruch auf Zahlung von Architektenhonorar unterliegt der sich aus § 195 BGB ergebenden **Regelverjährungsfrist von drei Jahren**. Die Frist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist. Zum Zeitpunkt des Entstehens hatte der BGH mehrfach entschieden, dass maßgebend ist die Erteilung einer prüffähigen Schlussrechnung. Mit anderen Worten: Die Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Auftraggeber vom Architekten eine **prüffähige Schlussrechnung** erhält.

Dem vom BGH aufgestellten Grundsatz, dass die Erteilung einer prüffähigen Schlussrechnung für den Beginn der Verjährungsfrist maßgebend ist, liegt § 8 Abs. 1 HOAI zugrunde. Danach wird das Honorar fällig, wenn die Leistungen vertragsgemäß erbracht sind und eine prüffähige Honorarschlussrechnung überreicht worden ist. Von diesem Grundsatz weichen Instanzgerichte ab. Selbst der BGH macht zwischenzeitlich Einschränkungen. Beispielhaft:

- Das Landgericht Karlsruhe hat mit Urteil vom 17.11.2005 entschieden, dass die Frist bereits beginnt, wenn die Leistungen des Architekten **abnahmefähig erbracht** sind. **Konsequenz:** Für den Fristbeginn kommt es nicht auf die Erteilung einer prüffähigen Schlussrechnung an; es kommt noch nicht einmal auf die Erteilung einer Rechnung an.
- Das Kammergericht in Berlin musste sich mit einem Fall befassen, in dem die Architekten dem Auftraggeber eine Honorarschlussrechnung mit der Anmerkung übersandt hatten, dass es sich um einen **Vorschlag** handelt. Das Kammergericht hat dazu mit Urteil vom 18.03.2004 entschieden, dass die Verjährungsfrist mit Zugang des Schreibens begann. Der BGH hat die von den Architekten eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen.
- Nach der neueren Rechtsprechung des BGH kann sich der Auftraggeber auf die fehlende Prüffähigkeit der Schlussrechnung nicht mehr

berufen, wenn er nicht **innerhalb von zwei Monaten** nach Zugang der Rechnung **substantiierte Einwendungen** gegen die Prüffähigkeit vorbringt. Dazu hat der BGH mit Urteil vom 27.11.2003 entschieden, dass ungeachtet der fehlenden Prüffähigkeit auch für den Verjährungsbeginn auf den Ablauf der zwei Monate abzustellen ist, wenn der Auftraggeber substantiierte Einwendungen gegen die Prüffähigkeit nicht vorbringt.

- Der BGH hat bereits im Jahre 1986 entschieden, dass der **Auftraggeber** den mit der Schlussrechnung säumigen Architekten **auffordern** kann, die Schlussrechnung innerhalb einer angemessenen Frist zu erstellen. Kommt der Architekt der Aufforderung nicht nach, muss er sich hinsichtlich der Verjährung so behandeln lassen, als sei die Schlussrechnung innerhalb der angemessenen Frist erteilt worden.

Vorstehendes zeigt, dass der Architekt zur Verjährung seiner Honorarschlussrechnung nicht mehr allein darauf abstellen darf, ob er prüffähig abgerechnet hat oder nicht. Es spricht zwar nicht vieles dafür, dass sich die Auffassung des Landgerichts Karlsruhe durchsetzen wird. Bei dem vom Kammergericht entschiedenen Fall handelt es sich um einen Sonderfall. Der Architekt muss aber **zumindest** das beachten, was der BGH zu Ausnahmen von dem Grundsatz entschieden hat, dass allein die Erteilung einer prüffähigen Schlussrechnung maßgebend ist. Der Architekt darf kein Risiko eingehen. Er sollte im Hinblick auf den Beginn der Frist von drei Jahren spätestens auf den Zeitpunkt abstellen, in dem seine Schlussrechnung dem Auftraggeber zugegangen ist. Wenn er ganz vorsichtig ist, sollte er sich am Urteil des Landgerichts Karlsruhe orientieren und auf den Zeitpunkt abstellen, zu dem er seine Leistungen abnahmefähig erbracht hat. Dass der Architekt zwingend das beachten muss, was nach dem BGH zur Aufforderung des Auftraggebers zur Erstellung einer Schlussrechnung gilt, liegt auf der Hand.

Hans-Jochen Hütter

Öffentliches Wirtschaftsrecht / Gesellschaftsrecht: Umwelthaftung des Geschäftsführers

Ein Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Münster (NRW) vom 26.03.2007 sagt zwar in der Sache, genau genommen, nichts Neues. Er führt aber dramatisch vor Augen, was bisher in der Unternehmensberatung in Deutschland fast völlig übersehen wird. Es geht um die **persönliche** Haftung von organschaftlichen Vertretern von Gesellschaften unter dem Gesichtspunkt der so genannten „Störerhaftung“. Diese Haftung trifft den Geschäftsführer **persönlich**. Sie setzt **kein Verschulden voraus**. Sie **verjährt nie**.

