

## Mandanteninformation

Dezember 2008

### Inhalt

<b>Gesellschaftsrecht</b>	MoMiG – die GmbH-Reform	2
<b>Gesellschaftsrecht</b>	Beweislast für Pflichtverletzung eines GmbH-Geschäftsführers	5
<b>Verwaltungsrecht/ Bürgerliches Recht</b>	Haftung des Vermieters für Verschmutzungen durch den Mieter	5
<b>Privates Baurecht</b>	Forderungssicherungsgesetz	7
<b>Arbeitsrecht</b>	Ethik im Betrieb – Videoüberwachung, Verhaltenskodex und Betriebsrat	9
<b>Vergaberecht</b>	Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen – eine aktuelle Bestandsaufnahme	11
<b>Vergaberecht</b>	Ausschreibungspflicht bei Vertragsänderungen	12
<b>Energierrecht</b>	Die neue Messzugangsverordnung	13

### An unsere Leser

In wenigen Wochen ist wieder Weihnachten. Wie in jedem Jahr wird dies spätestens Ende November auch denjenigen klar, die nicht schon seit August in den Supermärkten über aufgestapelte Schokoladenweihnachtsmänner und Zimtsternpackungen stolpern. Denn an den Weihnachtsmärkten in unseren Innenstädten kommt kaum jemand vorbei.

Zur alljährlichen Weihnachtssaison gehören auch die Weihnachtskarten. Sie werden ganz unterschiedlich wahrgenommen. Die einen sammeln sie und freuen sich, wenn sie möglichst viele bekommen, für die anderen vergrößern sie nur den täglichen Stapel mehr oder weniger belanglosen Papiers.

AULINGER Rechtsanwälte haben in diesem Jahr beschlossen, die Zahl der Weihnachtskarten drastisch zu reduzieren. Den Betrag, den wir sonst für Karten, Porti und Organisation aufwandten, wollen wir stattdessen dem Kinderhilfswerk Unicef zukommen lassen. Wir hoffen, wir handeln dabei auch in Ihrem Sinne.

Allen Empfängern dieses Rundschreibens, allen Mandanten und Freunden unseres Hauses wünschen wir ein gesegnetes Weihnachtsfest, einen guten Rutsch und viel Erfolg im Jahre 2009!

### In eigener Sache

**Verstärkung für Bochum und Essen.** Wir freuen uns über die Mitarbeit einer jungen Kollegin und eines jungen Kollegen, die seit Mitte November 2008 für uns tätig sind. Frau Rechtsanwältin **Gabriele Philipps** verstärkt in Essen unser Team auf dem Gebiet des Vergaberechts und der Beratung öffentlicher, insbesondere kommunaler Unternehmen. Zur selben Zeit hat in Bochum Herr Rechtsanwalt **Markus Winnacker** seine Tätigkeit aufgenommen. Er wird uns im Gesellschaftsrecht und bei der Beratung von Unternehmen in Sanierungssituationen unterstützen.

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: MOMiG – die GmbH-Reform

Die GmbH-Reform ist durch den Bundestag am 26.06.2008 beschlossen worden als so genanntes „MOMiG: Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen.“ Die Änderungen, die vor allem das GmbHG betreffen, sind am 01.11.2008 in Kraft getreten. Dieser Beitrag beleuchtet einige Kernpunkte.

- **Anteile, Sitz, Sacheinlagen und Unternehmergesellschaft – Liberalisierung des Rechts**

**Geschäftsanteile** können in fast beliebig kleine Teile **geteilt** werden (mindestens 1,00 Euro, glatte Euro-Beträge). Das kann etwa bei Erbteilungen die Wahrung wirtschaftlich gewünschter Beteiligungsquoten sehr erleichtern. Zu besseren Übersichtlichkeit erhalten die Geschäftsanteile künftig laufende Nummern.

Die Gesellschaft muss nicht mehr dort in das Handelsregister eingetragen werden, wo sie tatsächlich betrieben wird. Das Gesetz verlangt nur noch einen im Gesellschaftsvertrag anzugebenden „Sitz“, einen Ort im Inland. Hierzu muss eine „inländische Geschäftsanschrift“ angemeldet werden. Das schließt nicht aus, dass die Gesellschaft tatsächlich im Ausland geführt wird. Die Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs hatte vor Jahren erzwungen, dass für geschäftliche Tätigkeit in Deutschland eine nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaft, etwa eine Ltd. (Limited) genutzt werden konnte. Dies wird jetzt spiegelbildlich für die deutsche GmbH ermöglicht. Man sollte dies wohl nicht nur als Instrument im rechtspolitischen Kampf der Rechtsordnungen untereinander sehen, sondern als konkrete Gestaltungsmöglichkeit für deutsche Konzerne. Für Auslandsstöchter in Jurisdiktionen, die wie die gesamte EU die örtliche Tätigkeit von Kapitalgesellschaften auch „fremder“ Rechtsordnungen akzeptieren, kann einheitlich vom deutschen Recht Gebrauch gemacht werden.

Bei Gründung und Kapitalerhöhung ist wie bisher zu unterscheiden: Soll eine **Bareinlage** erbracht werden, mit der die Gesellschaft wirtschaften darf, die aber nicht in die Kasse des Gesellschafters oder diesem nahestehender Gesellschaften („zurück“-)fließen darf – oder sollen **Sachwerte** eingebracht werden? Letzteres muss bei der Anmeldung ausdrücklich angegeben werden und das Gericht muss die Werthaltigkeit prüfen. Insoweit bleibt die Rechtslage unverändert. Für den Fall eines Verstoßes hiergegen („**verdeckte Sacheinlage**“) wird aber statt der bisherigen „Katastro-

phe“, ohne weiteres den Geldbetrag voll und wertmäßig damit die Einlage „erneut“ einzahlen zu müssen, zurückgeführt auf das zum Kapitalschutz erforderliche Maß: Die erbrachte Sacheinlage wird zum Wert im Moment der Einbringung „angerechnet“ und nur soweit sie minderwertig war, muss ergänzend der zum angegebenen Betrag fehlende Teil nachgezahlt werden. Die Beweislast freilich trägt der einbringende Gesellschafter. Und die bei der Anmeldung erforderliche Versicherung des Geschäftsführers, eine Bareinlage sei vollständig erbracht und stehe zu seiner freien Verfügung, ist und bleibt in den Fällen verdeckter Sacheinlagen falsch.

Als Sonderform der GmbH ist die so genannte „**Unternehmergesellschaft haftungsbeschränkt**“ eingeführt worden mit einem Stammkapital von mindestens 1,00 Euro. Soweit diese Rechtsform seriös benutzt wird, etwa für wenig kapitalintensive Dienstleistungsbetriebe, mag die Neuregelung angemessen auf ernst zu nehmenden wirtschaftlichen Bedarf reagieren. Sie egalisiert den in den letzten Jahren werblich von interessierter Seite so deutlich in der Vordergrund gehobenen Vorteil der Limited, am Anfang praktisch überhaupt kein „Gesellschaftskapital“ einzahlen zu müssen, und erübrigt die Beachtung englischen Rechts, Unterhaltung eines formellen Registersitzes in England wie auch die Einreichung von jährlichen Mustern und Erklärungen an das englische Handelsregister. Jeder Geschäftspartner muss sich aber der Kapitalschwäche einer solchen „UG“ bewusst sein. Sie kommt auch darin zum Ausdruck, dass der Begriff „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ zwingend in der Firma geführt werden muss.

- **Geschäftsführer aufgepasst – Gesellschafterliste prüfen!**

Wer Gesellschafter einer GmbH ist, lässt sich nach bisherigem Recht häufig nur schwer feststellen. In den Gesellschaftsvertrag der GmbH gehören nur die Namen der **Gründungsgesellschafter**. Ist die Gesellschaft aber erst einmal eingetragen, kann die entsprechende Satzungsbestimmung wieder gestrichen werden. Erst recht muss der Gesellschaftsvertrag nicht geändert werden, wenn sich die Beteiligungsverhältnisse ändern. Anteilsübertragungen oder -vererbungen sind also anhand des Gesellschaftsvertrages nicht nachzuvollziehen.

Im Falle einer **Veräußerung** des Geschäftsanteils galt nach bisherigem Recht (nur) derjenige als Gesellschafter, dessen Erwerb mit einem Nach-

weis des Übergangs bei der Gesellschaft angemeldet war. Entsprechende Unterlagen müssten also bei allen Gesellschaften vorliegen, die von Anteilsübertragungen betroffen sind. Diese Regelung hat aber nur interne Wirkung. Ob sie immer beachtet wurde, ist mehr als zweifelhaft. Außerdem erfasste die gesetzliche Regelung nicht die Fälle eines Anteilsübergangs im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, also von Todes wegen oder in Umwandlungsfällen.

Damit sich Dritte über den Gesellschafterbestand informieren konnten, sah das Gesetz bisher die Verpflichtung der Geschäftsführer vor, **Gesellschafterlisten** zum Handelsregister einzureichen und bei Veränderungen im Gesellschafterbestand zu aktualisieren. In der Praxis wurde diese Vorgabe vielfach gar nicht oder nur sehr unzureichend befolgt. Besondere Konsequenzen für Gesellschaft und Gesellschafter hatten Versäumnisse in diesem Bereich nicht, zumal das Handelsregister auch gar nicht überprüfen konnte, ob die Liste inhaltlich richtig war.

