

Mandanteninformation

Februar 2011

Inhalt

Gesellschaftsrecht	Kein Weiterbeschäftigungsanspruch des GmbH-Geschäftsführers nach Widerruf seiner Bestellung	2
Gesellschaftsrecht	Strafbarkeit wegen Untreue zu Lasten einer Limited	3
Gesellschaftsrecht	Haftungsvermeidung bei der Verwendung von Mantelgesellschaften	4
Arbeitsrecht / M & A	Übergang von Leiharbeitnehmern beim Unternehmenskauf	6
Arbeitsrecht	Privatnutzung des Dienstwagens während lang dauernder Arbeitsunfähigkeit	7
Wirtschaftsrecht	Patronatserklärungen: Anforderungen und Risiken	8
Privates Baurecht	Haftung des Bauunternehmers auch für mangelhafte Eigenleistungen des Bauherrn	9
Immobilienrecht	Grenzbebauung für Zwecke der Wärmedämmung	10
Kartellrecht	Mittelstand verstärkt im Fokus des Bundeskartellamts	11
Kommunalrecht	Neuerungen im Gemeindefinanzierungsrecht	13
Vergaberecht	Aktuelles zu Rückforderungen von Zuwendungen wegen Vergaberechtsverstößen	14
Zu guter Letzt	Winterreifen – eine Glosse	15

In eigener Sache

AULINGER wächst – und das ist gut so! Zum Jahreswechsel haben wir unser Team um insgesamt drei Kollegen ergänzt. So verstärkt in Bochum Frau Rechtsanwältin **Silke Herbst** unseren immobilienrechtlichen Bereich um unsere Partner **Hans-Jochen Hütter** und **Dr. Matthias Koch**. Frau Herbst bringt eine mehrjährige Berufserfahrung mit und wird sich gemeinsam mit Hans-Jochen Hütter und Dr. Marco Krenzer vor allem dem privaten Baurecht widmen.

Ebenfalls in Bochum ist Herr **Ralf Heine** tätig. Herr Heine ist seit mehreren Jahren im Arbeitsrecht tätig, unter anderem für den Arbeitgeberverband Bochum. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit wird folgerichtig auch bei uns im Arbeitsrecht liegen; wir sind stolz, dass das Team um unseren Partner **Dr. Achim Tempelmann** und **Inken Hansen** nunmehr fünf Arbeitsrechtler umfasst.

In Essen ist als Berufsstarter Herr Rechtsanwalt **Dr. Markus Hahn, M.Sc.**, zu uns gestoßen. Herr Hahn hat bereits im Studium und Referendariat einen Fokus auf das Wirtschaftsrecht gelegt und konzentriert sich gemeinsam mit unseren Partnern **Dr. Martin Alberts** und **Dr. Markus Haggene**y auf das Gesellschafts- und Handelsrecht sowie das Transaktionsgeschäft am Standort Essen.

Allen neuen Kollegen wünschen wir einen guten Start und viel Freude an der Arbeit mit Ihnen, unseren Mandanten! Wenn Sie unsere Kollegen mit Bild und Kurzvita vorab kennenlernen wollen, empfehlen wir Ihnen einen Blick in unseren „renovierten“ Internetauftritt. Ein frischeres Erscheinungsbild rundet die Informationen ab, die wir Ihnen zu uns und unserer Tätigkeit anbieten. Natürlich finden Sie unsere Visitenkarte im Netz weiterhin unter dem bekannten Link www.aulinger.eu.

Auch zu den Ihnen schon bekannten Kollegen gibt es Erfreuliches zu berichten: So darf **Dr. Bastian-Peter Stenslik** nunmehr die Bezeichnung Fachanwalt für Arbeitsrecht führen. Dies dokumentiert zugleich fachliche Kompetenz als auch praktische Erfahrung. Wir gratulieren zu diesem Erfolg.

Diese und unsere früheren Mandanteninformationen haben wir für Sie auch in elektronischer Form im Internet bereitgestellt. Von unserer Homepage www.aulinger.eu können Sie unter der Rubrik „Publikationen“ die Dokumente herunterladen. Gleichzeitig können Sie sich dort auch für die regelmäßige Zusendung unserer Mandanteninformation in elektronischer Form anmelden — natürlich für Sie kostenlos.

Gesellschaftsrecht: Kein Weiterbeschäftigungsanspruch des GmbH-Geschäftsführers nach Widerruf seiner Bestellung

In der letzten Mandanteninformation hatten wir über ein Urteil des Bundesgerichtshofs vom 10.05.2010 berichtet. Gegenstand dieses Urteils war die Frage, ob im **Anstellungsvertrag** zwischen einer **GmbH** und ihrem **Geschäftsführer** die Geltung des Kündigungsschutzgesetzes vertraglich vereinbart werden kann. Der Bundesgerichtshof hat das bejaht.

Das erwähnte Urteil betraf einen Fragenkreis, der immer wieder Schwierigkeiten bereitet. Es geht um die Rechte und Pflichten des GmbH-Geschäftsführers aus seinem Anstellungsvertrag, also aus dem Dienstverhältnis mit der GmbH. Ein solcher Anstellungsvertrag wird typischerweise im Zusammenhang mit der Geschäftsführerbestellung geschlossen. Anders gewendet: Wer zum Geschäftsführer bestellt wird, schließt üblicherweise gleichzeitig einen Anstellungsvertrag mit der GmbH ab. Die **Bestellung** zum Geschäftsführer, also das gesellschaftsrechtliche **Organverhältnis**, ist aber **rechtlich vom Anstellungsvertrag zu trennen**. Die Organstellung als Geschäftsführer kann — sei es durch Widerruf der Bestellung seitens der Gesellschafter, sei es durch Amtsniederlegung des Geschäftsführers — beendet werden, ohne dass gleichzeitig der Anstellungsvertrag endet. Der Anstellungsvertrag kann dann noch eine Weile fortbestehen. Typische Fälle sind Anstellungsverträge, die auf einen bestimmten Zeitraum fest geschlossen sind, oder Anstellungsverträge, die nur mit etwas längeren Fristen gekündigt werden können.

Wenn also ein Geschäftsführer abberufen wird, aber sein Anstellungsvertrag noch eine Weile läuft, hat er jedenfalls Anspruch auf Fortzahlung seiner Dienstbezüge. Es fragt sich dann, ob der Geschäftsführer dafür auch noch etwas tun muss, ob er also — wenn auch nicht als Geschäftsführer — seine **Arbeitskraft** für die Gesellschaft **einsetzen** muss. Und es fragt sich aus Sicht des Geschäftsführers, ob er trotz seiner Abberufung noch einen **Beschäftigungsanspruch** hat.

Mit einer solchen Fallkonstellation hat sich der Bundesgerichtshof nun in einem Urteil vom 11.10.2010 befasst. Dort hatte der betroffene Geschäftsführer aufgrund einer Besonderheit im Anstellungsvertrag geltend gemacht, dessen Kündigung sei überhaupt unwirksam gewesen. Er hatte die GmbH nicht nur auf Bezahlung der vereinbarten Vergütung, sondern darüber hinaus auf **Weiterbeschäftigung als Geschäftsführer** zu den bisherigen vertraglichen Bedingungen verklagt. Hilfsweise beanspruchte er, in einer seiner frühe-

ren Tätigkeit vergleichbaren leitenden Funktion beschäftigt zu werden. Der Bundesgerichtshof hat die Klage mit diesen Ansprüchen abgewiesen, also erkannt, ein abberufener Geschäftsführer könne nicht beanspruchen, von der Gesellschaft noch beschäftigt zu werden. Denn der Anstellungsvertrag habe regelmäßig nur die **Beschäftigung als Geschäftsführer** zum Inhalt. Eine **andere Tätigkeit** sei **typischerweise nicht vereinbart**. Die Gesellschaft habe auch ein Interesse daran, die Leitungsposition in ihrem Unternehmen mit Personen ihres Vertrauens zu besetzen. Dem stünden keine eigenen schützenswerten Interessen des abberufenen Geschäftsführers entgegen, jedenfalls wenn nichts anderes vereinbart ist. Der Geschäftsführer habe Anspruch auf Fortzahlung seiner Bezüge. Ein Interesse an einer Weiterbeschäftigung habe er nur, weil er die Nichtbeschäftigung „als Ansehensverlust oder Minderung der Lebensfreude“ empfinde. Das rechtfertige keinen Beschäftigungsanspruch.

Der Bundesgerichtshof hat damit erstmals zu einer Frage Stellung genommen, die im Schrifttum umstritten war, und sie für die Praxis geklärt.

Dass es so lange gedauert hat, bis erstmals das Thema höchstrichterlich entschieden wurde, hat sicher auch damit zu tun, dass Auseinandersetzungen über Geschäftsführer-Anstellungsverhältnisse meist vergleichsweise beigelegt werden. Deswegen gibt es auch nur sehr wenig Rechtsprechung zu dem umgekehrten Fall: Kann die GmbH, die den Geschäftsführer von seinem Amt abberufen hat, ihrerseits verlangen, dass der Geschäftsführer aufgrund des weiter laufenden Anstellungsvertrages für die Gesellschaft tätig wird? Hier hat der Bundesgerichtshof in einigen älteren Urteilen, zuletzt aus dem Jahre 1978, entschieden, der aus seiner Organstellung abberufene Geschäftsführer könne gehalten sein, eine **andere angemessene Beschäftigung unterhalb der Organstellung** bei der Gesellschaft auszuüben. Denn es entspreche in aller Regel dem Willen der Parteien, die Arbeitskraft einer üblicherweise gut bezahlten Führungspersönlichkeit trotz der Abberufung aus dem Amt nicht bis zum Auslaufen des Anstellungsvertrages bei Fortzahlung der Vergütung brachliegen zu lassen.

Damit ist allerdings nur ein Grundsatz ausgesprochen, dessen praktische Umsetzung außerordentliche Schwierigkeiten bereitet. In der Praxis gelingt es den Unternehmen nämlich meist nicht, dem (abberufenen) Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied tatsächlich eine zumutbare ander-

weitige Beschäftigung anzubieten. Denn zumutbar wird in der Regel nur eine Position sein, die dem abberufenen Geschäftsführer eine herausgehobene Stellung im Unternehmen wahr. Gerade das ist aber häufig nicht gewollt, wenn Gesellschafter sich entschließen, sich von einem Geschäftsführer zu trennen. Der Versuch von Ge-

sellschaften, die Fortzahlung der Vergütung davon abhängig zu machen, dass der abberufene Geschäftsführer in „minderer“ Stellung weiterarbeitet, ist deswegen rein praktisch häufig zum Scheitern verurteilt.

Dr. Andreas Eickhoff

Gesellschaftsrecht – Strafbarkeit wegen Untreue zu Lasten einer Limited

Der Fall einer strafrechtlichen Revisionsentscheidung des **Bundesgerichtshofs (BGH)** ist aus dem „prallen Leben“. Der Angeklagte A wollte zusammen mit einem Herrn T „in großem Stil“ hochwertige dänische Unterhaltungselektronik-Geräte aus Deutschland nach Russland und in andere Nachfolgestaaten der früheren Sowjetunion „unter Umgehung dortiger Einfuhr-, Umsatz- sowie Ertragsteuern“ exportieren. Das scheint auch in erheblichem Umfang und mit beträchtlicher Ausbeute über einige Jahre so funktioniert zu haben.