Der Ausgangsfall ist in Presse und Fernsehen bekannt geworden. Ein Unternehmen in Gestalt einer GmbH & Co. KG beschafft sich, neutral ausgedrückt, **industrielle Rückstände**. Sie werden mit anderen Stoffen vermischt und dann an Landwirte zur „**Bodenverbesserung**“ abgegeben. Es wird im Laufe der Zeit festgestellt, dass in den zur Trinkwasserversorgung dienenden Fluss Möhne mit erheblicher Konzentration der Stoff PFT eingebracht worden ist. Dieser Stoff war bisher in Katalogen von Schadstoffen für Wasser überhaupt nicht erwähnt. Er wurde dann aber, möglicherweise auch mit Blick auf eine gewisse ökologisch-vorsorgende Betrachtung, als potentiell schädlich angesehen. Aus weiteren Überprüfungen ergab sich, von welchen Äckern das PFT stammte. Mindestens ein bestimmter Acker wurde ausfindig gemacht. Diesen zu sanieren, also die Schadstoffe zu beseitigen, kostet über 1 Mio. Euro. Die Sanierung wurde der GmbH & Co. KG aufgegeben. Pflichtbewusst hat deren Geschäftsführer zunächst Widerspruch erhoben und vor allem gegen die sofortige Vollziehung Antrag bei Gericht auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gestellt. Im Ergebnis erfolglos. Damit stand fest: Die KG musste die **Sanierung** durchführen. Das erforderliche Vermögen hatte sie nicht. Folglich hat, ebenso pflichtbewusst, der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH **Insolvenzantrag** gestellt.

Aber auch gegen ihn selbst, den Geschäftsführer, hat die Behörde durch Verwaltungsakt die Aufforderung gerichtet, die Sanierung durchzuführen. Und im Verfahren über die Aussetzung der sofortigen Vollziehung ist nun der eingangs erwähnte Beschluss ergangen. Der Geschäftsführer (persönlich) sei **zu Recht in Anspruch genommen** worden.

Bei Wertung der Zusammenhänge habe der Geschäftsführer nämlich hinreichend nahe am Geschehensablauf (in eigener Person) mitgewirkt habe. Dafür genüge, dass er im Allgemeinen

wusste, dass die Mitarbeiter des Unternehmens im Rahmen des von ihm gesteuerten Geschäftszwecks verschiedene Substanzen miteinander vermischten, das Gemisch transportierten und dann an Landwirte abgaben. Es reicht schon die Mitwirkung an dieser allgemeinen Gestaltung des wirtschaftlichen Grundkonzepts der technischen Betätigung des Unternehmens. Der Geschäftsführer hat an der Konzeption der betrieblichen Abläufe und wirtschaftlichen Zielsetzungen mitgewirkt und generelle Anordnungen an die Mitarbeiter und sonstige Vorgaben zum betrieblichen Geschehen gemacht.

Zu beachten ist, was alles **nicht erforderlich ist für die Haftung**: Der Geschäftsführer brauchte gar nicht zu **wissen**, dass PFT in den Substanzen enthalten waren. Schon gar nicht brauchte er zu wissen, dass es sich um bodenschädliche oder gewässerschädliche Stoffe handelte. **Verschulden war nicht Voraussetzung**. Bewusstsein oder auch den Willen, einen rechtswidrigen Zustand auch nur herbeizuführen, brauchte der Geschäftsführer ebenfalls nicht zu haben und brauchte man ihm nicht nachzuweisen. Anders gewendet: Die typische Steuerung eines Unternehmens auf Vorstands- und Geschäftsführungsebene in Kenntnis der wesentlichen betrieblichen Abläufe kann für **persönliche** Haftung genügen. Sie ist verschuldensunabhängig und verjährt nie.

Um solche Folgen zu vermeiden, gibt es **keine Patentrezepte**. Das aufgezeigte Risiko muss zwingend dazu führen, mit allen erdenklichen Mitteln dafür zu sorgen, dass durch betriebliche Tätigkeit keine umweltbezogenen Schäden und Veränderungen eintreten. Im Urteilsfall bestand wohl der Eindruck eines mehr oder minder „bewussten“ Risiko- und Schmutzverhaltens. Demgegenüber mögen Chancen bestehen, die Inanspruchnahme als Störer dann abzuwehren, wenn im Rahmen eines allgemein wohlgeordneten Unternehmens mit unproblematischen Einsatzstoffen oder ordnungsgemäß und voll organisiertem Überwachungswesen das betrieblich Bestmögliche zur Verhinderung von Schadstoffeinträgen veranlasst und kontrolliert worden ist.