Das MoMiG ändert hier einiges. Künftig gilt im Falle von Veränderungen im Gesellschafterbestand nämlich als Gesellschafter derjenige, der in der im Handelsregister aufgenommenen Liste der Gesellschafter verzeichnet ist. Wenn es um die Ausübung von Gesellschafterrechten, insbesondere des Stimmrechts bei Gesellschafterversammlungen, und um Gewinnbezugsrechte geht, erhält die Gesellschafterliste also schon für das normale Tagesgeschäft der GmbH eine ganz neue, größere Bedeutung.

Für den Fall einer beabsichtigten Veräußerung von Geschäftsanteilen wächst die Bedeutung der Gesellschafterliste erst recht. Unter bestimmten Umständen wird nämlich künftig der **gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen** dann möglich, wenn der Veräußerer zwar nicht Gesellschafter ist, aber in der Gesellschafterliste als Gesellschafter verzeichnet steht. Das gilt ohne weiteres, wenn dem wahren Gesellschafter die Unrichtigkeit der Liste zuzurechnen ist, weil er sich nicht um die Berichtigung gekümmert hat, obwohl er dazu Anlass gehabt hätte. Dem steht es gleich, wenn er zwar keinen Anlass hatte, sich um die Liste zu kümmern, die Liste aber bereits drei Jahre lang unrichtig war. Der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen nach dieser Regelung wird – nach Ablauf gewisser Schonfristen – ab Mai 2009 für den Fall möglich sein, dass die Unrichtigkeit der Liste dem wahren Gesellschafter zuzurechnen ist, in den anderen Fällen ab November 2011.

Die Neuregelungen sollten Anlass für alle Geschäftsführer sein **zu überprüfen**, ob die beim Handelsregister hinterlegten Gesellschafterlisten **dem aktuellen Stand entsprechen**, und ggf. eine korrigierte Gesellschafterliste einzureichen. Eine notarielle Beurkundung oder Beglaubigung ist nicht erforderlich. Jedoch muss die Gesellschafterliste wie jedes andere Dokument in elektronischer Form über das elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach, versehen mit einer qualifizierten Signatur, zum Handelsregister eingereicht werden. In der Praxis geschieht dies durch das Notariat, das die Gesellschaft betreut.

- **Cash Pools und Darlehen an Gesellschafter**

Cash Pools erlaubt das Gesetz nach der Änderung ausdrücklich, freilich nur dann, wenn der **Rückzahlungsanspruch** der in den Cash Pool einzahlenden Gesellschaft **vollwertig** ist. Der Beurteilungsstreit wird sich in der Zukunft auf die Frage der Vollwertigkeit konzentrieren. Zu konkreten Rechtsfällen werden Cash Pools im Regelfall ja nur dann, wenn er notleidend geworden ist. Dem Gesetzeswortlaut wird man entnehmen dürfen, dass die Vollwertigkeit im Moment der „Auszahlung“ an den Gesellschafter, hier in den Cash Pool, gegeben sein muss. Bei kontinuierlichen Einzahlungen oder wiederholten Einzahlungen wird dies für jede einzelne Einzahlung gelten. Schon im Vorfeld der gesetzlichen Änderung hat außerdem der Vorsitzende des für Gesellschaftsrechtsfragen zuständigen Senats des Bundesgerichtshofs (BGH) darauf hingewiesen, dass es bei der vollständigen Verantwortlichkeit des Geschäftsführers für seine Gesellschaft bleibt. So wie bei außenstehenden Darlehensschuldern obliegt ihm, jederzeit zu prüfen, ob der „Darlehensschuldner“ – das wäre hier der Cash Pool – noch solvent ist oder ob Gefahren bestehen und die Teilnahme am Cash Pool schnellstmöglich beendet werden muss.

Die für Cash Pools geltenden Regelungen betreffen ganz allgemein die Gewährung von Darlehen der GmbH an ihre Gesellschafter. Erfasst ist also auch der typische Fall, dass in der **GmbH & Co. KG** die GmbH ihre Mittel der KG als Darlehen zur Verfügung stellt (siehe dazu Mandantenrundschreiben März 2008). Derartige Vorgänge sind nunmehr also ebenfalls zulässig, wenn der Darlehensanspruch gegen die KG werthaltig ist. Kritischer sieht der Gesetzgeber solche Rückzahlungen lediglich im Zusammenhang mit der **Gründung** der GmbH. Werden Darlehen der Gesellschaft an Gesellschafter aufgrund entsprechender Vorabgespräche aus Mitteln gewährt, die der Ge-

sellschaft zuvor im Rahmen der Gründung oder Kapitalerhöhung zugeflossen sind („Hin- und Herzahlen“), so gilt die Einlage nur dann als erbracht, wenn der Darlehensrückzahlungsanspruch zweifelsfrei vollwertig und darüber hinaus sofort fällig ist oder fällig gestellt werden kann. Außerdem muss ein solches Hin- und Herzahlen in der Anmeldung der Gründung oder Kapitalerhöhung **aufgedeckt** werden. Davor werden viele zurückschrecken.

- **Darlehen der Gesellschafter: Vom Kapitalersatzrecht zur Insolvenzlösung**

Häufig haben wir an dieser Stelle über „eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen“ berichtet. Das waren Darlehen, die Gesellschafter ihrer Gesellschaft „in der Krise“ gewährt hatten. Die Rückzahlung war dann generell verboten. Nach Insolvenzeröffnung konnte der Insolvenzverwalter solche Rückzahlungen zurückfordern, zugunsten der Gesellschaft bzw. der Insolvenzmasse. Die Einzelheiten waren heftig umstritten, und die gesamte, weitgehend auf Rechtsprechung beruhende Materie wurde allgemein als viel zu kompliziert empfunden. Der Gesetzgeber hat hier nun einen Systemwechsel vollzogen. Gesellschaftsrechtlich ist das „eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen“ schlicht abgeschafft worden. Als Ausgleich wurde das Insolvenzrecht erweitert: Nunmehr kommt es auf die Umstände, unter denen das Darlehen gewährt worden war, nicht mehr an. Im Gegenzug sind **alle Gesellschafterdarlehen** in der **Insolvenz nachrangig**; im Zweifel erhält der Gesellschaft also nichts. Und es ist **alles** an den Insolvenzverwalter herauszugeben, was auf Gesellschafterdarlehen oder gleichgestellte Rechtsverhältnisse im letzten Jahr vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens von der Gesellschaft zur Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen oder gleichgestellten Forderungen ausgezahlt worden ist.

Das bisherige Recht bezog die so genannte „eigenkapitalersetzende **Nutzungsüberlassung**“ ein. Auf dieser Basis konnte der Insolvenzverwalter einen vom Gesellschafter der Gesellschaft zur Nutzung bereit gestellten Gegenstand weiter, z.B. das Betriebsgrundstück. Die Einzelheiten waren unklar und umstritten. Nunmehr gilt: Der Insolvenzverwalter kann — wie bisher — an dem Vertragsverhältnis (z.B. Mietverhältnis) festhalten oder von einem Sonderkündigungsrecht Gebrauch machen. Das zu zahlende Entgelt ist ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens Masseverbindlichkeit, also nicht nur quotaal mit der Insol-

venzquote zu bezahlen, wenn der Insolvenzverwalter Erfüllung wählt. Gegen den Willen des Insolvenzverwalters jedenfalls kann der Gesellschafter die „Aussonderung“, also die Herausgabe des Gegenstandes für eine Zeit von **einem** Jahr ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht durchsetzen, wenn der Gegenstand für die Fortführung des Unternehmens von erheblicher Bedeutung ist. Der Gesellschafter erhält für diese Zwangsnutzung bis zu einem Jahr Dauer einen „Ausgleich“ aus der Insolvenzmasse. Dieser wird aber originell berechnet: Es ist der Durchschnitt der im letzten Jahr vor Verfahrenseröffnung **geleisteten Vergütung**. Das ist buchstäblich zu verstehen: Nur das, was dem Gesellschafter bis zur Verfahrenseröffnung **„tatsächlich zugeflossen“** ist, fließt in die Berechnung ein. Hier offenbart sich **Handlungsbedarf** bzw. **Überwachungs- und Gestaltungsbedarf**: Bislang wurde manchmal versucht, durch Stundung von Mietzinsen einer gefährdeten GmbH zu helfen. Ein solcher Hilfsversuch wird nunmehr **bestraft**: War im letzten Jahr vor der Insolvenzeröffnung der gesamte Mietzins „gestundet“ worden bzw. einfach unausgezahlt geblieben, so war „tatsächlich zugeflossen“ Null. Der Insolvenzverwalter darf nunmehr bis zu einem Jahr lang ebenfalls „für Null“ und damit ohne jede Belastung für die Insolvenzmasse etwa das Betriebsgrundstück nutzen.

- **Wider die „Unternehmensbestatter“**

Schließlich zum **Missbrauch**. Seriösen Unternehmen (wie auch der öffentlichen Verwaltung, Insolvenzverwaltern und Insolvenzgläubigern) bringt das Gesetz Vorteile. Nicht nur für Insolvenzverwalter, sondern auch schon zuvor gab es Schwierigkeiten, wenn der letzte Geschäftsführer einer GmbH das Amt niederlegte, und einfach niemand anders bestellt wurde. Nunmehr wird in diesem Fall – so genannte **„Führungslosigkeit“** – dann einfach die GmbH durch die Gesellschafter vertreten. Mehr noch – bei „Führungslosigkeit“ ist auch jeder Gesellschafter dazu verpflichtet, einen etwa erforderlichen Insolvenzantrag zu stellen (bei Führungslosigkeit von Aktiengesellschaften, also dem Defizit an Vorstandsbestellung, sind es dort die Aufsichtsratsmitglieder). Allerdings besteht diese Pflicht dann nicht, wenn die fragliche Person (Gesellschafter oder Aufsichtsratsmitglied) entweder vom Insolvenzgrund (Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung der Gesellschaft) oder von der Führungslosigkeit „keine Kenntnis“ hat.