Es gab Bankkonten als „gemeinsame Töpfe“. Jeder der beiden Herren A und T hatte darauf Zugriff. Hinter dem Rücken von A begann T damit, in diese Beutetöpfe zu packen und Beträge immerhin von mehreren Millionen Euro für sich herauszuziehen. Als A davon erfuhr, griff er seinerseits zu und überwies auf eigene Konten in Österreich etwa 1,8 Millionen Euro.

Wenn Kriminelle sich untereinander streiten über die Beute, so hat der eine nicht gerade eine „**Vermögensbetreuungspflicht**“ zugunsten seines Mittäters. Das hatte wohl das Landgericht vor Augen, als es den Angeklagten A freisprach von der Anklage der Untreue nach § 266 StGB. Das Landgericht hatte zwar durchaus wahrgenommen, dass die Herren A und T in Gestalt einer gemeinsam gegründeten **Limited mit Gründungssitz auf den British Virgin Islands** tätig geworden waren, an der sie je hälftig beteiligt und beide Direktoren waren. Das Landgericht hatte sich aber mit dieser Konstruktion nicht näher befasst, insbesondere, und das rügt der BGH, sich keine näheren Gedanken gemacht über das **eigene Vermögensinteresse einer** solchen **Limited**, das auch vor Zugriffen eines jeden der Direktoren geschützt sein könne.

Die British Virgin Islands sind weit entfernt. Sie sind aber als überseeisches Gebiet der Krone Großbritanniens in die EU-rechtliche Niederlassungsfreiheit einbezogen. Daher ist eine dort gegründete **Limited** auch **nach deutschem Recht** als **existent und schutzfähig** zu betrachten, auch weil der Direktor A in Hamburg wohnte und dort seine geschäftlichen Aktivitäten entfaltete.

Weil er dies im Inland tat, war auch **deutsches Strafrecht** auf ihn **anzuwenden** und ein **deutsches Strafgericht zuständig**. Und so fügt sich alles zusammen. Der BGH verlangt, dass das Strafgericht sorgsam prüft, wie nach dem Recht der British Virgin Islands nun eigentlich die Vermögensbetreuungspflichten eines Direktors gegenüber der Limited zu beurteilen sind.

Der BGH hält hier Aufklärung durch die Tatsacheninstanz, also das Landgericht, für erforderlich. Es könne durchaus so sein, dass Vermögensbetreuungspflichten des Direktors A gegenüber der Limited verletzt sind. Wenn sich solche Betreuungspflichten feststellen lassen sollten und die „Entnahme“ der etwa 1,8 Millionen Euro durch A als Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht und damit als strafbar zu qualifizieren sein sollte, dann wird es allein schon im Strafverfahren für den Angeklagten A teuer. Denn das Recht der British Virgin Islands ist maßgeblich, einem deutschen Gericht aber natürlich so ohne weiteres nicht bekannt. Über **ausländisches Recht** geben von dem Gericht **einzuholende Sachverständigengutachten** Aufschluss, regelmäßig unter Inkaufnahme **hoher Prozesskosten**. Im Falle der Verurteilung wird der Angeklagte und Verurteilte mit diesen belastet.

Dieser Blick „ins pralle Leben“ gibt aber Hinweise auch für Fälle, bei denen eine Limited nicht gerade für kriminelle Zwecke eingesetzt wird. Zu beachten bleibt:

- Wenn eine Gesellschaft ausländischer Rechtsform, auch eine englische Limited, allein in Deutschland „benutzt“ wird, so gilt doch das Heimat-Gesellschaftsrecht, insbesondere für das Verhältnis zwischen Gesellschaftern untereinander und für die Pflichten eines organschaftlichen Vertreters, etwa eines „Directors“ im Verhältnis zur Gesellschaft selbst. Das ausländische Gründungsrecht ist maßgeblich dafür, welche Rechte und Pflichten gelten, auch inwieweit diese privatautonom, etwa durch Satzung, Gesellschaftsvertrag, „by laws“ oder ähnliches, verändert werden können. Gerade im Bereich des engli-

schen Common Law ist es wohl üblich, dass für eine Gesellschaft – wie hier auch im Urteil zitiert wird – „umfangreiche Statuten mit zahlreichen Klauseln“ gelten. Angesichts solcher Erfahrungen ebbt die kurzfristige „Gründungswelle von Limited“ zu Zwecken der Benutzung in Deutschland drastisch ab.

- Sollte es in einer nun einmal existierenden Limited oder sonstigen Gesellschaft ausländischen Rechts Streit unter Gesellschaftern geben, so werden deutsche Gerichte zuständig sein, aber zur Aufklärung durch (teure) Rechtsgutachten das maßgebliche Gründungsrecht ermitteln. Das erhöht die **Prozesskosten**.
- Wer selbst eine „Limited“ oder andere „Auslandsgesellschaft“ betreibt, damit aber nicht mehr glücklich ist, kann nach jüngeren Regelungen des deutschen Rechts diese Gesellschaft auch durch Verschmelzung umwandeln auf eine deutsche GmbH und hat dann eine hier gewohnte deutsche Rechtsform. Diese Möglichkeit nach dem deutschen **Umwandlungsrecht** wird auch spiegelbildlich für eine englische Limited oder sonstige im EU-Bereich nach Gründungsrecht existierende Gesellschaft gelten, denn die Möglichkeit der Umwandlung „über die Grenze“ beruht auf einer Anordnung durch EU-Richtlinie. Fälle, in denen eine „**Limited & Co. KG**“ ins Leben gerufen worden ist, sind sogar noch leichter zu bereinigen. Vor allem dann, wenn, wie häufig, die Limited selbst am eigentlichen Unternehmensvermögen gar nicht beteiligt ist, mag sie austreten und stattdessen eine deutsche GmbH, und wenn gewünscht; eine „Unternehmergesellschaft haftungsbeschränkt“ Komplementärin werden. Der Ordnung hal-

ber wäre die Limited nach englischem Recht zu liquidieren, jedenfalls das deutsche Unternehmen wäre einheitlich in deutscher Rechtsform zu führen.

- Die BGH-Entscheidung erlaubt aber noch einen anderen Blick: Es gibt Fälle, in denen eine Limited als „Geschäftspartnerin“ auf der anderen Seite aufgetreten ist. Mindestens dann, wenn die Schäden so groß sind, dass auch eine ggf. aufwendige Rechtsverfolgung in Betracht gezogen werden muss, so ist der Hinweis des BGH von Interesse, wonach die Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung gerade auch nach dem ausländischen Gründungsrecht im Verhältnis zur Limited zu prüfen und maßgeblich ist. Bei einer Verletzung kommt zwar, wie das Urteil zeigt, Strafbarkeit für den Direktor in Betracht. Aber es sind auch **Ersatzansprüche der Limited** gegen den untreuen Direktor denkbar. Es kommt in Betracht, derartiges auch in deutschen Prozessen geltend zu machen. Selbst wenn die Limited nach englischem Recht bereits „erloschen“ ist, so kann sie nach einer wohl herrschend gewordenen Auffassung doch noch als eine Art fiktive Restgesellschaft in Deutschland als existent gelten, soweit sie hier noch Vermögen hat. Das Vermögen kann insbesondere aus Regressansprüchen gegen den Direktor bestehen. Nach alledem ist denkbar, dass selbst eine in England bereits gelöschte Limited in Deutschland noch verklagt wird, und aufgrund eines etwa erfolgreichen Urteils gegen sie, erneut nach deutschem Prozessrecht, Ansprüche der Limited gegen den Direktor gepfändet werden.

Dr. Egon Peus

Gesellschaftsrecht: Haftungsvermeidung bei der Verwendung von Mantelgesellschaften

Wer einen Geschäftsbetrieb im Rahmen einer GmbH aufnehmen oder in eine GmbH einbringen möchte, kann zur Beschleunigung der Gründungsphase auf **Vorrats- oder Mantelgesellschaften** zurückgreifen. Dabei handelt es sich um leere Hüllen, also um Gesellschaften, die zwar in ihrer rechtlichen Form bestehen, aber keiner unternehmerischen Tätigkeit nachgehen. Die **Haftungsrisiken**, denen sich die Gesellschafter bei der Verwendung von Vorrats- oder Mantelgesellschaften aussetzen, können jedoch erheblich sein und sind den Beteiligten oftmals unbekannt.

Zu unterscheiden ist zwischen der Vorratsgesellschaft, die – häufig durch darauf spezialisierte Anbieter – zu dem Zwecke gegründet wird, bei Bedarf kurzfristig einen Geschäftsbetrieb aufzunehmen, und der Mantelgesellschaft, einer bereits existenten, im Rahmen ihres früheren Unternehmensgegenstandes tätig gewordenen, nun aber unternehmenslosen GmbH, die der Aufnahme eines neuen Geschäftsbetriebes dient. Bei der Verwendung einer Vorrats- oder Mantelgesellschaft sind die **Gründungsvorschriften** zu berücksichtigen. So hat der BGH in den Jahren 2002 zur Vorratsgesellschaft und im Jahr 2003 zur Mantelgesellschaft entschieden, dass deren Verwendung

eine wirtschaftliche Neugründung darstellt mit der Folge, dass die Gründungsvorschriften, die die Kapitalaufbringung betreffen, entsprechend anwendbar sind. Im Einzelnen bedeutet dies, dass gegenüber dem Handelsregister offengelegt werden muss, dass eine wirtschaftliche Neugründung vorliegt. Gleichzeitig hat der Geschäftsführer gegenüber dem Handelsregister an Eides statt zu versichern, dass das **Stammkapital** zum Zeitpunkt der Anmeldung der wirtschaftlichen Neugründung **in voller Höhe vorhanden** ist und zur freien Verfügung der Geschäftsführung steht.

Eigentlich ist diese Rechtsprechung zwischenzeitlich ein „alter Hut“ und die Anmeldepflichten werden zumindest beim Kauf einer Vorratsgesellschaft von professionellen Anbietern in aller Regel beachtet. Dennoch ergeben sich aus der entsprechenden Anwendung der Gründungsvorschriften für die Gesellschafter **weitreichende haftungsrechtliche Konsequenzen** insbesondere in den Fällen, in denen die Gesellschaft in die Unterbilanz und schließlich in die Überschuldung und die Insolvenz abgleitet:

Wurde die möglicherweise vor mehreren Jahren erfolgte wirtschaftliche Neugründung vor Aufnahme der neuen Geschäftstätigkeit gegenüber dem Handelsregister angezeigt, stand jedoch entgegen der eidesstattlichen Versicherung zum Zeitpunkt der Offenlegung das **Stammkapital** der Gesellschaft **nicht mehr vollumfänglich zur freien Verfügung**, haften die Gesellschafter neben dem Geschäftsführer im Rahmen der sog. „Unterbilanzhaftung“. Damit das Stammkapital zur freien Verfügung der Geschäftsführung steht, muss es aber nicht in voller Summe auf einem Konto oder bar hinterlegt sein; es reicht vielmehr aus, dass die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Offenlegung keine Unterbilanz oder Überschuldung ausweist. Ist die Gesellschaft dagegen zum Zeitpunkt der Offenlegung unterbilanziert oder überschuldet, haben die Gesellschafter in diesem Fall nicht nur das fehlende Stammkapital erneut einzuzahlen, sondern die Überschuldung und/oder Unterbilanz vollumfänglich durch Zahlung an die Gesellschaft zu beseitigen. Dies gilt auch dann, wenn die Unterbilanz oder Überschuldung in einem Zeitpunkt nach der Offenlegung nicht mehr vorliegt.