Die Chancen liegen bei einer nicht nur gut gemeinten, sondern auch straff und zielorientiert organisierten Unternehmensleitung mit besonderem Blick auf den Schutz der Umwelt. Es mag dann gelingen, im Rahmen der konturenarmen „wertenden Bestimmung der Zusammenhänge“ im konkreten Einzelfall den Geschäftsführer eben nicht mehr als „Verursacher“ zu qualifizieren.

Die Hoffnung auf Deckung durch **Versicherung** ist übrigens dürrtig. Nach bisher üblichen Versicherungsmodellen deckt Berufshaftpflichtversicherung wie auch so genannte Managerhaftpflicht (D & O-Versicherung) die Belastung aus zivilrechtlichen Haftpflicht- und Schadensersatzansprüchen ab. Nur – die Inanspruchnahme als Stö-

rer ist weder zivilrechtlich noch die Geltendmachung eines „Anspruchs“. Hier bleibt die Aufgabe, geeignete Versicherungskonzepte zu finden. Möglicherweise müssen sie erst einmal entwickelt werden.

Dr. Egon Peus

Arbeitsrecht: Mindestlohn für Gebäudereiniger – Auswirkungen für Auftraggeber

Seit Monaten diskutiert die Politik über Mindestlöhne für Briefzusteller und ihre Aufnahme in das Arbeitnehmerentendegesetz (AEntG). Weniger bekannt und praktisch weit bedeutsamer ist, dass schon seit 01. Juli 2007 die **Gebäudereinigung in den Anwendungsbereich des AEntG** fällt. Bis dahin galt dieses Gesetz ausschließlich für das **Bauhaupt- und -nebgewerbe**.

Vorrangiges Ziel der Einbeziehung der Gebäudereinigung ist die **Angleichung der Arbeitsbedingungen für inländische und ausländische Unternehmen**. Die Entgelt- und Urlaubsregelungen der Tarifverträge des Gebäudereinigerhandwerks sind für alle Betriebe, die überwiegend Gebäudereinigungsleistungen erbringen, allgemeinverbindlich. Sie gelten aufgrund des AEntG jetzt auch für ausländische Arbeitgeber. Damit ist vor allem der tarifliche Mindestlohn von derzeit 7,87 € (West) bzw. 6,36 € (Ost) einzuhalten. Aufgrund des AEntG sind alle vom Gesetz erfassten Arbeitgeber verpflichtet, zur Kontrolle dieser Regeln erforderliche Unterlagen mindestens zwei Jahre lang vorzuhalten. Die Behörde kann verlangen, dass dies am Ort der Beschäftigung, also auch im Reinigungsobjekt, geschieht. Verstöße von Arbeitgebern gegen das AEntG sind bußgeldbewehrt und können zu einem Ausschluss von öffentlichen Ausschreibungen führen.

Wer meint, dass ihn dieses Gesetz nicht betrifft, weil er selbst keine Gebäudereinigung durchführt, irrt allerdings.

Die Aufnahme in den Anwendungsbereich des AEntG hat unter anderem zur Folge, **dass die Einhaltung dieser Tarifverträge nunmehr durch die Zollverwaltung, Abteilung Finanzkontrolle Schwarzarbeit, kontrolliert wird**. Die Befugnisse dieser Behörde gehen zum Teil deutlich weiter als diejenigen der Sozialversicherungsträger. Sie umfassen Befugnisse zur Personenbefragung, Prüfung von Geschäftsunterlagen, zum Betreten von Grundstücken und Geschäftsräumen und entsprechende Duldungs- und Mitwirkungspflichten. Daher muss auch ein Auftraggeber unter Umständen mit Durchsuchungen und Befragungen rechnen.

Zudem werden Auftraggeber durch das AEntG auch persönlich in die Verantwortung genommen. Gemäß § 1 a AEntG **haftet der Unternehmer, der Werk- oder Dienstleistungen aus dem Geltungsbereich des Gesetzes in Auftrag gibt – d. h. Bauleistungen, Montageleistungen auf Baustellen und Gebäudereinigung –, für die Nettolöhne neben dem Arbeitgeber als Bürge**. Gemäß bisher ständiger Rechtsprechung trifft diese Haftung allerdings nicht jeden Auftraggeber, sondern **nur Generalunternehmer**, die für die Erbringung eigener Leistungen einen Subunternehmer einschalten (so z. B. ein Urteil des Bundesarbeitsgerichtes vom 28.03.2007). Diese Haftung trifft also nur denjenigen, der sich selbst zu entsprechenden Dienstleistungen verpflichtet hat und diese auf einen Subunternehmer überträgt. Das kann beispielsweise auch auf Unternehmen zutreffen, die im Facility Management tätig sind und Teilleistungen durch Partner ausführen lassen.