*Dr. Egon A. Peus / Dr. Andreas Eickhoff*

## Gesellschaftsrecht: Beweislast für Pflichtverletzung eines GmbH-Geschäftsführers

GmbH-Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Verletzen sie ihre Obliegenheiten, haften sie der Gesellschaft für den entstandenen Schaden. Wie häufig, liegt eine große Hürde auf dem Weg zur Durchsetzung eines entsprechenden Schadensersatzanspruchs in der Beweisbarkeit der relevanten Umstände. Das betrifft insbesondere den Nachweis einer Pflichtverletzung durch den Geschäftsführer.

Mit Beschluss vom 18.02.2008 hat der BGH zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Rahmen der prozessualen Durchsetzung bei Inanspruchnahme des Geschäftsführers einer GmbH durch seine Gesellschaft Stellung genommen. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte der Geschäftsführer einer GmbH einem Dritten gegenüber ein Angebot abgegeben. Dabei hatte er die für die GmbH mit der Durchführung des Auftrags verbundenen Kosten zu niedrig kalkuliert, so dass der Auftrag nicht kostendeckend durchgeführt werden konnte. Die GmbH verlangte daraufhin von ihrem Geschäftsführer Schadensersatz.

Der BGH stellte klar, dass nicht — wie sonst nach allgemein geltenden prozessualen Regeln üblich — der Kläger alles beweisen müsse, was zur Inanspruchnahme des Beklagten sachlich erforderlich ist. Vielmehr sei der beklagte Geschäftsführer dafür darlegungs- und beweispflichtig, dass er bei der Preisvereinbarung „die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt“ habe, der Preis also nicht für ihn erkennbar zu niedrig kalkuliert worden sei. Der BGH bestätigte damit eine frühere Entscheidung aus dem Jahre 2002.

Damit gilt: Die Gesellschaft muss darlegen und beweisen, dass und inwieweit ihr durch ein „möglicherweise“ pflichtwidriges Verhalten des Geschäftsführers in dessen Pflichtenkreis ein Schaden erwachsen ist. Der Geschäftsführer hat darzulegen und ggf. zu beweisen, dass er seinen Sorgfaltspflichten nachgekommen ist oder schuldlos nicht nachkommen konnte oder dass der

Schaden auch bei einem so genannten pflichtgemäßen Alternativverhalten eingetreten wäre.

Entsprechende Regelungen im Aktiengesetz und Genossenschaftsgesetz sehen ausdrücklich eine entsprechende (Darlegungs- und) Beweislast der betreffenden Organmitglieder vor. Danach hat der Geschäftsleiter zu beweisen, dass er die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt hat. Diese Regelungen sind vor dem Hintergrund angemessen, dass das Organmitglied die Umstände seines Verhaltens und damit auch die Gesichtspunkte überblicken kann, die für die Beurteilung der Pflichtmäßigkeit seines Verhaltens sprechen, während die von ihm verwaltete Gesellschaft stets in Beweisnot ist. Zudem begründet die Beweislastumkehr für den Geschäftsführer auch keinen übertriebenen Rechtfertigungszwang. Denn bei unternehmerischen Entscheidungen ist die teilweise Beweislastumkehr im Zusammenhang mit der „Business Judgment Rule“ zu. Nach dieser Regel wird dem Geschäftsführer ein unternehmerischer Ermessensspielraum gewährt, der es ermöglicht, Wagnisspielräume ohne Haftungssanktionen auszuschöpfen. Unternehmerische Entscheidungen, die auf der Basis angemessener Information und Vorbereitung getroffen werden, sind damit der gerichtlichen Kontrolle grundsätzlich entzogen. Allerdings trägt der Geschäftsführer dann auch die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass sein Verhalten im Rahmen des unternehmerischen Ermessens lag. Auch wenn in § 43 GmbHG eine entsprechende Beweislastregelung fehlt, ist die Situation beim Geschäftsführer einer GmbH nicht anders, so dass dort das Gleiche gelten muss.

Sollte der Geschäftsführer bereits aus dem Unternehmen ausgeschieden sein, kann ihm die Darlegungs- und Beweislast insofern Probleme bereiten, als er keinen Zugriff mehr auf die Unterlagen der Gesellschaft hat. Diese ist dann jedoch verpflichtet, ihm Einsicht in die Geschäftsbücher zu gewähren und Auskunft zu erteilen, soweit er darauf zur Verteidigung gegen die Klage angewiesen ist.

*Cornelius Kruse, LL.M.*

## Verwaltungsrecht/Bürgerliches Recht: Haftung des Vermieters für Verschmutzungen durch den Mieter

Ein Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) vom 28.02.2008 hebt hervor und verdeutlicht: Auch ein **Vermieter** kann – und zwar

als **Handlungsstörer** – für solche Verunreinigungen des Bodens und davon beeinflussten Grund-

wassers oder auch Oberflächenwassers haften, die der **Mieter** unmittelbar herbeiführt.

Bisher waren in der, auch unternehmerischen, Öffentlichkeit zwei Ansatzpunkte für die Haftung und Sanierungspflicht wegen Boden- und Gewässer-Verunreinigungen (nachfolgend kurz zusammengefasst: Verunreinigungen) bekannt und bewusst:

- Wer durch eigenes Tun, insbesondere **unternehmerisches Tun**, solche Verunreinigungen verursacht, muss sie auf eigene Kosten beseitigen. Die Behörde kann diesen Verursacher als sog. „**Handlungsstörer**“ dazu in Anspruch nehmen. Die Kosten können enorm sein. Im Entscheidungsfall kosteten die ersten Überprüfungs- und Sicherungsmaßnahmen ca. 150.000,00 DM, der sog. „nächste Schritt“ sollte 80.000,00 € kosten, der Gesamtaufwand wurde auf vorläufig ca. 12,5 Mio. € geschätzt.
- Auch wer im Moment der Inanspruchnahme durch die Behörde **Eigentümer** oder evtl. auch **Besitzer** der Sache, insbesondere des Grundstücks ist, kann zur Sanierung herangezogen werden. Denn der Eigentümer einer Sache haftet für deren Zustand und für die von ihr ausgehenden Gefahren. Er kann von der Behörde dann als „**Zustandsstörer**“ in Anspruch genommen werden. Hierzu gibt es aber mittlerweile eine Beschränkung durch das Bundesverfassungsgericht: Grundsätzlich braucht der Grundstückseigentümer Sanierungsaufwand nur bis zu dem Betrag zu betreiben, der dem Grundstückswert im unterstellten „gefahrfreien“, also sanierten, Zustand entspricht. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Inanspruchnahme als „Zustandsstörer“ für die Behörde häufig minder attraktiv.

Das BVerwG hat unter dem 28.02.2008 aber die Auffassung der Vorinstanz (Verwaltungsgerichtshof München) bestätigt: Ein (Grundstückseigentümer und) **Vermieter** kann auch für eigenes **Handeln** dann und deswegen haften, weil er durch Mietvertrag oder Pachtvertrag einem anderen das Grundstück zur Nutzung überlassen hat. Das gilt dann, wenn er den Gegenstand, insbesondere das Grundstück, **zu dem ausdrücklich vereinbarten Zweck einer Nutzung** vermietet, die sich erkennbar als **gefährdende, insbesondere Verunreinigungen mehr oder minder sicher herbeiführende Nutzung** darstellt. Im konkreten Fall hatte die Klägerin – übrigens eine örtliche rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts – 1949 und ergänzend 1952 zwei Flächen von je 400 qm mietweise zur Verfügung gestellt und der Mieterin/Pächterin das Recht eingeräumt, „die Abfall-

produkte aus ihrer Regenerationsanlage abzulagern“. Es ging um den Betrieb einer „Mineralölaufarbeitung“, wobei Mineralölabfälle, „Ölabfall“ und „übelriechende Industrieabfälle“ abzulagern waren. Das wusste die Vermieterin, und zum Zweck der Ablagerung solche Abfallprodukte vermietete sie die Flächen.

Zu Last gelegt wurde der klagenden Vermieterin ergänzend auch, dass sie das Pachtverhältnis noch fortgesetzt hatte, als 1951 bereits der Eintritt von Gewässerverunreinigungen offenkundig geworden war.

Der konkrete Sachverhalt war insoweit sicher ein drastisches Extrem. Die vermietende Klägerin, die sich gegen jene Inanspruchnahme (vergeblich) wehrt, hatte genau gewusst, welche Schadstoffe abgelagert werden sollten. Es waren ausdrücklich Pflichten zur Schadensverhütung, Deponieabdeckung, Pflicht zum Schutz von Wasserleitungen und Quellen geregelt, und zu all dem sollte sich die Mieterin gegenüber der Vermieterin verpflichten. Augenscheinlich wurde aber „sehenden Auges“ in Kauf genommen, dass derartige Sicherungsmaßnahmen von dem Ölaufbereitungsunternehmen nicht und jedenfalls nicht wirksam umgesetzt werden würden. Aber auch über Extremfälle hinaus ist das Risiko für jeden Vermieter offenkundig: Aus mietrechtlichen Gründen pflegt man die vertragsmäßig eingeräumte Nutzung konkret zu beschreiben, um ungewünschte Nutzungen durch den Mieter unterbinden zu können. Vor allem bei gewerblicher Nutzung lässt sich aber leicht jeder Nutzungszweck als ein „gefahr geneigter Zweck“ qualifizieren. Deponien werden nur als Beispiel aufgeführt. Verunreinigungsrisiken können bei vielen Betrieben gewerblicher und industrieller Art bestehen.