Deutlich höher kann das Haftungsrisiko sein, wenn die wirtschaftliche Neugründung überhaupt nicht gegenüber dem Handelsregister angezeigt wird und die Gesellschaft schließlich Insolvenz anmelden muss. Über die Voraussetzungen und den Umfang der Haftung wird demnächst der BGH zu entscheiden haben. Gegenwärtig liegen dem BGH zwei Fälle vor, die sich mit den Voraussetzungen und dem Umfang einer Unterbilanzhaf-

tung im Falle der Mantelverwendung befassen. In beiden Fällen nimmt der Insolvenzverwalter die Gesellschafter wegen fehlender Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung in Anspruch.

Das KG Berlin setzte in seinem Urteil vom 07.12.2009 der Unterbilanzhaftung im Falle einer wirtschaftlichen Neugründung entgegen der bisher geäußerten Tendenz engere Grenzen. Es entschied, dass eine Unterbilanzhaftung trotz unterlassener Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung jedenfalls dann ausgeschlossen sei, wenn das Stammkapital vollständig eingezahlt und bei Aufnahme der neuen Geschäftstätigkeit noch vorhanden sei. Unter diesen Voraussetzungen führe eine nachträglich eingetretene Unterbilanz oder Überschuldung trotz fehlender Offenlegung nicht zu einer Haftung der Gesellschafter.

Dagegen weitete das OLG München in seinem Urteil vom 11.03.2010 die Grenzen der Unterbilanzhaftung zu Ungunsten der Gesellschafter und sogar deren Rechtsnachfolger stark aus. Die Gesellschafter sollen hiernach im Falle der unterbliebenen Offenlegung zeitlich unbegrenzt in Höhe der gesamten festgestellten offenen Verbindlichkeiten haften. Zusätzlich treffe die Haftung auch den Erwerber eines Geschäftsanteiles, und zwar unabhängig davon, ob dieser zum Zeitpunkt des Erwerbes Kenntnis von der Mantelverwendung hatte.

Es bleibt abzuwarten, ob der BGH der restriktiven Haltung des KG Berlin folgen oder die Haftung in Übereinstimmung mit dem OLG München ausweiten wird. In jedem Fall bleiben auch zukünftig bei der Mantelverwendung die Gründungsvorschriften des GmbHG zu beachten. Ist die Verwendung der Mantelgesellschaft bereits in der Vergangenheit geschehen, sollten die Gesellschafter nochmals prüfen, ob die Voraussetzungen einer Mantelverwendung vorlagen, die wirtschaftliche Neugründung offengelegt wurde und im Zeitpunkt der Offenlegung keine Unterbilanz und/oder Überschuldung bestand. Denn die Anzeige der wirtschaftlichen Neugründung kann nachgeholt und damit das Haftungsrisiko beseitigt oder zumindest beschränkt werden.

Wird die Anzeige der wirtschaftlichen Neugründung nachgeholt, muss zu diesem Zeitpunkt das Stammkapital zur freien Verfügung der Geschäftsführung stehen. Ist die Gesellschaft unterbilanziert oder überschuldet, muss die Unterbilanzierung oder Überschuldung zunächst einmal beseitigt werden, bevor die Anzeige gegenüber dem Handelsregister erfolgt. Um dies zu vermeiden ist es ratsam, bereits in „guten Zeiten“ zu prüfen, ob eine Mantelverwendung in der Vergangenheit

noch Haftungsrisiken birgt. Im Falle des Erwerbes eines Geschäftsanteiles ist im Rahmen einer Due Diligence ein besonderes Augenmerk darauf zu richten, ob in der Vergangenheit eine Mantelverwendung vorlag, da die Haftungsrisiken auch den

Erwerber treffen. Dies ist auch bei der Gestaltung des Übertragungsvertrages zu berücksichtigen.

Heike Middendorf

Arbeitsrecht / M & A: Übergang von Leiharbeitnehmern beim Unternehmenskauf

Nicht selten bedienen sich Konzerne sogenannter **Personalführungs- bzw. Personalservicegesellschaften**, deren ausschließliche Aufgabe es ist, ihre Arbeitnehmer anderen Konzernunternehmen im In- und Ausland zur Arbeitsleistung zu überlassen. Die Gesellschaften, bei denen sie dann dauerhaft eingesetzt werden, werden dann oft als „**Betriebsgesellschaften**“ bezeichnet.

Die Einrichtung solcher Strukturen hat sich insbesondere als **Instrument der Lohnpolitik** bewährt. So kann die Betriebsgesellschaft vermeiden, auf alle bei ihr tätigen Arbeitnehmer ihre Tarifverträge anzuwenden. Dies kann in Einzelfällen zu beachtlichen Kostensenkungen führen. Darüber hinaus lassen sich Personalservicegesellschaften auch zur Beschäftigungssicherung, zur Flexibilisierung der Beschäftigung sowie zur Rationalisierung der Personalverwaltung einsetzen. Die Anwendungsbereiche sind also vielfältig. Rechtlich stellt sich der Vorgang in der Regel als **Arbeitnehmerüberlassung** dar, für die eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis erforderlich ist, wenn es sich nicht nur um eine vorübergehende konzerninterne Personalgestellung handelt.

Bei der **Transaktionsberatung** konnte die konzerninterne Personalgestellung mit Blick auf § 613 a BGB bisher eher vernachlässigt werden. Die instanzgerichtliche Rechtsprechung in Deutschland ging nämlich davon aus, dass der Kauf einer Betriebsgesellschaft für den Erwerber nicht dazu führt, dass die von der Personalgesellschaft entlehnten Mitarbeiter im Wege des Betriebsüberganges automatisch auf ihn übergeleitet werden. Begründet wurde dies stets mit dem Argument, dass der **Veräußerer nicht Vertragsarbeitgeber sei**, womit es keine Arbeitsverträge gebe, die mit dem Unternehmen übergehen könnten. Somit war das Risiko auf Erwerberseite bisher relativ überschaubar.

Diese Auffassung dürfte nach einer neueren Entscheidung des **Europäischen Gerichtshofs** (EuGH) vom 21.10.2010 allerdings so nicht mehr zu halten sein. Nach Meinung des EuGH kommt es für die Beurteilung eines Betriebsüberganges nämlich nicht darauf an, wer formal „**Vertragsarbeitgeber**“ ist. Es reiche vielmehr aus, wenn zwischen dem Veräußerer und dem Arbeitnehmer

ein „**Arbeitsverhältnis**“ bestehe. Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis seien begrifflich zu unterscheiden. Beide könnten allerdings einen Betriebsübergang auslösen. Eine vertragliche Beziehung des Arbeitnehmers zum Veräußerer sei also nicht erforderlich. Vielmehr sei der Wechsel der juristischen oder natürlichen Person, die für die wirtschaftliche Tätigkeit verantwortlich ist, für den Übergang maßgeblich. Nur so könne ein ausreichender **Arbeitnehmerschutz** erreicht werden.

Die praktischen Konsequenzen dieser Entscheidung sind derzeit kaum abzusehen. So ist noch nicht geklärt, unter welchen Voraussetzungen das zwischen Arbeitnehmer und Entleiher bestehende Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis im Sinne der europäischen Richtlinie zu werten ist. Insoweit wird man die weitere Entwicklung der Rechtsprechung abwarten müssen. Fest steht allerdings schon jetzt, dass man zukünftig bei Unternehmenstransaktionen mehr Vorsicht walten lassen müssen. Weder ein Austausch des entlehnten Personals noch Änderungen seiner Arbeitsbedingungen bei einer Übernahme werden nämlich problemlos möglich sein. Somit wird dieser Umstand insbesondere bei der Durchführung einer **arbeitsrechtlichen Due Diligence** zukünftig ein höheres Gewicht haben.

Offen gelassen hat der EuGH, ob die von ihm aufgestellten Grundsätze nur für die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung gelten sollen oder aber alle Leiharbeitsverhältnisse erfassen. Bejahendenfalls droht bei einem Betriebsübergang immer auch ein Übergang der beim Veräußerer beschäftigten Leiharbeitnehmer in ein festes Arbeitsverhältnis. Dies würde zu fast unüberschaubaren Risiken führen. Richtiger Weise wird man eine solche Auffassung deshalb mit der Begründung ablehnen müssen, dass die Leiharbeitnehmer **in einem klassischen Leiharbeitnehmerverhältnis – anders als bei einem konzerninternen Dauerleih – in keiner konstanten Beziehung zu einem Entleiher stehen**. Zudem sind sie weniger schutzbedürftig, weil sie jederzeit bei einem anderen Entleiher eingesetzt werden können und deshalb keine Kündigung droht.

Unter dem Gesichtspunkt des Beschäftigungsschutzes ist deshalb die Anwendung des § 613 a

BGB nicht geboten. Je länger ein Arbeitnehmer entliehen wird, umso mehr nähert sich das Verhältnis allerdings dem konzerninternen Verleih an, so dass die vorstehende Argumentation nicht mehr eingreift und die Wahrscheinlichkeit steigt, dass ein Betriebsübergang nach der neuen EuGH-Rechtsprechung auch diese dauerhaft Entliehenen erfasst. Absolut rechtssicher lässt sich das allerdings derzeit nicht beurteilen. Vor diesem

Hintergrund sollte im Rahmen der Transaktionsberatung Vorsicht geboten sein und individuelle **Strategien zur Risikominimierung** geprüft werden müssen. Nur eines ist sicher: Vertrauensschutz für Altfälle gibt es nach ausdrücklicher Entscheidung des EuGH nicht.

Inken Hansen / Florian Zahn

Arbeitsrecht: Privatnutzung des Dienstwagens während lang dauernder Arbeitsunfähigkeit

Dienstwagen sind ein weit verbreitetes und häufig auch gern gesehenes Mittel, den Status eines Arbeitnehmers zu demonstrieren. Immer wieder beschäftigen Dienstwagenregelungen auch die Gerichte, so auch jüngst zu einer Frage der Privatnutzung.

Grundlage für die Bereitstellung eines Dienstwagens ist eine vertragliche Absprache der Arbeits- oder Dienstvertragsparteien. Gegenstand dieser Absprache ist nicht nur die Bestimmung des konkreten Fahrzeuges bzw. Fahrzeugtypes, sondern auch die Regelung der Frage, ob der Arbeitnehmer den Dienstwagen für **Privatfahrten** nutzen darf. Räumt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer das Recht ein, den überlassenen Dienstwagen privat zu nutzen, stellt dies einen **geldwerten Vorteil und Sachbezug** dar.