Gemäß § 5 Abs. 2 AEntG können **Bußgelder gegen Auftraggeber** verhängt werden, die hätten wissen müssen, dass das von ihnen beauftragte Reinigungsunternehmen die Mindestlöhne nicht einhält. Das ist vor allem dann der Fall, wenn **auf Grund des Auftragsvolumens und der Zahl der Arbeitsstunden unter Abzug einer gewissen Marge ersichtlich ist, dass die Mindestlöhne nicht gezahlt werden können**. Insofern ist ein Auftraggeber verpflichtet, nicht um jeden Preis das billigste Angebot zu wählen. Zwar trifft diese Bußgeldpflicht nur die Ausführung von Leistungen „in erheblichem Umfang“; dies soll jedoch nach bisheriger Verwaltungspraxis bereits bei einem Auftragsvolumen von etwa 10.000,00 € gegeben sein. Es ist zwar davon auszugehen, dass diese Bußgeldvorschrift ebenfalls ausschließlich Generalunternehmer trifft, aber auch dies ist in der Rechtsprechung noch nicht geklärt.

Insbesondere bei marktunüblich günstigen Angeboten ist daher Vorsicht geboten. In Zweifelsfällen sollten sich Bauherren und Auftraggeber von Reinigungsarbeiten ebenso verhalten wie Unternehmer, die Aufträge an Subunternehmer vergeben: **der Dienstleister ist zur Abgabe einer Tariftreueerklärung aufzufordern**. Zudem empfiehlt

es sich, seine **Seriosität** z.B. anhand aktueller **Unbedenklichkeitsbescheinigungen zu prüfen**

und zu dokumentieren und vertraglich **Kontrollmöglichkeiten** zu vereinbaren.

Inken Hansen

Öffentliches Wirtschaftsrecht: Sozialrechtliche Risiken der Arbeitnehmerüberlassung

Eine Entscheidung des Bundessozialgerichts (BSG) vom 07.03.2007 hebt besondere Risiken desjenigen Unternehmens hervor, das sich im Rahmen **erlaubter Arbeitnehmerüberlassung** von einem zugelassenen Verleihunternehmen Arbeitnehmer überlassen lässt.

Im Urteilsfall war das (legale) Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen in die **Insolvenz** geraten. Der vorläufig bestellte Insolvenzverwalter teilte den Kunden der Insolvenzschuldnerin, also dem Entleih-Unternehmen mit, dass die **Sozialversicherungsbeiträge** für die Leiharbeiter derzeit durch Insolvenzgeldansprüche gegenüber der Arbeitsverwaltung gesichert seien. Für einen Zeitraum von fünf Tagen danach entlieh die Klägerin des Rechtsstreits drei Arbeitnehmer, und für diese fielen in diesen fünf Tagen Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von 3.826,62 € an.

Tatsächlich zahlte auch die Arbeitsverwaltung an die Beitragseinzugsstelle die vollständigen Sozialversicherungsbeiträge. Diese verlangte gegenüber dem Entleiherunternehmen (erneute) Bezahlung genau dieser Beiträge. Und das zu Recht – so das Bundessozialgericht.

Hintergrund ist die Auslegung von zwei Vorschriften des Sozialgesetzbuchs. Zum einen **haftet** – gerade auch bei der gesetzlich **erlaubten** Arbeitnehmerüberlassung – das **Entleiherunternehmen wie ein selbstschuldnerischer Bürge** für alle Gesamtsozialversicherungsbeiträge für diejenigen Arbeitnehmer, die der Verleiher an das Unternehmen verliehen hat, und zwar für diejenigen Beiträge, die während der Entleihzeit anfallen. Das Entleihunternehmen soll dadurch nach der Vorstellung des Gesetzgebers wegen seines eigenen Risikos der Bürgenhaftung gleichsam unter gesetzlichem Zwang dazu veranlasst werden, sich „fortlaufend über die Seriosität des Verleihers zu informieren“. Die Verwaltungskontrolle über Verleihunternehmen werde damit – wie das Gericht fast hämisch bemerkt – durch „marktwirtschaftliche“ Kontrollmechanismen verstärkt. Aus eigener Beratungspraxis ist bekannt, dass selbst bei noch so intensiven Überprüfungen eine wirklich durchgreifende und effektive Kontrolle der Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen seitens des Verleihers durch den Entleiher gar nicht möglich ist. Gleichwohl haftet nach dem Stand der Rechtsprechung, zumal ihm auch die Beweislast

für die Zahlung durch den Verleiher aufgebürdet wird, der Entleiher selbst dann, wenn das Verleihunternehmen in krimineller Weise zu wenig Mitarbeiter und damit zu geringe Sozialversicherungsbeiträge meldet und abführt.

Nun sollte man meinen, dass der Entleiher wenigstens dann nicht mehr als Bürge haftet, wenn die Gesamtversicherungsbeiträge ausgezahlt worden sind an die Einzugsstelle. Hier war das durch die Arbeitsverwaltung geschehen, und zwar im Rahmen der Zahlung auf die so genannten Insolvenzgeldansprüche. Danach hat die Arbeitsverwaltung im Fall der Insolvenz, für einen Zeitraum bis zu drei Monaten rückwärts, sowohl Entgelte für die Arbeitnehmer als auch Gesamtversicherungsbeiträge zu zahlen.