Auch für seriöse Unternehmen, Grundstückseigentümer und Vermieter besteht das damit unangenehme Risiko, dass es an einer hinlänglich eindeutigen Abgrenzung fehlt, unter welchen Voraussetzungen im Einzelfall nun eigentlich durch Vermietung Verhaltensstörerhaftung hervorgerufen wird.

Welche Ratschläge und Konsequenzen sind zu erwähnen? Etwa folgende:

- Im privaten wie auch mittelständischen Bereich – hier etwa bei Betriebsaufspaltungen – galt bisher klassisch die Vorstellung, das vermietete Betriebsgelände sei werthaltig auch dann, wenn etwa der Geschäftsbetrieb in Insolvenz ginge. Deswegen wird aber vielfach das Grundvermögen durch natürliche Personen, etwa den Alleingesellschafter einer

GmbH, oder als „Sparkasse für Witwen und Waisen“ durch Angehörige gehalten. Die Vorstellung, damit werde Privatvermögen vor unternehmerischen Risiken bewahrt und es sei gerade eine Absicherung für Familienangehörige (natürliche Personen), kann sich im Falle späterer Inanspruchnahme als Störer, nach der konkreten Entscheidung sogar als Handlungsstörer (ohne Begrenzung auf den Wert der Liegenschaft) als schrecklicher Irrtum erweisen.

- Die Einbringung in eine haftungsbeschränkte Gesellschaft sollte auch bei möglichen steuerlichen Konsequenzen ins Auge gefasst werden. Damit lässt sich keine Risiko-Vollbeseitigung garantieren – man erinnere sich der von uns in einem früheren Beitrag dargestellten persönlichen Haftung des Geschäftsführers für Maßnahmen der GmbH. Noch ist nicht entschieden, ob die persönliche Haftung des

Geschäftsführers als Handlungsstörer auch den Fall umfasst, dass er nun wiederum den Mietvertrag schließt.

- Soweit jemand wegen Vermietung als „Handlungsstörer“ polizeipflichtig ist, so dürfte er nach den Grundsätzen der herangezogenen Entscheidungen auch dann haften, wenn er bei Aufdeckung der Gefahr und Anspruchnahme der durch die Behörde überhaupt nicht mehr Grundstückseigentümer ist. (Das lag im Fall des BVerwG-Beschlusses anders, die Stiftung war noch Eigentümerin).

Das hat Auswirkungen insbesondere bei Unternehmenstransaktionen, etwa auch Verkäufen (due diligence) wie auch Verschmelzungen und sonstigen Umwandlungen.

*Dr. Egon A. Peus*

## Privates Baurecht: Forderungssicherungsgesetz

Am **01.01.2009** wird das Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (**Forderungssicherungsgesetz – FoSiG**) in Kraft treten. Durch das FoSiG soll der Werkunternehmer, vor allem in der Baubranche, besser vor Forderungsausfällen geschützt werden. Die für die Baupraxis wichtigsten Neuerungen durch das FoSiG – die für alle nach Inkrafttreten des Gesetzes abgeschlossenen Verträge gelten – stellen sich wie folgt dar:

- **Entfall der Privilegierung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) bei Werkverträgen mit Verbrauchern**

Anders als die Bezeichnung des Gesetzes vermuten lässt, enthält es in Details Verschlechterungen für den Unternehmer. Für **Werkverträge mit Verbrauchern entfällt** nämlich die **Privilegierung der VOB/B** gegenüber sonstigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Bisher galt, dass die einzelnen Regelungen der VOB/B – sowohl bei Verträgen mit Verbrauchern als auch bei Verträgen mit Unternehmern und mit der öffentlichen Hand – nicht der Inhaltskontrolle nach AGB-Recht unterzogen wurden, wenn die VOB/B „als Ganzes“, d. h. insgesamt und ohne jede Abweichung in den Vertrag einbezogen wurde. Dies gilt nun bei Verträgen mit Verbrauchern nicht mehr. Konsequenz ist, dass sich der Unternehmer auf eine ganze Reihe von Regelungen der VOB/B, die zu Lasten des Verbrauchers von den gesetzlichen

Bestimmungen abweichen und nach der Rechtsprechung daher als unwirksam angesehen werden, nicht berufen kann. An ihre Stelle treten die gesetzlichen Bestimmungen. Diese Neuerung wird zu diversen Streitigkeiten über die Geltung einzelner Vertragspassagen führen.

- **Erweiterung des Anspruchs auf Abschlagszahlungen**

Andere Regelungsbereiche des FoSiG bringen für den Werkunternehmer eine Besserstellung gegenüber der bisherigen Rechtslage mit sich. So wird der **Anspruch** des Unternehmers **auf Abschlagszahlungen** wird hingegen **ausgeweitet**. Bislang konnten Abschlagszahlungen nur für die erbrachten vertragsgemäßen Leistungen in sich abgeschlossener Teile des Werkes oder für die Anfertigung oder Anlieferung von erforderlichen Baustoffen oder Bauteilen beansprucht werden. Jetzt kann der Unternehmer Abschläge in der Höhe verlangen, in der der Besteller **durch die Leistung einen Wertzuwachs erlangt** hat, z.B. dadurch, dass Bauteile durch feste Verbindung mit dem Grundstück in das Eigentum des Bauherrn übergehen. Entsprechendes gilt auch für erforderliche Baustoffe oder Bauteile, die angeliefert oder eigens angefertigt und bereit gestellt werden, wenn dem Besteller entsprechende Sicherheit geleistet wird. Wegen **unwesentlicher Mängel** erbrachter Teilleistungen kann der Besteller die **Abschlagszahlung nicht verweigern**. Sofern der Besteller Verbraucher ist, hat der Unternehmer ihm mit der ersten Abschlagszahlung eine Si-

cherheit für seinen Erfüllungsanspruch in Höhe von 5 % des Vergütungsanspruchs zu stellen. Erhöht der Vergütungsanspruch sich durch Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages um mehr als 10 %, ist mit der nächsten Abschlagszahlung eine weitere Sicherheit in Höhe von 5 % des zusätzlichen Vergütungsanspruchs zu leisten.

- **Erweiterung der Regelung zur Durchgriffsfähigkeit für die Vergütung von Subunternehmern**

Auch die **Stellung des Subunternehmers** gegenüber dem Generalunternehmer wird **verbessert**. Nach bisheriger Rechtslage ist die Vergütung des Subunternehmers spätestens dann fällig, wenn der Auftraggeber von dem Dritten für das Werk seine Vergütung oder Teile davon erhalten hat. Zukünftig gilt, dass die **Vergütung** bereits dann **fällig** ist, wenn der Besteller von dem Dritten seine Vergütung ganz oder teilweise erhalten hat, das **Werk von dem Dritten abgenommen** worden ist oder der Unternehmer dem Besteller **erfolglos** eine **Frist zur Auskunft** hierüber **gesetzt** hat. Hat der Auftraggeber dem Dritten wegen möglicher Mängel des Werkes Sicherheit geleistet, wird der Vergütungsanspruch des Subunternehmers nur fällig, wenn er dem Besteller ebenfalls entsprechende Sicherheit leistet.

- **Reduzierung des Druckzuschlages**

Der sogenannte **Druckzuschlag** wird reduziert. Bisher hatte der Besteller das Recht, bei Mängeln des Werkes mindestens das Dreifache der zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten von der Vergütung des Unternehmers zurückzubehalten. Nunmehr kann in der Regel lediglich **das Doppelte der Mängelbeseitigungskosten** einbehalten werden.

- **Abschaffung der Fertigstellungsbescheinigung**

Die Regelung, nach der der Unternehmer die Abnahme seines Werkes durch Erteilung einer sogenannten **Fertigstellungsbescheinigung** herbeiführen konnte, wird **ersatzlos aufgehoben**. Hintergrund ist der Umstand, dass die Fertigstellungsbescheinigung in der Praxis keinerlei Relevanz hat.