Die Zusage der privaten Nutzung kann der Arbeitgeber auch nicht einseitig widerrufen, zu ihrer Beseitigung bedarf es vielmehr einer Änderungskündigung oder -vereinbarung. In Zeiten, in denen der Arbeitgeber trotz Abwesenheit des Arbeitnehmers das Entgelt weiter zahlen muss (Erholungsurlaub, Arbeitsunfähigkeit bis sechs Wochen, Freistellung etc.) besteht das Recht zur privaten Nutzung des Dienstwagens fort. Regeln die Parteien die Überlassung des Dienstwagens in einem Formulararbeitsvertrag, so sind für die Vereinbarung eines **Widerrufs der Privatnutzung** die **Widerrufsgründe** ausdrücklich in den Vertrag mit aufzunehmen. Eine Vereinbarung der jederzeitigen Widerrufbarkeit wäre unwirksam. Entzieht der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer das Fahrzeug vertragswidrig, kann der Arbeitnehmer eine Nutzungsausfallentschädigung in Höhe der steuerlichen Bewertung der privaten Nutzungsmöglichkeit verlangen. Um einen solchen Fall geht es im Folgenden.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte in seiner Entscheidung vom 14. Dezember 2010 einen Sachverhalt zu beurteilen, wonach dem Kläger

ein Dienstwagen „auch zur privaten Nutzung“ zur Verfügung gestellt wurde. Im Jahr 2008 erkrankte der Kläger arbeitsunfähig, wobei die **Arbeitsunfähigkeit über den Entgeltfortzahlungszeitraum** hinaus andauerte. Der beklagte Arbeitgeber forderte den Dienstwagen nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums heraus und überließ ihn dem Kläger erst nach Wiederaufnahme der Arbeit wieder. Der Kläger verlangte nun Nutzungsausfallentschädigung für die Zeit, in der er den Wagen nicht nutzen konnte.

In letzter Instanz unterlag der Arbeitnehmer; das BAG wies seine Revision zurück. Zur Begründung führte es aus, dass die **Gebrauchsüberlassung** eines Dienstwagens zur privaten Nutzung eine zusätzliche Gegenleistung für die geschuldete Arbeitsleistung darstellt. Sie sei steuer- und abgabenpflichtiger Teil des geschuldeten Arbeitsentgeltes und damit Teil der Arbeitsvergütung. Damit sei sie regelmäßig **nur so lange geschuldet, wie der Arbeitgeber überhaupt Arbeitsentgelt** zu leisten habe. Dies hat zur Folge, dass einem Arbeitnehmer, der länger als sechs Wochen wegen derselben Krankheit arbeitsunfähig erkrankt ist, die Nutzung des Dienstfahrzeugs entzogen werden kann.

Nicht übertragen werden kann diese Entscheidung jedoch auf den Fall, in dem der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Möglichkeit zur Nutzung des Dienstwagens während einer auslaufenden **Kündigungsfrist** entzieht. Dann schuldet der Arbeitgeber Nutzungsausfallentschädigung. Denkbar wäre in einem solchen Fall jedoch, dem Arbeitgeber ein Wahlrecht dahingehend einzuräumen, ob er dem Arbeitnehmer den Dienstwagen weiterhin zur Nutzung überlässt oder ob er seine vertragliche Verpflichtung durch die Zahlung des Privatnutzungswertes in Geld erfüllt. Allerdings ist hierzu die weitere Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten.

Ralf Heine

Patronatserklärungen: Anforderungen und Risiken

In der Konzernpraxis als gängiges Sicherungsmittel stark verbreitet sind **Patronatserklärungen zugunsten von Tochtergesellschaften**, mit denen Kredite darlehensgebender Banken oder vertragliche Verpflichtungen gegenüber Dritten abgesichert werden. Im Tagesgeschäft virulent werden solche Patronatserklärungen in vielerlei Konstellationen: So ist beim Unternehmenskauf entscheidend, welches Risiko sich aus einer Patronatserklärung zugunsten einer Tochtergesellschaft des Targets ergeben kann; beim Abschluss eines Vertrags muss der Vertragspartner wissen, welchen Wert die ihm von seinem Gegenüber abgegebene Patronatserklärung im Ernstfall hat; in der Restrukturierung stellt sich die Frage, ob und ggf. wie Patronatserklärungen als Sicherungsmittel eingesetzt werden können und Banken benötigen klare Regelungen, die zuverlässige Risikoanalysen zulassen.

All diesen Fällen gemeinsam ist das Bedürfnis nach rechtssicherer Ausgestaltung der Patronatserklärung, die als gesetzlich nicht geregeltes Sicherungsinstrument frei zwischen Parteien vereinbart werden und deshalb Gegenstand ebenso **vielfältiger Formulierungsmöglichkeiten** wie streitiger Auseinandersetzungen sein kann.

Das Risikopotential verdeutlicht ein jüngst vom OLG Düsseldorf gefälltes – und noch nicht rechtskräftiges – Urteil (OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.12.2010, Az.: 16 U 28/09). Dort hatte eine Patronin sich verpflichtet „... *etwaigen zusätzlichen Finanzierungsbedarf im gewöhnlichen Geschäftsverkehr ... zu decken*“, sich aber nicht darum gekümmert, die patronierte Gesellschaft so auszustatten, dass diese ihren Zahlungsverpflichtungen nachkommen konnte. Folge war deren Insolvenz. Anders als die Vorinstanz, die die Klage der kreditgebenden und durch die Patronatserklärung begünstigten Bank abgewiesen hatte, verurteilte das OLG Düsseldorf die Muttergesellschaft zur Erstattung sämtlicher Forderungen der Bank, die infolge der Insolvenz der patronierten Gesellschaft uneinbringlich waren. Die Patronin sei verpflichtet gewesen, die für den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb erforderlichen Mittel – also nicht nur die mit der Patronatserklärung besicherte Kreditsumme – von sich aus zur Verfügung zu stellen. Dies habe sie versäumt, was die Insolvenz der patronierten Gesellschaft verursachte. Im Ergebnis sei sie deshalb zum Ersatz sämtlicher hierdurch entstandener Schäden verpflichtet.

Das Urteil bietet Anlass für die Auseinandersetzung mit **Anforderungen an** und Folgen von **Patronatserklärungen**. Mit Blick auf den verfolgten

Zweck – nämlich die Bestellung von Sicherheiten – sei dabei der Fokus gerichtet auf so genannte harte Patronatserklärungen, die – im Gegensatz zu so genannten weichen Erklärungen – verbindliche Verpflichtungen für den Sicherungsgeber begründen und mehr als nur bloße Absichtserklärungen darstellen sollen. Um dem gerecht zu werden, muss ein Sicherungsgeber rechtsverbindlich die Verpflichtung übernehmen, die patronierte Gesellschaft finanziell so auszustatten, dass diese im Stande ist, ihre Verpflichtungen gegenüber dem Begünstigten erfüllen zu können. Sicherungsgeber können dabei nicht nur der Allein- oder Mehrheitsgesellschafter sein, sondern auch Minderheitsgesellschafter, Schwestergesellschaften, Lieferanten – kurz: jeder Dritte. Im Unterschied zu Alleingesellschaftern müssen andere Sicherungsgeber sich jedoch Eines bewusst sein: Sie sind in Ermangelung gesellschaftsrechtlicher Einflussmöglichkeiten ggf. außer Stande, die für die Erfüllung der besicherten Verpflichtung notwendige Kapitalausstattung beim patronierten Unternehmen auch tatsächlich durchsetzen zu können. Da dies nichts an den gegenüber dem Begünstigten eingegangenen Verpflichtungen ändert, ist dem im Vorfeld hinreichend Rechnung zu tragen und – so der Patron nicht Mehrheits- oder Alleingesellschafter ist – für die entsprechenden Einflussmöglichkeiten zu sorgen.

Gerade im M&A-Geschäft ist bei der Bewertung der im Zusammenhang mit der Akquisition eines Targets verbundenen Risiken zudem darauf zu achten, dass Patronatserklärungen bei der Auflösung einer Beteiligung – jedenfalls soweit ausdrückliche Regelungen fehlen – nicht einfach gegenstandslos werden, sondern ungeachtet gesellschaftsrechtlicher Verknüpfungen fortbestehen. Beim Erwerb eines Patrons kann das Haftungsrisiko deshalb auch nach einer eventuellen Aufgabe der Beteiligung fortbestehen. Beim Erwerb des durch eine Patronatserklärung Begünstigten ist aus Erwerbersicht zu prüfen, welchen Wert die Patronatserklärung der bisherigen Muttergesellschaft in Change-of-Control-Fällen oder sonstigen Veränderungen in der Beteiligungsstruktur hat.

Von zentraler Bedeutung ist ferner die Reichweite des Sicherungszwecks, die sich freilich von Fall zu Fall unterscheiden kann. Die harte Patronatserklärung muss eine Ausstattungsverpflichtung beinhalten. Nur dann besteht im Worst-Case ein direkter Anspruch gegen den Patron. Die oftmals gängige Formulierung, der Sicherungsgeber wolle für die erforderliche Kapitalausstattung Sorge tragen, ist zu weich. Hier müsste der Patron nicht mehr tun, als sich zu bemühen. Den Sicherungs-

interessen des Begünstigten hilft dies – so es auf dessen Sicht ankommt – nicht weiter.

Gefahr für besondere Fehl- oder Missverständnisse bieten Formulierungen, die die Ausstattungspflicht darauf begrenzen, dass das patronierte Unternehmen die besicherte Verpflichtung erfüllen kann. Hier drängt sich der – falsche – Gedanke auf, das Risiko einer Inanspruchnahme beschränke sich auf die Höhe der gesicherten Verbindlichkeit. Richtig ist vielmehr, dass auch in diesem Fall der Patron auf Zahlung deutlich höherer Beträge in Anspruch genommen werden kann, insbesondere wenn es gilt, eine Insolvenz des Unternehmens abzuwenden, dessen Verbindlichkeiten über die Patronatserklärung abgesichert werden sollen. Im Falle der Zahlungsunfähigkeit dürfen patronierte Unternehmen – jedenfalls solange keine natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter voll für Verbindlichkeiten gerade steht – nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit nämlich keine Zahlungen mehr leisten. Eine begrenzte finanzielle Ausstattung nur mit den Mitteln, die zur Erfüllung der besicherten Verbindlichkeit erforderlich sind, zieht daher zwingend auch immer die Bereitstellung ausreichender Finanzmittel zur Erfüllung aller anderen Verpflichtungen nach sich, da andernfalls eine **alleinige Erfüllung der besicherten Verpflichtung anfechtungsbefahet** wäre und vom **Insolvenzverwalter** zurückgefordert werden könnte. Im Rahmen der Due Diligence ist hierauf zu achten. Gleichwohl sollte bei der Formulierung von Patronatserklärungen das begrenzte Ziel der Ausstattungspflichtung

deutlich gemacht werden, da andernfalls der Eindruck entstehen könnte, die Patronin wolle über die Absicherung einer konkreten Verbindlichkeit hinaus weitere Sicherheiten stellen.

Aus Sicht des Begünstigten ist ferner auf eine sog. **Revocatoria-Klausel** zu achten. Diese verpflichtet den Patron nicht nur dazu, die Tochtergesellschaft so auszustatten, dass sie ihre Zahlungsverpflichtungen jederzeit erfüllen kann, sondern stellt darüber hinaus sicher, dass dem Begünstigten empfangene Zahlungen auch bei einer späteren Insolvenz des patronierten Unternehmens verbleiben. Käme es hier zur Anfechtung von Zahlungen, würde die Forderung des Begünstigten ebenso wie die Zahlungsverpflichtung des Patrons wieder auflieben.