Aber — so das Bundessozialgericht — nicht endgültig. Die Zahlungspflicht der Arbeitsverwaltung sei nur eine liquiditätsmäßige Zahlungspflicht, die sicherstellen soll, dass jedenfalls die Beitragseinzugsstellen auf jeden Fall Sozialversicherungsbeiträge erhalten. Wenn das Sozialgesetzbuch gleichwohl vorschreibt, trotz der Zahlung der Arbeitsverwaltung blieben die Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber bestehen, so folge daraus, dass die Versicherungseinzugsstellen trotz Zahlung der Arbeitsverwaltung, die eben nicht endgültig sei, genau diese Beiträge „noch einmal“ von dem Arbeitgeber verlangen könnten - dieser ist allerdings insolvent -, eben aber auch von dem Bürgen. Bürge sei der Entleiher, und zwar gerade auch bei **erlaubter** Arbeitnehmerüberlassung. Dieser müsse zahlen, und die Einzugsstellen hätten dann in Höhe seiner Zahlung wiederum Rückzahlung an die Arbeitsverwaltung zu leisten.

Das klagende Unternehmen, das sich dagegen wehrte, hatte im Prozess vorgetragen, dass dann im Fall von Arbeitnehmerüberlassung nicht nur die Risiken der (legalen) Entleiher unangemessen überzogen würden, sondern auch eine Betriebsfortführung des Verleihunternehmens durch den Insolvenzverwalter wirtschaftlich kaum noch durchführbar und jedenfalls schwieriger sein würde. Kühl hält das Bundessozialgericht dem entgegen, die Zahlung von Insolvenzausfallgeld diene nicht dazu, der Insolvenzmasse weiteres Vermögen zuzuführen.

Dr. Egon Peus

Das europäische Gericht Erster Instanz (EuG) hat am 17. September 2007 sein lange erwartetes Urteil in der Rechtssache Akzo-Nobel verkündet. Hiernach sind unternehmensangehörige Juristen vom Schutz des sog. **Legal Privilege** ausgenommen. Das EuG hat es abgelehnt, Syndikusanwälten denselben Schutz des Berufsgeheimnisses zu gewähren wie anderen Rechtsanwälten. Das Urteil hat in kartellrechtlichen Sachzusammenhängen erhebliche Auswirkungen auf die Unternehmenspraxis. Worum geht es genau?

Das EuG war von Akzo-Nobel angerufen worden, um gegen im Rahmen eines EU-Kartellverfahrens erfolgte **Beschlagnahmen von kopierten Dokumenten durch die EU-Kommission** vorzugehen. Bei den in Streit befindlichen Dokumenten handelte es sich zum einen um vorbereitende unternehmensinterne Korrespondenz, die der Einholung von Rechtsrat durch einen externen Rechtsanwalt zu einem **Compliance-Programm** dienen sollte. Zum anderen ging es um Korrespondenz, die der Syndikus von Akzo-Nobel mit einem General Manager eines Tochterunternehmens zum Thema Kartell-Compliance geführt hat. Hinsichtlich der ersten Unterlage stellte das EuG fest, dass diese dem anwaltlichen Legal Privilege unterliege. Für das EU-Kartellverfahrensrecht gelte nach der gefestigten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH), dass **Anwaltskorrespondenz vor dem Zugriff von Ermittlungsbehörden und Gerichten geschützt** sei, sofern sie mit dem Gegenstand des Verfahrens im Zusammenhang stehe.

Der Zusammenhang müsse für das Legal Privilege **kein direkter** sein; auch kartellanwaltliche Einschätzungen über bestimmte Entwürfe und beabsichtigte Verhaltensweisen oder etwa die Prognose eines Bußgeldrisikos fielen hierunter. Erfasst sei nach dem EuGH ferner bereits der Schriftwechsel, der **vor der Eröffnung** eines offiziellen Verfahrens geführt werde, und – was im Zusammenhang mit Durchsuchungen besonders wichtig ist – dieser Schutz gelte ebenso, wenn sich die anwaltlichen Schriftstücke **in Gewahrsam des Unternehmens** befänden. Weiter konkretisiert hat der EuG sodann, dass Unternehmen sogar eine **summarische Durchsicht** der Schriftstücke **verweigern dürften**, für die sie Vertraulichkeitsschutz wegen externer anwaltlicher Befassung geltend machen. Reiche ihr Vorbringen nach Ansicht der EU-Kommission dafür nicht aus, könnten die Beamten zwar eine Kopie des Schriftstücks in einem **zu versiegelnden Umschlag** mitnehmen, dürften aber von dessen Inhalt erst Kenntnis nehmen, wenn sie den Unternehmen zuvor Gelegenheit gegeben hätten, die Schutzverweigerung vor dem EuG anzufechten.