- **Erweiterung der Regelungen über die Bauhandwerkersicherung**

Die Regelungen über die **Bauhandwerkersicherung**, wonach der Bauunternehmer seine Leistung verweigern und unter bestimmten Voraussetzungen den Vertrag kündigen kann, wenn der

Auftraggeber ihm auf Verlangen keine Sicherheit für die zu erbringenden Vorleistungen stellt, werden **ausgeweitet**. Der Unternehmer hat nunmehr einen **einklagbaren Anspruch auf Sicherheitsleistung**. Die Regelungen über die Bauhandwerkersicherung gelten – ausdrücklich – auch für den Fall, dass das **Werk bereits abgenommen** ist und der Besteller Mängelbeseitigung verlangt. Einbezogen werden jetzt auch Ansprüche, die an die Stelle des Vergütungsanspruchs des Unternehmers treten, z.B. der Anspruch auf Schadenersatz statt der Leistung. Dem Sicherungsverlangen des Unternehmers **nicht entgegengehalten** werden können nunmehr **Gegenansprüche** des Bestellers **auf Erfüllung oder auf Mängelbeseitigung**. Konsequenz ist, dass der Auftraggeber die verlangte Sicherheit selbst dann leisten muss, wenn der Unternehmer das Werk mangelhaft erstellt hat. Der Besteller hat in diesem Fall – bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzung – zwar die Möglichkeit, den Vergütungsanspruch zu reduzieren, indem er mit Schadenersatzansprüchen aufrechnet. Auf die Höhe der zu erbringenden Sicherheit hat dies jedoch keine Auswirkung, sofern der Gegenanspruch nicht unstreitig oder rechtskräftig festgestellt ist. Zukünftig kann der Unternehmer den **Vertrag ohne vorherige Androhung kündigen**, wenn die von ihm dem Besteller **zur Leistung der Sicherheit gesetzte Frist fruchtlos verstrichen** ist.

- **Einführung einer Vermutung für die Vergütungshöhe im Falle einer freien Kündigung**

Im Falle einer **freien Kündigung des Werkvertrages** durch den Besteller, wird dem Unternehmer die Berechnung seines Vergütungsanspruchs erleichtert. Nach der gesetzlichen Regelung kann der Besteller den Vertrag jederzeit – auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes – kündigen. In diesem Fall ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen. Er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er in Folge der Vertragsaufhebung an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Für den Unternehmer bestand in der Praxis regelmäßig die Schwierigkeit, die Höhe der in Abzug zu bringenden ersparten Aufwendungen, darzulegen und nachzuweisen. Dieser Schwierigkeit wird der Unternehmer jetzt enthoben. Nunmehr wird bei einer freien Kündigung des Bestellers – widerlegbar – **vermutet, dass dem Unternehmer 5 %** der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden **vereinbarten Vergütung zustehen**. Im Ergebnis beziffert der Gesetzgeber damit die kurzfristig durch den Unternehmer einzusparenden Aufwendungen auf 95 % der Restvergütung, was recht



hoch erscheint. In Zweifelsfällen sollte der Unternehmer versuchen darzulegen, dass nur geringere Aufwendungen entfallen sind.

- **Änderung des Gesetzes über die Sicherung von Bauforderungen (BauFordSiG)**

Im **BauFordSiG** wird der **Baugeldbegriff** gegenüber der bisherigen Regelung **deutlich erweitert**. Im BauFordSiG ist geregelt, dass der Empfänger von Baugeld dieses nur für die Realisierung des Bauvorhabens verwenden darf. Verletzt er diese Verpflichtung, ist er – persönlich – gegenüber dem Unternehmer schadenersatzpflichtig und macht sich strafbar. Bisher stellten nur Beträge Baugeld dar, die fremdfinanziert und auf dem Baugrundstück durch Hypotheken oder Grundschulden dinglich gesichert waren. Nunmehr gel-

ten die dargestellten Folgen schon, wenn der Empfänger von einem Dritten für ein Werk, dessen Herstellung er dem Dritten versprochen hat, Geld erhalten hat, wenn an der Herstellung des Werkes andere Unternehmer auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrages beteiligt waren. Baugeld sind insoweit also **alle Beträge**, die ein Baubeteiligter **in der Unternehmerkette nach dem Bauherrn** erhält, und zwar **auch Eigenmittel** des Bauherrn. Zudem wird eine **Beweislastumkehr** für Ansprüche aus der zweckwidrigen Verwendung von Baugeld eingeführt mit der Folge, dass die Eigenschaft als Baugeld und dessen zweckwidrige Verwendung vermutet wird. Dafür entfällt die Pflicht des Empfängers von Baugeld zur Führung eines Baubuchs.

*Dr. Marco Krenzer*

## **Arbeitsrecht: Ethik im Betrieb – Videoüberwachung, Verhaltenskodex und Betriebsrat**

Im Jahr 2008 sind das Verhalten von Mitarbeitern im Unternehmen und das der Unternehmen gegenüber ihren Mitarbeitern vermehrt in den Blickpunkt der Öffentlichkeit geraten. Rechtsverstöße wie die bekannten Fälle von Bestechungen haben ebenso wie riskantes Geschäftsgebaren, das vor allem im Zusammenhang mit der Finanzkrise diskutiert wird, das Verlangen nach klaren Verhaltenskodizes und deren Überwachung verstärkt. Andererseits sind Fälle exzessiver Kontrolle insbesondere durch Videoaufnahmen von Mitarbeitern, sogar in Sanitärräumen, bekannt geworden. Die Unzulässigkeit solch extremer Maßnahmen ist offensichtlich. Klar ist indessen auch, dass Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an der Einhaltung von Verhaltensrichtlinien und ihrer Überwachung haben. Was aber darf der Arbeitgeber? Wo muss er den Betriebsrat beteiligen und wie weit dürfen beide gemeinsam die Rechte der Mitarbeiter einschränken?

Zwei aktuelle Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichtes (BAG) geben hier Maßstäbe vor.

Am 26.08.2008 hatte das BAG über eine Betriebsvereinbarung zur **Installation einer Videoüberwachungsanlage** in einem Briefverteilzentrum zu entscheiden. Schon in 2004 hatte das Gericht in einem grundlegenden Beschluss strenge Maßstäbe zur Zulässigkeit solcher Betriebsvereinbarungen entwickelt. Eine Videoüberwachung ist demnach wegen Einschränkung der Persönlichkeitsrechte der betroffenen Arbeitnehmer rechtswidrig, wenn sie nicht zum Erreichen eines legitimen Zweckes, insbesondere dem Aufklären von Straftaten, erforderlich ist und sich im

Rahmen der Verhältnismäßigkeit hält. Anders als in dem Beschluss aus 2004, dem eine **dauerhafte verdachtsunabhängige Überwachung** zu Grunde lag, hielt in dem im August 2008 entschiedenen Fall die Betriebsvereinbarung der strengen Prüfung weitgehend stand. Obwohl die Überwachungsanlage fest installiert werden sollte und die Mitarbeiter dadurch einem ständigen Überwachungs- und Anpassungsdruck ausgesetzt wurden, war die Verhältnismäßigkeit nach Auffassung des BAG gewährleistet. Eine Aufzeichnung durfte nämlich nur erfolgen, wenn ein auf **konkrete Personen** bezogener **Verdacht einer strafbaren Handlung auf Grund von Beschädigungen, Verlusten, Diebstahl etc.** vorlag. Der auf die Mitarbeiter ausgeübte Druck sei aufgrund des konkreten Zweckes und einer Begrenzung von Dauer und örtlichem Bereich der Aufzeichnung gerechtfertigt. Hierfür sorgten auch **verfahrensrechtliche Sicherungen** wie Informationspflichten gegenüber dem Betriebsrat und die Tatsache, dass nur Betriebsrat und Arbeitgeber gemeinsam die Bedienelemente der Videoanlage in Gang setzen konnten.

Für unzulässig erklärte das BAG allerdings eine Teilregelung, nach der bei Erfolglosigkeit dieser eingeschränkten Überwachung mit Zustimmung des Betriebsrates eine Ausdehnung auf sämtliche Kameras im gesamten Betriebsgebäude möglich sein sollte. Die Einbeziehung eines großen Kreises unschuldiger Arbeitnehmer sei nicht mehr gerechtfertigt.

Andere Grenzen gelten für die Überwachung im **öffentlich zugänglichen Raum**, die nach § 6 b

**Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)** zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke zulässig ist. Bei dieser Überwachung etwa im Zufahrtbereich dürfen auch Arbeitnehmer mit gefilmt werden. Dies galt in dem vom BAG entschiedenen Fall insbesondere, da es sich nicht um eine Dauerüberwachung bestimmter Arbeitnehmer handelte, sondern die Arbeitnehmer diesen öffentlichen Bereich nur vorübergehend aufsuchen mussten. Auch hier ist eine Abwägung der Interessen des Unternehmens, der Mitarbeiter und der Dritten (Kunden, Lieferanten etc.) erforderlich, um den zulässigen Rahmen abzustecken. Bei Rechtswidrigkeit können nicht nur Unterlassungsansprüche von Arbeitnehmern und Betriebsrat oder gar das Recht zur Arbeitsverweigerung bestehen, sondern unter Umständen auch **Beweisverwertungsverbote in Kündigungs- oder Schadenersatzstreitigkeiten**.

Die mittlerweile sehr populären **Verhaltenskodizes** arbeiten weniger mit den Mitteln der Überwachung und Repression, sondern zielen darauf ab, die Mitarbeiter auf eine bestimmte Geschäftsphilosophie zu verpflichten. Mit einer solchen Ethikrichtlinie musste sich das Bundesarbeitsgericht am 22.07.2008 beschäftigen. Der Konzernbetriebsrat der deutschen Tochter eines internationalen Konzerns beehrte die Feststellung, dass die **Ethikrichtlinie**, die weitgehend durch die US-amerikanische Muttergesellschaft vorgegeben war, ganz oder zumindest in Teilen der **erzwingbaren Mitbestimmung** unterliegt. Eindeutig war hierzu die Feststellung des BAG, allein die Zusammenfassung verschiedener mitbestimmungsfreier und -pflichtiger Verlautbarungen in einem Werk habe noch keine Mitbestimmungspflicht für das gesamte Werk zur Folge. Vielmehr sei nach dem Inhalt der einzelnen Regelungen zu differenzieren. Allgemeine ethisch moralische Programmsätze, Unternehmensphilosophien oder Selbstverpflichtungen des Unternehmens seien mitbestimmungsfrei. Dasselbe gelte für Vorschriften, die ausschließlich das Arbeitsverhalten betreffen. Mitbestimmungsfrei waren deshalb beispielsweise Bestimmungen unter der Überschrift „Wir bieten hochwertige Produkte und Dienstleistungen“ oder „Wir verwenden akkurate Abrechnungsverfahren“.