Allein die vorstehend geschilderten, exemplarischen Beispiele verdeutlichen die Notwendigkeit der sorgfältigen Evaluierung etwaiger **Risiken aus und im Zusammenhang mit Patronatserklärungen**. Dies gilt beim Unternehmenskauf unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligten – also des Patrons, des patronierten Unternehmens oder des Begünstigten – genauso wie bei der Formulierung von Patronatserklärungen und insbesondere dann, wenn sich die Frage aufwirft, ob Patronatserklärungen oder alternative Sicherungsinstrumente als Sicherheit gestellt werden sollen. Die Haftungsrisiken sind unter Umständen unkalkulierbar.

Dr. Markus Haggenev / Sebastian Hauptmann

Privates Baurecht: Haftung des Bauunternehmers auch für mangelhafte Eigenleistungen des Bauherrn!

Der Bauunternehmer hat seine Bauleistung grundsätzlich vertragsgemäß zu erbringen. Er schuldet ein **mangelfreies und funktionstaugliches Werk**. Die Sachmängelhaftung des Bauunternehmers für einen objektiv festgestellten Mangel setzt voraus, dass dieser Mangel dem Werk des Bauunternehmers anhaftet, d.h. aus seinem Verantwortungsbereich herrührt und nicht auf von außen, insbesondere von Dritten, gesetzten Ursachen beruht. Dies ist in der Regel unproblematisch der Fall, wenn der Mangel das Gewerk des Bauunternehmers selbst betrifft. In diesem Fall kann der Bauherr seine Sachmängelrechte gegenüber dem Bauunternehmer geltend machen.

Der Bauunternehmer ist jedoch auch dann den Mängelrechten des Bauherrn - §§ 634 ff. BGB, §§ 4 Abs. 7, 13 VOB/B - ausgesetzt, wenn die **Verletzung** einer bestehenden **Prüf- und Hinweispflicht** durch den Bauunternehmer vorliegt. Bei

der Prüf- und Hinweispflicht des Bauunternehmers handelt es sich um eine leistungsbezogene Verpflichtung, welche unmittelbar aus der Herstellungs- und Verschaffungspflicht des Bauunternehmers folgt. Ist ein Mangel beispielsweise zurückzuführen auf die Leistungsbeschreibung oder auf eine Anordnung des Bauherrn, auf die von diesem gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile oder die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers, haftet der Bauunternehmer, es sei den, er ist seiner ihm obliegenden Prüf- und Hinweispflicht nachgekommen.

Nach der bisherigen Rechtsprechung galt die Prüf- und Hinweispflicht unproblematisch für die **Vorleistungen gewerblicher Unternehmer** - soweit sie das eigene Gewerk berührten und mit diesem in einem Sachzusammenhang standen. Mit Beschluss vom 12.10.2010 hat das OLG

Hamm entschieden, dass den Bauunternehmer nicht nur eine Prüf- und Hinweispflicht gegenüber dem Bauherrn hinsichtlich der Mangelhaftigkeit von Vorleistungen trifft, welche durch einen gewerblichen Vorunternehmer erbracht wurden, sondern vielmehr auch dann, wenn diese durch den **Bauherrn in Eigenleistung** erbracht wurde.

Im konkreten Fall machten die klagenden Bauherren Schadensersatzansprüche aus einem Bauvertrag geltend, durch den sich der beklagte Bauunternehmer zur Errichtung eines Hauses auf dem Grundstück der Kläger verpflichtet hatte. Die Isolierung des Kellers des Gebäudes hatten die Kläger in Eigenleistung erbracht. Diese Isolierung war unzureichend und damit mangelhaft, da sie sowohl mit ungeeignetem Material als auch nicht fachgerecht durchgeführt worden war. Die Kläger meinten nun, für das von ihnen selbst mangelhaft erbrachte Werk Schadensersatz vom Bauunternehmer verlangen zu können. Ihre Ansprüche stützten unter anderem auf die Verletzung von Prüf- und Hinweispflichten des Bauunternehmers hinsichtlich ihrer Eigenleistung.

Das OLG Hamm gab den Klägern Recht. Es sah in der schuldhaft vorwerfbaren Verletzung von Prüf- und Hinweispflichten bezüglich der Mangelhaftigkeit von Eigenleistungen der Bauherren einen Anknüpfungspunkt für die Haftung des Bauunternehmers. Hierbei stützt sich die Entscheidung des OLG Hamm auf den vorstehend erläuterten Grundsatz, dass den Nachunternehmer eine **Prüf- und Hinweispflicht gegenüber dem Bauherrn** hinsichtlich der Mangelhaftigkeit vom Vorunternehmer erbrachter Leistungen treffen kann. Diesen Grundsatz überträgt das OLG Hamm auf die Eigenleistung des Bauherrn. So unterscheidet sich der vorliegende Fall im Kern lediglich dadurch, dass die Vorleistung nicht durch einen gewerblichen Unternehmer, sondern durch die Bauherren selbst erbracht wurde. Dies kann aber nach der Auffassung des OLG Hamm keinen Unterschied machen. Wenn der Bauunternehmer schon für eine Verletzung bestehender Prüf- und Hinweispflichten betreffend die Vorleistung gewerblicher Unternehmer haftet, muss dies erst recht gelten, wenn der – in der Regel weniger fachkundige – Bauherr in zulässigem und vertraglich vereinbartem Umfang Eigenleistungen erbringt. Ausweislich der Entscheidung des OLG

Hamm gilt dies umso mehr, wenn ein wichtiger Bauabschnitt betroffen ist, von dessen fachgerechter Ausführung das **Gelingen des Gesamtbauwerks** entscheidend abhängt.

Der Haftung des Bauunternehmers stand nach der Entscheidung des OLG Hamm auch nicht entgegen, dass dieser ausweislich eines Hinweises im zum Bauvertrag genommenen Baudurchspracheprotokoll und auch ausweislich der Vertragsbedingungen keinerlei Bauaufsicht bzw. -leitung für die Arbeiten übernahm, die die Kläger in Eigenleistung erbringen wollten. Diese Regelung schloss lediglich eine Überwachung der in Eigenleistung durch die Kläger zu erbringenden Arbeiten durch den Bauunternehmer, also die sogenannte Überwachungspflicht, aus. Die hier streitgegenständliche Prüf- und Hinweispflicht war davon nicht erfasst, so dass eine **Freizeichung** von dieser nicht erfolgte.

Die Entscheidung des OLG Hamm verdeutlicht, wie **weitreichend** die Prüfungs- und Hinweispflicht des Bauunternehmers ist. Der Bauunternehmer hat Vorleistungen, die ein Dritter, sei es gewerblicher Vorunternehmer oder auch der Bauherr selbst, erbringt, im Rahmen seiner Möglichkeiten und seiner Fachkenntnisse auf ihre Mangelfreiheit zu überprüfen. Dies gilt um so mehr, desto bedeutsamer das betroffene Gewerk für die Gelingung des Gesamtbauwerkes ist.

Aus der Sicht der Bauunternehmer empfiehlt sich, sämtliche Vorleistungen, welche das eigene Gewerk berühren, genauestens in Augenschein zu nehmen und jegliche Bedenken gegenüber dem Bauherrn anzumelden. Gerade in dem Fall, in dem - in der Regel - laienhafte Bauherren Eigenleistungen erbringen, ist diese Prüf- und Hinweispflicht noch erhöht. Zu beachten ist, dass die **Bedenkenanzeige** immer **in Schriftform** erfolgen sollte, unabhängig davon, ob ein VOB/B- oder ein BGB-Vertrag vorliegt. Denn auch wenn das Schriftformerfordernis grundsätzlich nur für VOB/B-Verträge gilt, ist es vor dem Hintergrund der Beweisbarkeit von Bedenkenanzeigen in einem möglichen Rechtsstreit sinnvoll, diese immer schriftlich zu formulieren.

Silke Herbst

Immobilienrecht: Grenzbebauung für Zwecke der Wärmedämmung

„Es kann der Frömmste nicht in Frieden leben, wenn es dem bösen Nachbarn nicht gefällt.“ Das zivilrechtliche **Nachbarrecht** hat daher einige selbstverständlich erscheinende Grundsätze. Die

Grundstücksgrenze scheidet das Eigentum. Ich darf auf meinem Grundstück bauen, der Nachbar auf seinem, aber nicht auf meinem. Steht ein Gebäude allerdings direkt an der Grenze, so kann

sein Eigentümer unter näheren förmlichen Voraussetzungen auch vorübergehend das – freie – Nachbargrundstück betreten, um etwa Reparaturarbeiten durchzuführen (so genanntes **Hammer-schlags- und Leiterrecht**). Das muss schriftlich angekündigt werden, mit einer Frist von einem Monat, nachteilige Veränderungen auf dem Nachbargrundstück dürfen nicht herbeigeführt werden und, falls sie zwingend doch eintreten, sind sie als Schäden zu beseitigen.

Das galt schon bisher. Allerdings war bisher damit nur eine **vorübergehende Inanspruchnahme** des Nachbargrundstücks gestattet. Das genügt aber dann nicht, wenn ein Altbau direkt an der Grenze steht und nach modernen Energiesparvorstellungen Wärmedämmung erhalten soll. Eine solche Wärmedämmung soll auf Dauer befestigt werden, ist aber nach heutigem Recht unzulässig, wenn sie über die Grenze hinaus in das Nachbargrundstück hineinragt.

Das soll nach einem Gesetzesvorhaben in Nordrhein-Westfalen geändert werden. Der Eigentümer eines grenzständigen Gebäudes soll das Recht bekommen, für **Zwecke der Wärmedämmung** – aber nur dann, wenn sie den **Bauteilanforderungen einer Energiesparverordnung** entspricht – über die Grenze hinaus Wärmedäm-

mung und erforderliche bautechnische Anpassungen des Hauses, etwa am Dach zur Befestigung, anzubringen. Das soll ihm dann gestattet sein, wenn eine solche Überbauung die Nutzung des bisher freien Nachbargrundstücks nicht oder „nur unwesentlich beeinträchtigt“, und zwar bei einer Überschreitung um höchstens 0,25 m.

Die Problematik ist bei vielen grenzständigen Altbauten, gerade auch im Ruhrgebiet, nicht selten. Das Gesetzesvorhaben ist bereits in der vorherigen Landtagsperiode vorberaten worden und jetzt nach Neuwahl erneut in den NRW-Landtag eingebracht worden. Es hat gute Aussichten, Gesetz zu werden.

Noch gilt das nicht. Wer aber weiß, dass damit wahrscheinlich in absehbarer Zeit zu rechnen ist, kann sich rechtzeitig darauf einstellen. Vielleicht sollten technisch weniger zweckmäßige und wohnraumfressende Innenisolierungen deswegen zurückgestellt werden. Und sollte sich bislang ein widerborstiger Nachbar weigern oder – mit freier Vereinbarung war dies schon stets möglich – eine zu hohe Abstandssumme verlangen, so könnte es sich lohnen, das Inkrafttreten der gesetzlichen Neuregelung abzuwarten.