Was das zweite zu bewertende Schriftstück – Korrespondenz zwischen Syndikusanwalt und General Manager – anbelangt, so erteilte das EuG allerdings einer **Ausweitung des Legal Privilege-Prinzips** auch auf Syndikusanwälte **eine klare Absage**. Nach dem Urteil können interne Unterlagen, selbst wenn sie von einem Syndikusanwalt gefertigt worden sind, **keinen Anspruch auf Vertraulichkeitsschutz** erheben. Insoweit verweist das Gericht darauf, dass der EuGH ausdrücklich entschieden habe, dass das Legal Privilege-Prinzip nur gelte, soweit es sich um **unabhängige**, d. h. nicht durch ein Beschäftigungsverhältnis an ihre Mandanten gebundene **Rechtsanwälte** handle. Das EuG betont in diesem Zusammenhang, dass zwar die spezielle Anerkennung der Rolle unternehmensangehöriger Juristen und der Schutz der Kommunikation mittlerweile deutlich gewachsen seien. Jedoch existiere in den Mitgliedstaaten keine einheitliche oder klar überwiegende Tendenz dahingehend, dass Syndikusanwälte sonstigen Rechtsanwälten im Hinblick auf ihre Unabhängigkeit gleichgestellt seien. Daher könne **Syndikusanwälten kein identischer Vertraulichkeitsschutz** zugestanden werden.

Es ist sicherlich zu bedauern, dass der Grundsatz der einheitlichen Anwendung der Untersuchungsbefugnisse der EU-Kommission vom EuG letztlich über den Schutz der (gesamt-)anwaltlichen Vertrauensschutzgrundsätze gestellt wurde und das Gericht lediglich eine sehr cursorische Prüfung vorgenommen hat. Gleichwohl dürfte das Akzo-Nobel-Urteil für Syndikusanwälte zunächst eine **Zäsur** darstellen, denn das Verfahren hat insgesamt mehr als vier Jahre in Anspruch genommen. Die EuG- und EuGH-Rechtsprechung bedeutet schlicht, dass **unternehmensangehörigen Juristen kein Legal Privilege** zukommt. Für die Praxis bedeutet dies, dass Schriftstücke in Papierform oder in elektronischer Form (insbesondere Emails), die durch Syndikusanwälte mit Bezug auf kartellrechtliche Zusammenhänge erstellt worden sind, jederzeit durch die EU-Kommission in Form von Kopien beschlagnahmt werden können.

Erfreulich ist hingegen, dass der EuG mit seinem Akzo-Nobel-Urteil das für einen **externen Rechtsanwalt geltende Legal Privilege zu Gunsten der Unternehmen weiter gestärkt** hat. Festzuhalten ist, dass selbst eine cursorische Durchsicht durch die EU-Kommission nicht erlaubt ist und einem Beweisverwertungsverbot unterliegt, sofern es sich um im Zusammenhang mit dem Kartellverfahren stehende externe Anwaltskommunikation handelt.

Dr. Stefan Mager

Nebenangebote bilden in der Vergabepraxis immer wieder den Gegenstand von Nachprüfungsverfahren. **Vergaberechtliche Fehlervermeidung bei der Abgabe und Wertung von Nebenangeboten** sind sowohl auf Auftraggeber- als auch auf Bieterseite, mit Nebenangeboten vergaberechtskonform umzugehen. Daher ist für die Zukunft zu befürchten, dass immer mehr Vergabestellen davon absehen, Nebenangebote überhaupt zuzulassen. Auf der anderen Seite könnten Auftragsinteressenten vermehrt davor zurückschrecken, sich der Mühe zu unterziehen, ein Nebenangebot auszuarbeiten. Unter Wettbewerbsgesichtspunkten wäre eine solche Entwicklung nicht wünschenswert, bieten Nebenangebote doch die Chance auf einen konstruktiven Ideenwettbewerb, die Einbeziehung neuester technischer Entwicklungen (von denen die Auftraggeber oftmals noch gar keine Kenntnis haben) und die Nutzung von – mit den Nebenangeboten einhergehenden – Einsparpotentialen.

Ein näherer Blick zeigt, dass die **Schwierigkeiten auf Auftraggeberseite** insbesondere darin liegen, die **Prüfung und Wertung** von Nebenangeboten **ordnungsgemäß durchzuführen** und zu **dokumentieren**. Die **Bewerber scheitern** hingegen oftmals an **formalen** Fallstricken oder versäumen es, mit ihren Nebenangeboten die Vergabestelle in die Lage zu versetzen, ohne größere Probleme eine Überprüfung der **Gleichwertigkeit** im Vergleich zum ausgeschriebenen „Amtsvorschlag“ vornehmen zu können.

Die Auftraggeber stehen also vor der vergaberechtlichen Herausforderung, eine ordnungsgemäße Wertung der eingereichten Nebenangebote sicherzustellen. Für diese Aufgabe bieten die folgenden fünf – von der Rechtsprechung anerkannten – Prüfungsschritte eine wertvolle Orientierungshilfe. Auch die Bieter sind gut beraten, sie vor oder bei Abgabe eines Nebenangebots zu berücksichtigen.