Regelungen über das sogenannte Ordnungsverhalten dagegen unterliegen der Mitbestimmung des Betriebsrates. Als solche wurden die **Verpflichtung der Mitarbeiter** angesehen, **mutmaß-**

**liche Verstöße gegen den Verhaltenskodex zu melden**, und die Einführung einer „Telephone-Help-Line“ für diese Zwecke. Gleiches gilt, wenn die Einhaltung des Kodex mit Hilfe von technischen Einrichtungen, insbesondere mittels Zugriff auf die im Unternehmen verwendeten Datenverarbeitungssysteme, kontrolliert wird.

Regeln über den Privatbesitz von Wertpapieren, die Ausübung von Nebentätigkeiten, die Vermeidung von intimen oder familiären Beziehungen zwischen Vorgesetzten und Untergebenen betreffen neben dem privaten auch das dienstliche Verhalten der Arbeitnehmer und sind daher mitbestimmungspflichtig. Selbst wenn diese Regelungen wie das Verbot von Beziehungen zu untergeordneten Mitarbeitern wegen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht unzulässig sind, besteht das Mitbestimmungsrecht an dem Regelungsstatbestand als solches.

Andererseits können auch **Regelungen**, die das **Ordnungsverhalten** betreffen, **mitbestimmungsfrei** sein, wenn sie nämlich nur den **Gesetzestext wiederholen**. Ein Verbot unwillkommener sexueller Zudringlichkeiten o.ä. etwa ist im AGG geregelt und daher laut BAG in einem Verhaltenskodex nicht mitbestimmungspflichtig. Ein Mitbestimmungsrecht besteht erst, wenn es an einer abschließenden gesetzlichen Regelung fehlt oder wenn die gesetzlich geregelten Pflichten inhaltlich ausgestaltet, konkretisiert oder erweitert werden.

**Fazit: Der Arbeitgeber ist bei solchen Verhaltenskodizes weitaus freier, als auf den ersten Blick vermutet wird.** Über die Sinnhaftigkeit derartiger Regelwerke ist damit freilich nichts gesagt. Die Formulierung von Unternehmensphilosophien hilft nur dann, wenn es auch gelingt, diese in das Bewusstsein der Vorgesetzten und Mitarbeiter zu implementieren und praktisch zu leben. Eine Verpflichtung zur Einhaltung von Gesetzen sollte ohnehin selbstverständlich sein. Schließlich ist auch immer zu bedenken, dass Regeln in manchen Fällen das Risiko von Gesetzesverstößen sogar verstärken können. So greift die Staatsanwaltschaft bei der Prüfung von Untreue beispielsweise gerne auf Verhaltensrichtlinien über die Annahme von Geschenken oder Einladungen zurück, die in guter Absicht enger formuliert wurden, als es sich in der Praxis halten lässt.

*Inken Hansen*

## Vergaberecht: Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen – eine aktuelle Bestandsaufnahme

Dienstleistungskonzessionen boomen: Ob der Betrieb einer Rennstrecke, die Durchführung von Rettungsdiensten, die Bewirtschaftung einer Feuerbestattungsanlage oder die Übertragung von Wegenutzungsrechten für die Energie- und Wasserversorgung in Rede stehen – in den unterschiedlichsten Bereichen der öffentlichen Aufgabenwahrnehmung gehen die Verwaltungsträger heute dazu über, Dienstleistungen nicht mehr gegen Entgelt zu beschaffen, sondern stattdessen dem privaten Vertragspartner („Konzessionär“) zu gestatten, die jeweiligen Dienstleistungen gegenüber den Bürgern **im eigenen Namen und auf eigene Rechnung** zu erbringen.

Der wesentliche Unterschied zum herkömmlichen öffentlichen Dienstleistungsauftrag liegt darin, dass der Konzessionär von der Verwaltung keine feste Vergütung erhält, sondern das Recht zur wirtschaftlichen Verwertung des ihm eingeräumten Nutzungsrechts. Damit einherzugehen hat – auch wenn dies in der einschlägigen Begriffsbestimmung der europäischen Vergabekoordinierungsrichtlinie nicht ausdrücklich geregelt ist – die Übernahme der mit der Ausübung der Konzession verbundenen **wirtschaftlichen Risiken**, insbesondere des Betriebs- und Nachfragerisikos. In Zeiten leerer öffentlicher Kassen ist die Konzessionserteilung in vielen Fällen für die Verwaltung finanziell reizvoller als eine normale Beauftragung, da die Notwendigkeit einer Entgeltzahlung entfällt und die mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken auf den Privaten übergehen. Ein privates Unternehmen wird seinerseits selbstverständlich nur dann Interesse an einem Konzessionsmodell haben, wenn es mit auskömmlichen Einnahmen, d.h. mit einer hinreichenden Inanspruchnahme des Leistungsangebots durch die Bürger, rechnen kann.

Obwohl Dienstleistungskonzessionen derzeit Konjunktur haben, lässt sich in der Umsetzungspraxis feststellen, dass wichtige Fragen nach wie vor einer abschließenden Klärung bedürfen:

Dies gilt zunächst für den Gesichtspunkt, **wie viel Risiko** der Konzessionär tragen muss. Diese Frage ist bei der Abgrenzung, ob in einer konkreten Gestaltung überhaupt eine Dienstleistungskonzession vorliegt, von entscheidender Bedeutung. Gerade in Bereichen mit natürlichen Monopolen (z.B. Gas- und Stromnetze, Wasserversorgung, Stadtentwässerung) wird teilweise argumentiert, das Nachfragerisiko des Konzessionsnehmers sei nicht mit dem Abnehmerisiko auf dem freien Markt mit mehreren Wettbewerbern vergleichbar

und hindere daher die Annahme einer Dienstleistungskonzession. Auch das OLG Jena hat diesen Aspekt jüngst für bedeutsam erachtet und mit Beschluss vom 08.05.2008 entschieden, die Frage nach dem wirtschaftlichen Risiko des Konzessionärs dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) vorzulegen.

Schwierigkeiten bereitet zudem die Durchführung einer Dienstleistungskonzessions-Vergabe. Zwar lässt sich festhalten, dass Dienstleistungskonzessionen nicht dem europäischen Vergaberecht unterfallen und auf nationaler Ebene auch das Kartellvergaberecht keine Anwendung findet. Der EuGH verlangt aber dennoch, bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen seien **Mindest-Vergabestandards** einzuhalten, um Transparenz und Diskriminierungsfreiheit zu gewährleisten. Dies bedeutet in der Konsequenz, dass bei Dienstleistungskonzessionen, die grenzüberschreitende Relevanz besitzen, also auch für Unternehmen aus anderen europäischen Mitgliedsstaaten wirtschaftlich attraktiv sind, eine **wettbewerbliche Vergabe** geboten ist. Damit gemeint ist die europaweite Bekanntmachung (etwa im EU-Amtsblatt) sowie die Vorgabe und Einhaltung gleicher „Spielregeln“ für alle Bewerber (d.h. insbesondere einheitliche Fristen/Informationsweiterleitung, gleiche Wertungskriterien für alle Angebote, Beibehaltung der Wertungskriterien im Verfahren und Verfahrensdokumentation).

Weiterhin fordert der EuGH für nicht zum Zuge gekommene Bewerber die Möglichkeit, Dienstleistungskonzessions-Vergaben gerichtlich überprüfen zu lassen. Das dahinterstehende Gebot des **effektiven Rechtsschutzes** dürfte richtigerweise so zu verstehen sein, dass Bewerber nicht nur auf eine etwaige Geltendmachung von Schadensersatz zu verweisen sind, sondern die Chance haben müssen, bei Verstoß gegen Mindest-Vergabestandards vor Gericht eine – zumindest vorläufige – Verhinderung eines Vertragsschlusses mit einem Konkurrenten („Zuschlagsstopp“) zu erreichen. Der deutsche Gesetzgeber ist insoweit allerdings nicht verpflichtet, das Nachprüfungsverfahren für öffentliche Aufträge auf Dienstleistungskonzessionen auszudehnen. Vielmehr wird nach überwiegender Ansicht für ausreichend erachtet, dass Bewerber im bereits existierenden prozessualen Rechtsrahmen vor den Zivilgerichten (Landgerichten) bzw. Verwaltungsgerichten **einstweiligen Rechtsschutz** erlangen können.