Dr. Egon Peus

Kartellrecht: Mittelstand verstärkt im Fokus des Bundeskartellamts

Nahezu täglich ist in der überregionalen Tagespresse von **Kartell-Ermittlungsverfahren** mit öffentlichkeitswirksamen Durchsuchungen und der Verhängung von Bußgeldern teilweise in astronomischer Höhe zu lesen. Dabei wird häufig verkannt, dass Adressaten kartellrechtlicher Vorschriften keineswegs nur Großkonzerne sind. Dass dem nicht so ist, belegt schon das Merkblatt des Bundeskartellamtes über Kooperationsmöglichkeiten für kleine und mittlere Unternehmen aus dem Jahre 2007.

In jüngster Zeit sind **mittelständische Unternehmen** vor allem durch Untersuchungen bzw. Überprüfungen in der Lebensmittelbranche und des Drogeriewarenhandels weiter in das Blickfeld des Bundeskartellamtes geraten. Hierzu gehören deutsche Kaffeeröster ebenso wie die Mehl- oder Schokoladenindustrie einschließlich Markenartikler. Zumeist geht es um den Vorwurf verbotener Preisabsprachen. Ritter Sport sah sich bereits veranlasst, im Fall der Verhängung einer Geldbuße in Höhe von 30 Mio. Euro mit der Aufgabe des Geschäftsbetriebs zu drohen (Handelsblatt vom 02.12.2010). Angestoßen werden derartige Verfahren häufig durch den Gebrauch der **Kronzeu-**

genregelung durch eines der an den Absprachen beteiligten Unternehmen, welches durch Zurverfügungstellung umfangreicher Informationen zur Aufklärung des Falles erheblich beiträgt.

Das mit einem Kartellverstoß auch für ein mittelständisches Unternehmen einhergehende Risiko ist nicht zu unterschätzen. Es drohen empfindliche **Geldbußen** in Höhe von bis zu 10 % des Jahresgesamtumsatzes (Konzernbetrachtung). Hinzu kommt, dass von einem Kartellrechtsverstoß betroffene Kunden zivilrechtliche **Schadensersatzansprüche** geltend machen können. Augenfällig ist, dass die **Aufmerksamkeit**, die die Kartellbehörden einer Industrie oder Branche zuwendet, umso größer ist, je **verbrauchernäher** diese ist. Vor diesem Hintergrund kann nicht ausgeschlossen werden, dass in Zukunft auch andere, eher mittelständisch strukturierte Bereiche wie etwa Zulieferindustrien, in den Fokus der Kartellbehörden geraten.

Kartellrechtlich riskant sind insbesondere Absprachen unter Wettbewerbern. Aber auch Vereinbarungen mit Lieferanten oder Abnehmern können problematisch sein. Vereinfacht ausgedrückt rich-

tet sich das **Kartellverbot** gegen jede spürbar den Wettbewerb auf einem oder mehreren relevanten Märkten beeinträchtigende Verhaltensweise, die sich nicht als lediglich autonomes unternehmerisches Verhalten erweist. Das Wesen eines Kartells besteht also darin, dass mehrere Unternehmen bewusst und einvernehmlich ihr Verhalten auf einem Markt koordinieren, um den Wettbewerb zu verringern oder gar auszuschließen. Kartellrechtlich riskant sind danach insbesondere **horizontale Vereinbarungen**. Dazu gehören nicht nur direkte Preisabsprachen zwischen zwei oder mehreren Wettbewerbern, sondern auch Absprachen, die sich auf Abstimmung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bzw. sonstiger Vertragskonditionen im Verhältnis zu den Abnehmern beziehen können, wie zum Beispiel über Rabatte bzw. Nachlässe, Marketingzuschüsse, Boni oder sonstige **Preiselemente**. Von den Verbotsnormen ebenfalls erfasst werden auch mittelbare Kunden- und Marktaufteilungen jedweder Art. Dazu zählt auch die Abrede über das Unterlassen von Wettbewerbsangeboten. **Einkaufsgemeinschaften** sind nur solange unproblematisch, als die daran beteiligten Unternehmen einen gemeinsamen Marktanteil von weniger als 15 % sowohl auf den Einkaufs- als auch auf den Verkaufsmärkten haben.

Schon der **bloße Informationsaustausch** zwischen Wettbewerbern kann einen Wettbewerbsverstoß darstellen. Hier gelten seit dem 01.01.2011 mit der neu in Kraft getretenen Horizontal-Leitlinie allgemeine Grundsätze für die wettbewerbsrechtliche Würdigung derartiger Sachverhalte. Danach kann die Weitergabe strategischer Daten (zum Beispiel beabsichtigter Preiserhöhungen bzw. -senkungen) wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, weil sie die Entscheidungsfreiheit der Parteien einschränkt, indem sie deren Wettbewerbsanreize reduziert. Als ideale **Plattform** wettbewerbswidrigen Informationsaustauschs dienen oftmals **Verbände**, die unter besonderer kartellrechtlicher Beobachtung stehen. Dies gilt nicht nur für deren Marktinformationssystem, sondern auch für deren Gremienarbeit mit der Möglichkeit der Mitgliedsunternehmen, dort marktrelevante Informationen auszutauschen.

Nicht minder kartellrechtlich problematisch können **vertikale Vereinbarungen** zwischen zwei auf verschiedenen Marktstufen tätigen Unternehmen sein. Klassischerweise gehören hierhin **Preisbindungen für den Weiterverkauf**, regionale Vertriebsbeschränkungen und Exklusivitätsklauseln. Dabei ist in manchen Fällen trotz des Vorliegens einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung oder eines aufeinander abgestimm-

ten Verhaltens im Ergebnis keine Verletzung des Kartellverbots gegeben, jedenfalls dann, wenn das jeweilige Verhalten **freigestellt** ist. Dabei handelt es sich nicht um eine behördliche Genehmigung, sondern um eine von Gesetzes wegen eintretende Rechtsfolge, deren Voraussetzungen indes eine rechtliche und ökonomische Prüfung erfordert. In der Vertikal-GVO (Gruppenfreistellungsverordnung) wird für Waren und Dienstleistungen geregelt, welche typischen Formen der Zusammenarbeit zwischen Herstellern und Händlern zulässig bzw. unzulässig sind. Hiernach ist – bei Wahrung der Marktanteilschwellen – alles, was nicht ausdrücklich verboten ist (Kernbeschränkungen, zum Beispiel Preisabsprachen), erlaubt. Was die **Festsetzung von Weiterverkaufspreisen** gegenüber Abnehmern anbelangt, so sieht das **Bundeskartellamt** in **jeder Kontaktaufnahme**, die über die reine Übermittlung von unverbindlichen Preisempfehlungen hinausgeht und diesen durch nachträgliche und erneute Thematisierung Nachdruck verleiht, eine versuchte Einflussnahme, die die Unverbindlichkeit der Empfehlung und damit die Preissetzungsfreiheit des Abnehmers in Frage stellt. Dies ist insbesondere von **Markenartiklern** kritisiert worden, die verständlicherweise kein Interesse an der Verramsung ihrer Marktanteile zu Schleuderpreisen haben. Im Kern geht es darum, dass Kunden auch nicht durch geschäftliche Anreize, wie zum Beispiel bestimmte Rabatte oder Boni, dazu angehalten werden dürfen, die empfohlenen (Mindest-)Preise zu verlangen.

Besondere Regeln gelten für **marktbeherrschende Unternehmen**, zu denen ebenfalls in bestimmten Marktsegmenten auch Mittelständler gehören können. Marktbeherrschend ist ein Unternehmen dann, wenn es aufgrund seiner ökonomischen Vormachtstellung seine Geschäftsentscheidung im Wesentlichen unabhängig vom Verhalten seiner Wettbewerber und Kunden treffen kann. Dabei ist das bloße Innehaben einer marktbeherrschenden Stellung selbstverständlich nicht verboten, sondern erst deren **Missbrauch**. Ein solcher liegt insbesondere dann vor, wenn ein Marktbeherrscher die Aktivitäten von Konkurrenten auf horizontaler Ebene in nicht unerheblicher Weise beeinträchtigt oder auf vertikaler Ebene verschiedene Kunden unberechtigterweise ungleich behandelt.

Mit den vorstehenden Ausführungen sollte verdeutlicht werden, dass sich vorbeugende Maßnahmen zur Minimierung kartellrechtlicher Risiken durchaus auch für mittelständische Unternehmen empfehlen können. Dabei kann ein **kartellrechtlicher Leitfaden**, der unter Berücksichtigung der branchen- und unternehmensspezifischen Beson-

derheiten die **Grundregeln des Kartellrechts in einfacher Sprache** erläutert, schon zur Schaffung eines entsprechenden Problembewusstseins bei den Mitarbeitern beitragen.

Dr. Andreas Lotze

Kommunalrecht: Neuerungen im Gemeindegewirtschaftsrecht

Das Gemeindegewirtschaftsrecht in NRW kommt nicht zur Ruhe. Nachdem im Jahr 2007 die Anforderungen an die wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Betätigung von Kommunen verändert wurden, nahm die neue Landesregierung im abgelaufenen Jahr 2010 – also nur drei Jahre später – eine laufende Gesetzesinitiative auf und verabschiedete das **Gesetz zur Revitalisierung des Gemeindegewirtschaftsrechts**. Das Gesetz trat am 29.12.2010 in Kraft. Ziel ist es, „die Wettbewerbsfähigkeit der Kommunalwirtschaft in Zeiten von deregulierten Märkten zu erhalten und wieder zu verbessern.“ Im Fokus des Gesetzgebers lagen vor allem **kommunale Stadtwerke** als Energieversorger. Aber auch in den anderen Bereichen der wirtschaftlichen und nicht wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen (z.B. **Wasserversorgung, Abfallentsorgung, Abwasserbeseitigung**) werden die Änderungen erhebliche Auswirkungen in der Praxis entfalten.

Mit der Neuregelung wird die **Tätigkeit von Stadtwerken in den Bereichen der Strom-, Gas-, und Wärmeversorgung** auf eine neue Rechtsgrundlage gestellt. Nach der gesetzgeberischen Intention wird darin abschließend die **Statt**haftigkeit der energiewirtschaftlichen Betätigung von Kommunen geregelt. Zulässigkeitskriterium für diese nunmehr dritte Art der gemeindegewirtschaftlichen Betätigung ist allein die **Leistungsfähigkeit** der Gemeinde. Wenn die Stadtwerke überörtlich aktiv werden wollen, sind zusätzlich – wie bisher – die berechtigten Interessen der betroffenen Kommunen zu berücksichtigen. Eine Tätigkeit im Ausland bedarf der Genehmigung der zuständigen Aufsichtsbehörde.

Neu ist die ausdrückliche Zulassung von **unmittelbar mit der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung verbundenen Dienstleistungen**, wenn sie den Hauptzweck fördern. Darunter sind Bereiche wie der Energiehandel, die Erstellung von Energieausweisen, die Energieberatung, das Energiemanagement und Contracting-Leistungen durch Kommunen und kommunale Unternehmen zu verstehen. Der Begriff der **unmittelbar verbundenen Dienstleistungen** ist vom Gesetzgeber bewusst offen formuliert worden, um künftige Entwicklungen, die im Zusammenhang mit neuen technischen Errungenschaften stehen, ebenfalls zu erfassen. Dies führt freilich im Gegenzug zu

Rechtsunsicherheiten bei der Bestimmung der Grenzen von (noch) zulässigen Tätigkeiten.