Demnach ist zunächst zu prüfen, ob Nebenangebote überhaupt vom Auftraggeber **zugelassen** sind. Denn soweit Nebenangebote in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe ausdrücklich ausgeschlossen worden sind, sind sie bei Bauvergaben einer Wertung von vornherein nicht zugänglich (§ 25 Nr. 5 VOB/A). Bei Liefer- und Dienstleistungsvergaben besteht bei einem ausdrücklichen Ausschluss von Nebenangeboten jedenfalls keine Wertungspflicht für dennoch abgegebene Nebenangebote (§ 24 Nr. 4 VOL/A).

Im zweiten Schritt ist sodann zu untersuchen, ob die eingegangenen Nebenangebote die vorgegebenen **Mindestbedingungen** erfüllen. In diesem

Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Vergabestellen zur Gewährleistung von Transparenz durch Mindestbedingungen verbindlich festzulegen, in welchem technischen bzw. produktspezifischen Spielraum sich Nebenangebote bewegen dürfen. Fehlt es in den Vergabeunterlagen dennoch an der Vorgabe von Mindestbedingungen, dürfen nach vorzugswürdigem Verständnis der Rechtsprechung selbst an sich zugelassene Nebenangebote nicht gewertet werden. Dabei wirkt es sich zu Lasten der Rechtssicherheit aus, dass die vergaberechtliche Judikatur noch keine klaren Kriterien für die Anforderungen an Mindestbedingungen herausgebildet hat. Nach überwiegender Ansicht dürften aber rein formale Vorgaben, z.B. zur äußeren Form des Nebenangebotes, nicht ausreichen. Vielmehr sind die Vergabestellen gehalten, den für sie erkennbaren fachlich-technischen Rahmen zu umreißen, den auch Nebenangebote einzuhalten haben.

Auf der dritten Stufe geht es darum, ob die Nebenangebote in der Fassung der Angebotsabgabe den **Nachweis der Gleichwertigkeit** erbringen. An diesem Punkt sollten die Bieter im Blick haben, dass sie eine erhebliche Darlegungs- bzw. Erläuterungs- und Beschreibungspflicht trifft. Diese umfasst insbesondere die Notwendigkeit, Nebenangebote so zu gestalten, dass der jeweilige Auftraggeber auch ohne besondere Schwierigkeiten in der Lage ist, die erforderliche Wertung vorzunehmen, insbesondere durch Vergleich mit dem Hauptangebot. Weicht ein Nebenangebot beispielsweise in technischer Hinsicht vom Hauptangebot ab, obliegt es dem Bieter, die Gleichwertigkeit durch Prüfzeugnisse, Gutachten o. ä. nachzuweisen. Nebenangebote dürfen auch nicht von den verbindlichen Festlegungen des Leistungsverzeichnisses abweichen, die für Hauptangebote und Nebenangebote gleichermaßen gelten sollen.

Erst danach prüft die Vergabestelle auf der vierten Stufe, ob die **behauptete Gleichwertigkeit in quantitativer und qualitativer Hinsicht auch objektiv gegeben** ist. Das Risiko des Auftraggebers liegt an diesem Punkt darin, ob die eingereichten Nebenangebote – gerade wenn sie, was häufig vorkommt, preislich unterhalb der Hauptangebote angesiedelt sind – tatsächlich das Gleichwertigkeitserfordernis erfüllen oder insbesondere mit Blick auf technische Vorgaben, Leistungszeitraum, Gewährleistung oder Vergütungsberechnung signifikante Modifizierungen vornehmen. Dabei bewegt sich der **Auftraggeber** in der Praxis regelmäßig in einem Spannungsfeld zwischen dem ihm anerkanntermaßen zustehenden **Beurteilungsspielraum** einerseits und seiner

Verpflichtung andererseits, hinsichtlich der Nebenangebote eine besonders eingehende und alle Vergabekriterien gewichtende, vergleichend abwägende Wertung durchzuführen. In diesem Spannungsfeld besteht für die Vergabestelle insbesondere in Bezug auf technisch-planerisch abweichende Nebenangebote die Gefahr, vorschnell – unter Hinweis auf die Darlegungspflicht des Bieters und unter Berufung auf den eigenen Beurteilungsspielraum – die Gleichwertigkeit der Nebenangebote mit dem eigenen Amtsvorschlag zu verneinen. Insofern ist die Auftraggeberseite aufgerufen, ggf. von ihrer Möglichkeit zur Durchführung von Aufklärungsgesprächen Gebrauch zu machen. Klar dürfte hingegen sein, dass den Auftraggebern **nicht die Pflicht** auferlegt werden kann, bei einem nicht vollständig als gleichwertig anzusehenden Angebot auf technisch eventuell mögliche **Ergänzungen** hinzuwirken und über den Rahmen der verfügbaren Erkenntnisquellen und der zeitlichen Grenzen der Zuschlagsfrist hinaus weitere Nachforschungen zur Gleichwertigkeit anzustellen. Zu den verfügbaren Erkenntnisquellen zählt jedoch durchaus auch – sollte der Vergabestelle die hinreichende Qualifikation und Sachkenntnis für eine ordnungsgemäße Prüfung fehlen – die Einbeziehung eines externen Sachverständigen.