In diesem Zusammenhang ist aufgrund der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVer-

wG) vom 02.05.2007 die Zuständigkeit der Zivilgerichte für öffentliche Aufträge außerhalb des Kartellvergaberechts, deren Auftragswert im sog. Unterschwellenbereich angesiedelt ist, geklärt. Allerdings dürfte dieser Beschluss auf Dienstleistungskonzessionen nicht 1:1 übertragbar sein, da es sich hierbei gerade nicht um Beschaffungsvorgänge der öffentlichen Hand handelt und Dienstleistungskonzession häufig in Bereichen der öffentlichen Daseinsvorsorge vergeben werden, die durch öffentlich-rechtliche Vorschriften geprägt werden. Von daher sprechen gute Gründe dafür, für einstweiligen Rechtsschutz gegen Dienstleistungskonzessions-Vergaben weiterhin den **Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten** zu eröffnen, jedenfalls dann, wenn einschlägiges (Verwaltungs-)Fachrecht existiert, welches die zu übertragende Aufgabe regelt.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass die EU-Kommission anstrebt, die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen auf europäischer Ebene einheitlich zu regeln, um so einen verbindlichen Rechtsrahmen für die momentan diskutierten Anwendungsfragen (Abgrenzung zum öffentlichen Dienstleistungsauftrag, Verfahrensgestal-

tung, Rechtsschutz) zu schaffen. Dieser Prozess scheint allerdings derzeit ins Stocken geraten zu sein, so dass bis zum Ablauf der jetzigen Legislaturperiode der EU-Kommission (Ende 2009) nicht mehr mit einem Richtlinienvorschlag gerechnet wird. Gänzlich untätig war die EU-Kommission im Bereich der Dienstleistungskonzessions-Vergabe in der letzten Zeit aber nicht: So enthält die **Mitteilung der EU-Kommission vom 05.02.2008 zu institutionalisierten öffentlich-privaten Partnerschaften (IÖPP)** insbesondere den Hinweis, für die Umsetzung eines transparenten und nicht-diskriminierenden Dienstleistungskonzessions-Vergabe sei stets ein „Verhandlungsverfahren“ zulässig. Da hierbei offenbar auf das für öffentliche Auftragsvergaben im EU-Vergaberecht geregelte Verhandlungsverfahren Bezug genommen wird, ist der öffentlichen Verwaltung für künftige Konzessionsvergaben zu empfehlen, einen **Griff in den Baukasten des Vergaberechts** zu tätigen und ein Auswahlverfahren durchzuführen, dass im Wesentlichen dem dort geregelten Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb entspricht.

Dr. Andreas Lotze

## Vergaberecht: Ausschreibungspflicht bei Vertragsänderungen

Insbesondere bei langfristigen Vertragsverhältnissen im Bereich Liefer- und Dienstleistungen, aber auch bei Verträgen über komplexere Bauleistungen, die ein öffentlicher Auftraggeber mit einem Unternehmen abgeschlossen hat, kommt es immer wieder vor, dass in der Vertragsdurchführungsphase Bedarf entsteht, den Vertrag anzupassen oder auf weitere Leistungen zu erstrecken. Dies wirft stets die Frage auf, ob eine solche **Vertragsanpassung oder –erweiterung erneut dem Vergaberecht unterfällt**, wenn der ursprüngliche Vertrag bereits einmal in einem europaweiten Ausschreibungsverfahren vergeben worden ist. Nach bisheriger Auffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf unterliegen Änderungen bestehender Verträge dem Kartellvergaberecht, wenn die Abänderung in ihrer wirtschaftlichen Auswirkung **bei wertender Betrachtung einer Neuvergabe gleichkommt**. Dies sei anzunehmen, wenn durch die getroffene Vereinbarung der bisherige Vertragsinhalt nicht unerheblich abgeändert werde. In der Praxis war diese Definition aufgrund ihrer Konturlosigkeit wenig hilfreich, was vor dem Hintergrund der großen praktischen Relevanz des Problemkreises immer wieder Schwierigkeiten aufgeworfen hat.

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat nun mit Urteil vom 19.6.2008 Stellung bezogen. In dem

Fall ging es um die Änderung eines langjährig bestehenden, auf unbestimmte Zeit geschlossenen Vertrages über die Erbringung von Nachrichtenagenturleistungen für die österreichischen Bundesbehörden. Änderungen der Bedingungen eines öffentlichen Auftrags während seiner Geltungsdauer sind nach dieser Entscheidung als Neuvergabe anzusehen, wenn sie **„wesentlich andere Merkmale aufweisen, als der ursprüngliche Auftrag und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrages erkennen lassen“**. Dies konkretisierend betont der EuGH: **„Änderungen können wesentlich sein, wenn sie Bedingungen einführen, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären“**. Des Weiteren sollen Änderungen als wesentlich angesehen werden, wenn sie den Auftrag **in großem Umfang** auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen **erweitern**.

In einer Verallgemeinerung dieses Urteils wird man davon ausgehen können, dass jedenfalls bei einer materiellen Änderung der Vertragsparteien, im Falle der Erhöhung oder Senkung des Entgelts für die zu erbringende Leistung oder der Erweite-

zung bzw. Einschränkung des Leistungsumfanges in erheblichem Umfang eine neue Ausschreibung vorgenommen werden muss. Dagegen dürfte es dem Anwendungsbereich des Vergaberechts nicht unterfallen, wenn lediglich **abwicklungsorientierte Vertragsbestimmungen** geänderten Umständen angepasst werden (Preisumstellung auf Euro, Ersatz des Preisindex etc.). Bei Abgrenzungsfragen dürfte als **starkes Indiz für die Wesentlichkeit** einer Änderung dienen, falls das Bedürfnis nach der Vertragsänderung **nicht erst nach Vertragsschluss** entstanden ist, sondern dem Auftraggeber bereits vor oder während des Vergabeverfahrens bekannt war. Bei der Beauftragung einer zusätzlichen Leistung kann außerdem das Maß, in dem die zusätzliche Leistung in technischer oder in wirtschaftlicher Hinsicht **mit der Hauptleistung verknüpft** ist, in die Abgrenzung einfließen. Umso enger eine solche Verknüpfung ist, desto eher wird man von einer Neuausschreibung absehen können. Dies bleibt aber im Einzelfall zu prüfen.

Ein Sonderthema sind **Vertragsverlängerungen**. Ist die Verlängerung als Option bereits in dem ursprünglich abgeschlossenen Vertrag angelegt, so handelt es sich begrifflich nicht um einen neuen Vertrag, wenn einer der Vertragsparteien (insbesondere der Auftraggeber) von dieser Möglichkeit

Gebrauch macht. In den Fällen von Vertragsverlängerungen, die nicht im ursprünglichen Vertrag angelegt sind, ist nach dem Gegenstand des Vertrages zu unterscheiden. Ist im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses eine ihrer Natur nach **zeitlich nicht** begrenzte Leistung geschuldet (z.B. der Betrieb einer Anlage), so käme eine Verlängerung grundsätzlich der Erweiterung des Vertrages um weitere Leistungen gleich und wäre damit ausschreibungspflichtig. Dagegen bildet der **Zeitpunkt der Fertigstellung** bei einer ihrer Natur nach zeitlich begrenzten Leistung (z.B. die Erstellung eines Bauwerks) eine **bloße Modalität** der Leistungserbringung, so dass eine zeitliche Verschiebung nicht die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens erfordert.

Als Fazit lässt sich festhalten: Die Frage der Neuausschreibungspflicht bei Vertragsänderungen und/oder Vertragsverlängerungen muss stets einer genauen Prüfung zugeführt werden. Auf den Anwender lauern diverse Abgrenzungs- und Definitionsprobleme, die letztlich aus der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe rühren. Vor diesem Hintergrund kann nur dazu geraten werden, stets genau hinzuschauen und im Zweifel eine Neuausschreibung durchzuführen.

*Dr. Stefan Mager*

## Energierrecht: Die neue Messzugangsverordnung

Am 23. Oktober 2008 ist die neue **Messzugangsverordnung (MessZV)** in Kraft getreten. Diese ergänzt das Gesetz zur Öffnung des Messwesens bei Strom und Gas für Wettbewerb, mit dem der Bereich des Mess- und Zählwesens für den Wettbewerb vollständig geöffnet wurde. Während bisher nur der Messstellenbetrieb von einem Dritten durchgeführt werden konnte, kann nunmehr auch die Messung selbst auf Wunsch des Anschlussnutzers von einem anderen als dem Netzbetreiber vorgenommen werden. Um die **Rechtsbeziehungen** zwischen dem Netzbetreiber und Dritten, die den Messstellenbetrieb und/oder die Messung durchführen, **zu vereinheitlichen**, wurde die Messzugangsverordnung verabschiedet, die die Voraussetzungen und Bedingungen des Messstellenbetriebs und der Messung regelt. Die MessZV gilt dabei nicht für Verträge, die vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Öffnung des Messwesens (09.09.2008) geschlossen worden sind.

Voraussetzung für einen Wechsel des Messstellenbetreibers bzw. Messdienstleisters, für den der Netzbetreiber **kein gesondertes Entgelt** erheben darf, ist die **Beauftragung eines Dritten** durch den Anschlussnutzer, eine **Erklärung des An-**

**schlussnutzers** gegenüber dem Netzbetreiber sowie ein **Vertrag** zwischen dem Netzbetreiber und dem Dritten. Mit der wirksamen Beauftragung wird ein Rechtsverhältnis zwischen dem Anschlussnutzer und dem Dritten begründet, das den Dritten zur ordnungsgemäßen Durchführung des Messstellenbetriebs und/oder der Messung und den Anschlussnutzer zur **Zahlung eines angemessenen Entgelts** für diese Dienstleistung verpflichtet. Das Entgelt, das der Dritte vom Anschlussnutzer verlangt, wird dabei **im Wettbewerb gebildet** und unterliegt keiner Regulierung.