Beachtenswert ist, dass die Gemeinden verpflichtet sind, bei der Erbringung dieser Dienstleistungen die **Belange von kleineren Unternehmen** (z.B. des Handwerks oder der freien Berufe) zu berücksichtigen. Auf welche Weise dies im Einzelfall erfolgen soll, ist gesetzlich nicht definiert und muss die Praxis zeigen. Zu denken ist an **Partizipation im Wege der Auftragsvergabe** oder gar an ein **Unterlassen** der beabsichtigten Dienstleistung im Einzelfall. Um ein Einschreiten der Kommunalaufsicht zu vermeiden, ist hier größte Sorgfalt geboten. Darüber hinaus ist der Rat vor seiner Entscheidung über die beabsichtigte energiewirtschaftliche Betätigung über die Chancen und Risiken zu unterrichten. Wenn diese Entscheidung auch die Erbringung von verbundenen Dienstleistungen betrifft, sind zusätzlich die Selbstverwaltungsorganisationen von Handwerk, Industrie und Handel sowie Vertreter der betroffenen Gewerkschaften zu hören. Außerdem dürfte es sicher nicht lange dauern, bis die ersten Gerichte darüber entscheiden werden, ob und inwieweit aus diesen Bestimmungen Leistungs- bzw. Abwehrensprüche von Privatunternehmen gegen die Gemeinde abgeleitet werden können. Schließlich beurteilen Interessenverbände der Industrie und des Handels die Neuausrichtung des Gemeindegewirtschaftsrechts bereits jetzt als unbefriedigend.

Neben dieser Neuregelung revidierte der Gesetzgeber auch bislang bestehende Beschränkungen. Gemeinden dürfen sich nun zur Erfüllung ihrer Aufgaben wirtschaftlich betätigen, wenn ein **öffentlicher Zweck** dies erfordert. Das zusätzliche Merkmal der Dringlichkeit, welches 2007 eingeführt wurde, ist damit passé. Dies führt zu einer **Reduzierung der kommunalen Nachweispflichten** bezüglich des Vorliegens eines öffentlichen Zwecks. Zusätzlich ist die sog. **Subsidiaritätsklausel** entschärft worden. Dadurch wurde der Vorrang der Leistungserfüllung durch Privatunternehmen aufgegeben und die Gemeinden von dem Nachweis befreit, dass sie die übernommene Aufgabe besser als private Unternehmen ausführen können.

Erhebliche Auswirkungen auf die **Organisationshoheit von Kommunen** sind schließlich auch von einer weiteren Änderung zu erwarten. Nach bisheriger Aufsichtspraxis war es Gemeinden in NRW untersagt, Einrichtungen zur Deckung kommunaler Eigenbedarfe (z.B. Beschaffungseinrichtungen, IT-Dienstleistungseinrichtungen oder das Gebäude- und Hausmanagement) in der Privatrechtsform zu betreiben. Diese Aufsichtspraxis hatte das **OVG Münster in einem jüngeren Urteil vom 26.10.2010** – allerdings noch zur alten Rechtslage – **für rechtswidrig erklärt**. Zusätzlich ist nunmehr im Rahmen der Änderung des Gemeindefinanzrechts ausdrücklich klargestellt worden, dass Kommunen auf privatrechtliche Organisationsformen auch zur Deckung des Eigenbedarfs zurückgreifen dürfen. Damit eröffnen sich für Kreise, Städte und Gemeinden neue Organisationsmöglichkeiten zur effizienten Erbringung von verwaltungsinternen Vorgängen.

Festzuhalten bleibt, dass die hier lediglich kurz vorgestellten Änderungen des Gemeindefinanzrechts insgesamt **erhebliche Auswirkungen auf die Kommunalpraxis** haben werden. Insbesondere die Klarstellung, dass Kommunen nun auch zur Deckung des Eigenbedarfs auf private Rechtsformen zurückgreifen dürfen, bietet neue Möglichkeiten der Gestaltung von kommunalen Reorganisationsmaßnahmen. Besondere Bedeutung wird auch die Sicherstellung der Berücksichtigung der Belange von kleineren Unternehmen bei der Erbringung von verbundenen Dienstleistungen durch Stadtwerke einnehmen. Es gilt, sich mit den Neuerungen intensiv auseinanderzusetzen.

Dr. Stefan Mager

Vergaberecht: Aktuelles zu Rückforderungen von Zuwendungen wegen Vergaberichtsverstößen

Viele Städte und Gemeinden erhalten gerade für die Bereiche Wirtschaftsförderung und Stadtentwicklung Landesmittel für dringend erforderliche Maßnahmen. Was zunächst wie ein Geldsegen erscheint, birgt jedoch oft Schwierigkeiten in der Abwicklung. Zuwendungen werden regelmäßig mit der **Auflage** verbunden, dass vergaberechtliche Restriktionen zu beachten sind. Dies galt bereits in den 80er Jahren, als das Vergaberecht noch keineswegs so sehr im Fokus der Aufmerksamkeit stand, wie dies heute der Fall ist. Angesichts knapper Haushaltskassen neigen Fördermittelgeber heute dazu, bei Zuwendungsempfängern häufiger und genauer hinzuschauen. Nicht selten endet dies damit, dass **Zuwendungen wegen Vergaberichtsverstößen zurückgefordert** werden. Hierbei stellt sich immer wieder die Frage, ob die Bewilligungsbehörde ihr **Ermessen** bei der Entscheidung über die Rückforderung ordnungsgemäß ausgeübt hat. Insbesondere dann, wenn schon kleine Ungereimtheiten bei der Vergabe oder bloße Dokumentationsmängel als Begründung für eine Rückforderung herangezogen werden, versuchen Zuwendungsempfänger, sich gegen die Rückforderung zur Wehr zu setzen.

Ein besonderes Konfliktpotenzial besteht, wenn der Einsatz der Fördermittel bereits viele Jahre zurückliegt, die Abwicklung jedoch noch andauert. Im Zuge der Erstellung und Prüfung des Verwendungsnachweises, des Prüfberichts der Rechnungsprüfungsämter und der Bearbeitung von Nachfragen zum Sachverhalt können mitunter Monate und Jahre vergehen. Bei solchen lange

zurückliegenden Projekten ist es häufig so, dass die vergaberechtlichen Rahmenbedingungen zum damaligen Durchführungszeitpunkt als weniger streng aufgefasst wurden, als dies heute beurteilt wird. Überdies werden in aller Regel ab dem Auszahlungszeitpunkt **Zinsen** in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz fällig.

Die aktuelle Tendenz in der Rechtsprechung geht dahin, dass einer zu formalistischen Rückforderungspraxis zunehmend Grenzen gesetzt werden. Zunächst hatten bereits einige Verwaltungsgerichte wie bspw. München, Ansbach und Potsdam zu Gunsten von Zuwendungsempfängern entschieden. Hiernach soll nicht jedweder Vergaberichtsverstoß eine Rückforderung rechtfertigen. Betont wird, dass gerade **nur schwere Vergaberichtsverstöße förderschädlich** seien.

Als geklärt dürfte inzwischen gelten, dass ein solcher schwerer Vergaberichtsverstoß jedenfalls dann nicht vorliegt, wenn der Zuwendungsempfänger bei einer vergaberechtlichen Fragestellung einer vertretbaren Auffassung gefolgt ist, auch wenn diese mittlerweile nach derzeitiger Rechtslage anders beurteilt wird. **Unzulässig** ist es, wenn formelle und materielle Vergabefehler **regelmäßig und unabhängig von der Schwere des Verstoßes** zu Lasten des Zuwendungsempfängers als förderschädlich bewertet werden. Nur eine grob vergaberechtswidrige Wertung könne eine Rückforderung begründen. Dabei habe die Bewilligungsbehörde auch zu berücksichtigen, dass die Verdingungsordnungen VOL, VOB und VOF dem Zuwendungsempfänger in seiner Rolle als öffent-

licher Auftraggeber an einigen Stellen Ermessens- und Beurteilungsspielräume einräumen. Insofern dürfe der Zuwendungsgeber insbesondere nicht seine eigenen Erwägungen an die Stelle des Zuwendungsempfängers setzen.

Eine obergerichtliche Entscheidung zu diesem Themenfeld ist zuletzt im Oktober 2010 durch das OLG Düsseldorf ergangen. Auch hiernach ist **stets eine einzelfallbezogene Ermessensentscheidung** zu treffen. Dies gilt selbst dann, wenn die Rückforderung aufgrund eines bestimmten Verstoßes, wie bspw. bei Wahl der falschen Verfahrensart, der Regelfall sein sollte (sog. intendiertes Ermessen). Auch ist regelmäßig das **Gewicht des Pflichtverstoßes** zu berücksichtigen. Objektiv geringfügige Verstöße dürfen nicht dazu führen, dass der gesamte Bescheid widerrufen wird. Wichtig ist, dass diese Maßstäbe auch für solche Fälle gelten, in denen die öffentliche Förderung nicht per Zuwendungsbescheid sondern im Wege eines **privatrechtlichen Vertrages** erfolgt. Auch die zivilrechtliche Form, die nicht zuletzt bei Regionalen Wirtschaftsförderungsprogrammen oftmals angewendet wird, entbindet den Fördermittelgeber nicht von der Pflicht zur gewissenhaften Ermessenausübung.

Neue Brisanz erhält die Frage von Zuwendungen wegen Vergaberechtsverstößen auch im Kontext des **Konjunkturpakets II**. Um wichtige Impulse zur Unterstützung der Konjunktur zu geben, wurden Erleichterungen im Bereich des Vergabe-

rechts unterhalb der Schwellenwerte beschlossen. Es wurden unter anderem neue Wertgrenzen für beschränkte Ausschreibungen und freihändige Vergaben eingeführt, die zunächst nur für die Jahre 2009 und 2010 befristet waren. Im Herbst vergangenen Jahres wuchs die Unsicherheit, ob und in welchem Umfang diese Erleichterungen im Vergaberecht noch über 2010 hinaus gelten würden. Der am 16. Dezember 2010 veröffentlichte **Runderlass des Ministeriums für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen** schafft nun jedenfalls hierzulande die von der Praxis gewünschte Klarheit. Die **Geltungsdauer der erhöhten Wertgrenzen** ist nun für ein Jahr, bis zum 31. Dezember 2011, **verlängert** worden.

Für **Zuwendungsempfänger ist allerdings besondere Vorsicht geboten**. Anders als der Vorgänger vom 3. Februar 2009 gilt der neue Vergabeerlass nicht ausdrücklich für Zuwendungsempfänger. Eine Berufung auf die Wertgrenzen ist also für Zuwendungsempfänger nicht mehr ohne weiteres möglich. Stattdessen ist hier im Einzelnen zu untersuchen, welche vergaberechtlichen Vorgaben ausweislich des Zuwendungsbescheides oder des zivilrechtlichen Vertrages konkret gelten. Die hier im Einzelfall zu treffende Feststellung, ob und welche Vorgaben von dem Zuwendungsempfänger zu beachten sind, ist oftmals nur mit einem geringen Aufwand verbunden, wird aber vielfach vernachlässigt.