Erst auf der fünften und letzten Stufe des Prüfungsschritts ist die **Vergleichsprüfung** vorzunehmen,

ob sich das Nebenangebot gegenüber dem wirtschaftlichsten Hauptangebot oder anderen Nebenangeboten als **wirtschaftlicher/vorteilhafter** darstellt. Dabei kann ein Nebenangebot nur dann berücksichtigt werden, wenn es im Vergleich zur ausgeschriebenen Leistung annehmbarer ist, d.h. entweder eine **bessere Lösung** darstellt und **nicht teurer** ist oder eine **gleichwertige** Lösung darstellt und **preislich günstiger** ist. Hierbei sind alle technischen und wirtschaftlichen, ggf. auch gestalterischen und funktionsbedingten Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Grundsätzlich ist die Vergabestelle zudem auch verpflichtet, sämtliche bekanntgemachte Zuschlagskriterien auch auf die Nebenangebote anzuwenden, es sei denn, die offerierten Nebenangebote enthalten derartig grundlegende Änderungen, dass bestimmte Zuschlagskriterien obsolet werden.

Enttäuschung und Unverständnis sind regelmäßig groß, wenn Bieter anlässlich der Vergabeentscheidung mit dem Wertungsergebnis konfrontiert werden, ihr Angebot sei nicht gleichwertig und deswegen nicht zuschlagsfähig. Konkretisiert sich auf eine Rüge hin der Verdacht, dass sich die Vergabestelle nur oberflächlich mit den Nebenangeboten befasst hat, kann hierin ein Angriffspunkt für einen erfolgreichen Nachprüfungsantrag liegen.

Carsten Kießling

Veranstaltungen (Seminare etc.) unter Beteiligung von Referenten von AULINGER Rechtsanwälte:
22. Januar 2008, 19.00 Uhr: Vortragsabend im Industriecenter Düsseldorf, Parkstraße, zum Thema „Wachstumsstrategien für den Mittelstand durch Firmenkäufe“ (Dr. Andreas Lotze / Dr. Markus Haggenev gemeinsam mit Unternehmensberatung Beck & Stinn, Düsseldorf) für den BVMW – Bundesverband der mittelständischen Wirtschaft e.V.
25. Januar 2008, 8.00 Uhr: Veranstaltung „Frühstück vor Ort“ des Vereins pro Ruhrgebiet e.V. zur Reform der Erbschaft- und Schenkungsteuer (Reinhard Knälmann / Dr. Volker Weinreich). Den Ort erfragen Sie bitte in unserem Büro bei Frau Petra Bolz unter der Rufnummer 0234 68779-21.

Aktuelle Veröffentlichungen von AULINGER Rechtsanwälte:	
Dr. Karlheinz Lenkaitis gemeinsam mit Volker Messing	„Nichts Neues zum Oder-Konto?“, ZBB – Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 2007, Seite 364 ff.
Dr. Egon Peus	„Rügescheide als Kollegialhandeln“, BRAK-Mitteilungen 2007, Seite 194 ff.
Dr. Christian Stenneken	Anmerkung zum Urteil des Landgerichts Landshut vom 15.03.007 (Ausgleichszahlung gemäß § 76 Abs. 2 Satz 2 TKG wegen Grundstücksinanspruchnahmen für gewerbliche telekommunikative Zwecke), Multimedia und Recht 2007, Seite 737
Dr. Christian Stenneken	Mitautor in der Gedächtnisschrift „Sicherheit in der Energiewirtschaft – In memoriam Peter J. Tettinger“, zum Thema „Versorgungssicherheit durch Rechtssicherheit für Energieanlagen“, Seite 249 ff. (Boorberg Verlag 2007)
Dr. Hans-Christoph Thomale zusammen mit Norbert Maqua (WIKOM AG)	„Die Anreizregulierungsverordnung – Anmerkungen zum vereinfachten Verfahren“, Versorgungswirtschaft, 12/2007
Carsten Kießling, Mag.rer.publ.	„Die Vergabe von Hilfsmittelleistungen durch die gesetzlichen Krankenkassen – Eine Darstellung im Lichte des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes“, MPR MedizinProdukte Recht 2007, Seite 85 ff. (Mitautor)

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

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

Redaktion: Dr. Andreas Eickhoff

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

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

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

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

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



Partnerschaftsgesellschaft, Sitz Essen, Amtsgericht Essen PR 1671