Die Beauftragung des Dritten ist Grundvoraussetzung für den Wechsel des Messstellenbetreibers bzw. Messdienstleisters, allerdings selbst nicht Gegenstand der MessZV. Die MessZV konkretisiert aber die **Erklärung des Anschlussnutzers** gegenüber dem Netzbetreiber, dass ein Dritter zukünftig den Messstellenbetrieb bzw. die Messung durchführen soll. Die **Erklärung** muss in Textform abgegeben werden und die Entnahmestelle, den gewünschten Wechselzeitpunkt sowie die Identität des Anschlussnutzers und des beauftragten Dritten erkennen lassen, damit zweifelsfrei festgestellt werden kann, zu welchem Zeitpunkt

die Messung bzw. der Messbetrieb von dem anderen Anbieter durchgeführt werden soll.

In der MessZV geregelt werden auch die Anforderungen, die an den **Vertrag zwischen dem Dritten und dem Netzbetreiber** zu stellen sind. Die MessZV unterscheidet dabei zwischen dem **Messstellenvertrag**, der den Messstellenbetrieb zum Gegenstand hat und dem **Messvertrag**, der die Durchführung der Messung regelt. Wie sich aus der MessZV ergibt, wird in der Regel auch die Messung vom Messstellenbetreiber durchgeführt. Etwas anderes gilt dann, wenn der Anschlussnutzer einen Dritten mit der Messung beauftragt hat, was nur dann möglich ist, wenn die Messeinrichtung nicht elektronisch ausgelesen wird. Ein Aus-einanderfallen von Messstellenbetreiber und Messdienstleister kommt somit nicht in Betracht, wenn die Messstelle elektronisch ausgelesen wird. Die Verträge können auf Verlangen des Dritten auch als Rahmenvertrag abgeschlossen werden.

Die Netzbetreiber werden durch die MessZV verpflichtet, **allgemeine Bedingungen** für den Messstellen- und den Messvertrag im Internet zu veröffentlichen und zu diesen Bedingungen Verträge mit Dritten abzuschließen. Ziel dieser Regelung ist es, die Geschäftsbedingungen des Netzbetreibers transparent zu gestalten und damit zu einer Beschleunigung des Wechsels des Messstellenbetreibers und Messdienstleisters beizutragen. Zudem wird eine **Kontrahierungspflicht der Netzbetreiber** statuiert, von der diese nur befreit sind, wenn ein Ablehnungsgrund nach § 21b Abs. 2 Satz 2 EnWG (z.B. Nichteinhaltung der eichrechtlichen Vorschriften) vorliegt.

Um die Vertragsbeziehungen zu vereinheitlichen, schreibt die MessZV für die Verträge verschiedene **Mindestinhalte** und weitere **besondere Inhalte** vor, denen der Messstellen- bzw. Messvertrag und damit auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Netzbetreiber genügen müssen. Geregelt werden müssen u.a. die Bedingungen des Messstellenbetriebs und der Messung, technische Mindestanforderungen und Mindestanforderungen an Datenumfang und Datenqualität, Regelungen zur Datenübermittlung und zu den Datenformaten, Haftungsbestimmungen und Regelungen in Bezug auf die Beendigung des Vertrages. Zudem müssen im Messstellenvertrag **Regelungen für den Fall des Übergangs des Messstellenbetriebs** getroffen werden, die die Vertragspartner verpflichten, dem neuen Messstellenbetreiber die zur Messung vorhandenen technischen Einrichtungen gegen angemessenes Entgelt ganz oder teilweise zum Kauf oder zur Nutzung anzubieten bzw. die Vertragspartner verpflichten, die

vorhanden Einrichtungen unentgeltlich zu entfernen oder deren Ausbau durch den neuen Messstellenbetreiber zu dulden. Darüber hinaus konkretisiert die MessZV die sich aus dem Messstellen- bzw. dem Messvertrag ergebenden **Rechte und Pflichten** von Netzbetreiber und Drittem. Sie schreibt dabei u.a. vor, wie die Übermittlung der ab- oder ausgelesenen Messdaten durch den Dritten an den Netzbetreiber zu erfolgen hat und stellt klar, dass die Verwaltung der Zählpunkte und die für die Abrechnung erforderliche Aufbereitung der Messdaten Aufgabe des Netzbetreibers bleibt.

Für den Fall, dass der **bisherige Anschlussnutzer wechselt**, verpflichtet die MessZV den Dritten, den Messstellenbetrieb oder die Messung auf Wunsch des Netzbetreibers gegen ein vom Netzbetreiber zu entrichtendes angemessenes Entgelt für einen Übergangszeitraum von längstens drei Monaten fortzuführen hat. **Endet demgegenüber der Messstellen- und/oder Messbetrieb eines Dritten oder fällt der Messstellenbetreiber oder Messdienstleister aus**, ist der Netzbetreiber verpflichtet, den Messstellen- und/oder Messbetrieb unverzüglich zu übernehmen, sofern zum Zeitpunkt der Beendigung kein anderer Dritter den Betrieb übernimmt. Der Netzbetreiber darf für die Durchführung des Messbetriebs bzw. der Messung dabei vom Anschlussnutzer ein angemessenes Entgelt beanspruchen.

Die MessZV enthält ferner **Regelungen für die Durchführung des Messstellenbetriebs**. Danach ist der Messstellenbetreiber berechtigt, Art, Zahl und Größe von Mess- und Steuereinrichtungen unter Berücksichtigung der Höhe des Verbrauchs und des Verbraucherverhalten des Anschlussnutzers zu bestimmen. Etwas anderes gilt dann, wenn der Grundversorger — also der Energielieferant — vom Messstellenbetreiber den Einbau und Betrieb von Bargeld- oder Chipkartenzählern oder sonstigen Vorkassensystemen verlangt. Weiter schreibt die MessZV vor, dass die vom Dritten betriebenen Mess- und Steuereinrichtungen den eichrechtlichen Vorschriften genügen und eine Messung entsprechend den Vorgaben der MessZV ermöglichen müssen. Insbesondere aber ist der Messstellenbetreiber für die ordnungsgemäße Durchführung des Messstellenbetriebs verantwortlich und verpflichtet, den Verlust, die Beschädigung und Störungen der Messeinrichtungen unverzüglich dem Netzbetreiber mitzuteilen und zu beheben.

Daneben trifft die MessZV **Regelungen für die Durchführung der Messung**, die den Messdienstleister zu einer einwandfreien Messung verpflichten. Auch die **Art der Messung** der entnom-

menen Strom- und Gasmengen wird entsprechend den bisherigen Regelungen in § 18 StromNZV bzw. §§ 33, 38 GasNZV in der MessZV konkretisiert, wobei jeweils zwischen Standardlastprofilkunden und Nicht-Standardlastprofilkunden differenziert wird. Beim Stromnetzzugang hat die Messung bei Standardlastprofilkunden in der Regel durch eine Erfassung der elektronischen Arbeit, bei Nicht-Standardlastprofilkunden demgegenüber durch eine viertelstündliche registrierende Leistungsmessung zu erfolgen. Die MessZV berechtigt allerdings auch den Standardlastprofilkunden - sofern der Lieferant mit dem Netzbetreiber die Anwendung des Lastgangzählverfahrens vereinbart hat - im Einvernehmen mit seinem Lieferanten die Messung durch Lastgangzählverfahren zu verlangen. Für den Gasnetzzugang bestimmt die MessZV, dass die Messung bei Standardlastprofilkunden durch eine kontinuierliche Erfassung der entnommenen Gasmengen und bei Nicht-Standardlastprofilkunden durch eine stündliche registrierende Leistungsmessung zu erfolgen

hat, wobei für Letztere Datenübertragungssysteme eingerichtet werden müssen.

Um einen **Datenaustausch** zwischen dem Netzbetreiber und Dritten sicherzustellen, verpflichtet die MessZV den Netzbetreiber ferner, einen elektronischen Datenaustausch in einem einheitlichen Format zu ermöglichen. Zudem sieht die MessZV eine Bestimmung zur Nachprüfung von Messeinrichtungen vor.

Die MessZV ermächtigt die **Bundesnetzagentur** schließlich, Festlegungen zu verschiedenen Regelungspunkten, z.B. zu den Inhalten von Messstellen- und Messverträgen und den einzuhaltenen Fristen zu treffen. Diese sollen zu einer vollständigen Öffnung des Messwesens und zu einer Vereinheitlichung der Bedingungen beitragen.

*Dr. Hans-Christoph Thomale / Stephanie Feurstein*

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

Wir planen derzeit unser Programm für das erste Halbjahr 2009 und werden Sie an dieser Stelle weiter unterrichten. Aktuelle Veranstaltungshinweise finden Sie laufend auf unserer Homepage: [www.aulinger.eu](http://www.aulinger.eu).

**Aktuelle Veröffentlichungen von AULINGER Rechtsanwälte:**

**Dr. Hans-Christoph Thomale/  
Carsten Kießling**

„Anforderungen an den (Neu-)Abschluss von Konzessionsverträgen“, in *Netzwirtschaft & Recht*, 4/2008, Seite 166 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 Haggene*

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, Notar  
Dr. Thomas Huesmann  
Inken Hansen  
Dr. Marco Krenzer

Büro Essen: "Villa Bredene"  
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, Notar  
Dr. Christian Stenneken  
Dr. Markus Haggene  
Dr. Stefan Mager  
Dr. Hans-Christoph Thomale  
Dr. Melanie Verstege



Partnerschaftsgesellschaft, Sitz Essen, Amtsgericht Essen PR 1671