Dr. Stefan Mager

Zu guter Letzt: Winterreifen – eine Glosse

Vormals war in § 2 Abs. 3 a S. 1 u. 2 Straßenverkehrsordnung (StVO) angeordnet: „Bei Kraftfahrzeugen ist die Ausrüstung an die Wetterverhältnisse anzupassen. Hierzu gehören insbesondere eine geeignete Bereifung und Frostschutzmittel in der Scheibenwaschanlage.“ Was gemeint war, wusste jeder: bei Schnee und Glätte sind Winterreifen erforderlich. Zur Empörung und Wut der Verwaltung und des Ministeriums hatte aber das Oberlandesgericht Oldenburg im Juli 2010 entschieden, dass bei einem Verstoß kein Bußgeld verhängt werden könne. Denn die Vorschrift sei zu unbestimmt und daher verfassungswidrig.

Es gelüstete daher den Bundesverkehrsminister, die Regelung zu ändern und „bestimmt“ zu machen. Dafür benötigt er die Zustimmung des Bundesrates. Beide Organe zusammen haben ein Produkt zustande gebracht, das nunmehr Bestandteil der Straßenverkehrs-Ordnung ist.

Das Werk: Wann gibt es nunmehr gesteigerte Anforderungen an die Reifen eines Kraftfahrzeuges? „Bei Glatteis, Schneeglätte, Schneematsch, Eis- oder Reifglätte“. So weit so gut. Völlig verfehlt ist aber die Darstellung in Presse und Fernsehen, als gehe es schlicht und ergreifend um „Winterreifen“. Für Kraftfahrzeuge sind **nicht** vorgeschrieben „Winterreifen“. Vielmehr sind vorgeschrieben „**Reifen ..., welche die in Anhang II Nr. 2.2 der Richtlinie 92/23/EWG des Rates vom 31. März 1992 über Reifen von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern und über ihre Montage (ABl. L. 129 vom 14.05.1992, S. 95), die zuletzt durch die Richtlinie 2005/11/EG (ABl. L. 46 vom 17.02.2005, S. 42) geändert worden ist, beschriebenen Eigenschaften erfüllen (M + S-Reifen)**“.

So steht es nun einmal in der deutschen Verordnung. Wörtlich. Welche Eigenschaft diese Reifen nun also haben müssen, ergibt sich folglich nicht unmittelbar aus diesem „kurzen“ Hinweis. Dafür

muss man vielmehr die Richtlinie der EU heranziehen. Und diese lautet an der entscheidenden Stelle wie folgt: **„M + S-Reifen: Reifen, bei denen das Profil der Lauffläche und die Struktur so konzipiert sind, daß sie vor allem in Matsch und frischem oder schmelzendem Schnee bessere Fahreigenschaften gewährleisten als normale Reifen. Das Profil der Lauffläche der M + S-Reifen ist im Allgemeinen durch größere Profilrillen und/oder Stollen gekennzeichnet, die voneinander durch größere Zwischenräume getrennt sind, als dies bei normalen Reifen der Fall ist“.**

Ein besonderes Privileg ist in dem – etwas längeren – Satz 2 zu Gunsten von Lkw enthalten. Natürlich heißt es nicht einfach Lkw, auch hier findet sich ein noch etwas längerer Verweis auf Beschreibungen der Straßenverkehrszulassungsordnung. Bei größeren Lkw jedenfalls genügt, wenn an den Rädern der Antriebsachsen M + S-Reifen angebracht sind. Wir lernen daraus: Für das Lenken wie auch für das Abbremsen von Anhängern und Sattelaufliegern kommt es nicht so sehr auf Spurtreue und Bewältigung von Glätte und Schnee an.

Der Weg zum Werk: Um Derartiges zustande zu bringen, ist viel Papier verwendet worden: Der Bundesverkehrsminister fertigt einen Entwurf mit Begründung und legt ihn über den Chef des Bundeskanzleramtes und die Präsidentin des Bundesrates dem Bundesrat vor. Zu diesen 8 Seiten nimmt der „nationale Normenkontrollrat“ Stellung. Im Bundesrat machen Änderungsanträge – jeweils in selbstständigen Drucksachen mehrseitigen Umfangs – der Freistaat Bayern sowie die Länder Thüringen und Hessen, nicht fehlen darf Rheinland-Pfalz und auch der Freistaat Sachsen

unterbreitet eigene Gedanken. Zwei Ausschüsse des Bundesrates tagen und geben, selbstredend wiederum in einer Drucksache, Empfehlungen ab. Sodann beschließt in einer weiteren Drucksache der Bundesrat, legt aber auf das Privileg für Lkw Wert. Die Sache geht zurück zum Bundesverkehrsminister, dieser stimmt dem Änderungswunsch des Bundesrates zu, und in der damit gemeinsamen Fassung erblickt das Werk das Licht der (juristischen) Welt.

Warum das Alles? Kein Umweltausschuss hat geprüft, ob diese Änderung den Papieraufwand wert war. Die Begründung des Ministers sollte man sich auf der Zunge zergehen lassen: Das Verordnungsvorhaben werde nämlich für private Haushalte **keine „finanziellen Auswirkungen“** haben. Denn es gebe die **„heute schon bestehende Pflicht, Winterreifen bei winterlichen Wetterverhältnissen zu benutzen“**. Das klingt logisch. Der verwunderte Bürger fragt sich aber: Wenn er keine neuen Winterreifen zu kaufen braucht, weil ja die Pflicht zu ihrer Verwendung ohnehin schon bestand – warum dann dieses schwülstige Verordnungsvorhaben? Und weiter: Nach der EU-Richtlinie sind M + S-Reifen solche, die „vor allem in Matsch und frischem oder schmelzendem Schnee“ bessere Fahreigenschaften gewährleisten. Warum gerade sie dann auch bei „Glätte, Eis- oder Reifglätte“ verwendet werden müssen, erschließt sich nicht ohne weiteres.

Übrigens gab es ja vormals die Pflicht, je nach Wetterverhältnissen – sinnvollerweise also bei Kälte – „Frostschutzmittel in der Scheibenwaschanlage“ vorzuhalten. Das war vernünftig. Die Pflicht ist jetzt weggefallen. Ob dies alles klug ist?

Dr. Egon Peus

Veranstaltungen unter Beteiligung von Referenten von AULINGER Rechtsanwälte

Am **Mittwoch, 16.03.2011**, referiert **Dr. Andreas Lotze** für das Institut für Mittelstandsfragen an der Universität Osnabrück (IfMOS) zum Thema **„Unternehmensrisiko Kartellrecht – Mittelstand im zunehmenden Fokus der Kartellbehörden“**; die Veranstaltung wird bei der IHK Osnabrück stattfinden. Anfragen hierzu bitten wir, unmittelbar an das IfMOS zu richten.

Nur wenig später, nämlich am **Donnerstag, 07.04.2011**, werden wir auch ein eigenes Mandantenfrühstück zum Thema **„Kartellrechtliche Risiken mittelständischer Unternehmen“** im Sheraton Hotel, Essen, durchführen, auf der **Dr. Andreas Lotze** und **Dr. Stefan Mager** Themen erörtern werden, die im Beitrag von Dr. Andreas Lotze in diesem Mandantenrundschreiben notwendigerweise nur überblickartig angerissen werden konnten. Wenn der Beitrag Ihr Interesse geweckt hat, richten Sie Ihre Anfrage zu den näheren Details der Veranstaltung bitte an christine.urmann@aulinger.eu.

Im Rahmen einer Vortragsreihe der IHK Bochum werden **Dr. Andreas Lotze** und **Dr. Stefan Mager** ferner am **Mittwoch, 13.04.2011**, zu einer vergaberechtlich überaus praxisrelevanten Fragestellung sprechen, nämlich zum Thema **„Öffentliche Auftragsvergabe: Fehlervermeidung bei der Abgabe von Angeboten“**. Nähere Infos zu dieser Veranstaltung erhalten Sie unmittelbar bei der IHK Bochum.

Bereits im letzten Jahr hat **Stephanie Feurstein** an mehreren Intensiv-Seminaren des Anbieters Management Circle zum Thema Energielieferverträge als Referentin teilgenommen. Diese bewährte Kooperation setzen wir auch in 2011 fort; das nächste Seminar „**Energielieferverträge – So gestalten Sie Ihre Verträge rechtssicher**“ wird voraussichtlich am **28.06.2011** stattfinden. Anmeldungen nimmt der Anbieter gern entgegen; Informationen hierzu finden Sie unter www.managementcircle.de.

Im **September 2011** wird die neue Ausgabe des insgesamt viersemestrigen berufsbegleitenden **Studiengangs „Wirtschaftsrecht und Restrukturierung“** starten, den die Uni Münster zusammen mit der gemeinnützigen JurGrad gGmbH seit mehreren Jahren anbietet. Rechts- und Wirtschaftswissenschaftler erhalten hier die Möglichkeit, neben ihrer beruflichen Tätigkeit den akademischen Hochschulgrad „Master of Laws“ (LL.M.) zu erwerben. Für uns referieren **Dr. Martin Alberts, Dr. Andreas Eickhoff, Dr. Markus Haggene**y, **Prof. Dr. Karlheinz Lenkaitis** und **Dr. Egon Peus** an mehreren Tagen zum Thema Personengesellschaftsrecht. Alle Informationen zum Studiengang werden auf der Homepage der Uni Münster unter www.uni-muenster-ilm.de dargestellt.

Aktuelle Veröffentlichungen von AULINGER Rechtsanwälte:

Cornelius Kruse, LL.M	Cornelius Kruse / Constantin Kruse, Grenzüberschreitende Konzernverschmelzungen – Vorgaben und Vereinfachungen der §§ 122a ff. UmwG, Betriebsberater 2010, Seite 3035 ff.
Dr. Bastian-Peter Stenslik	Die Klagefrist im arbeitsgerichtlichen Bestandsschutzverfahren, Juristische Schulung 2011, Seite 15 - 19
Dr. Bastian-Peter Stenslik	Besprechung des Urteils EuGH vom 19.01.2010 – Rs. C-555/07 (Kücük-deveci), Recht der Arbeit 2010, Seite 247 - 250

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. Markus Haggene*y / *Dr. Marco Krenzer*

Büro Bochum: ABC-Straße 5 44787 Bochum Telefon: +49 (234) 68 77 9-0 Telefax: +49 (234) 68 06 42 E-Mail: info-bochum@aulinger.eu Internet: www.aulinger.eu	Dr. Leonhard Aulinger, Notar a.D. Reinhard Knälmann, Notar Hans-Jochen Hütter, Notar Prof. Dr. Karlheinz Lenkaitis, Notar Dr. Egon A. Peus, Notar Dr. Matthias Koch Dr. Andreas Eickhoff, Notar Dr. Volker Weinreich, Notar	Dr. Achim Tempelmann, Notar Dr. Thomas Huesmann, Notar Inken Hansen Dr. Marco Krenzer Dr. Stephan Löwisch, LL.M. Cornelius Kruse, LL.M. Dr. Bastian-Peter Stenslik Markus Winnacker, LL.M.	Büro Essen: "Villa Bredeney" Frankenstraße 348 45133 Essen Telefon: +49 (201) 95 98 6-0 Telefax: +49 (201) 95 98 6-99 E-Mail: info-essen@aulinger.eu Internet: www.aulinger.eu	Dr. Andreas Lotze Dr. Martin Alberts, Notar Dr. Christian Stenneken Dr. Markus Haggeney Dr. Stefan Mager Dr. Melanie Verstege Sebastian Hauptmann Stephanie Feurstein
--	--	---	--	--

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