

## Mandanteninformation

November 2010

Inhalt		
GmbH-Recht	Nochmals: Gesellschafterlisten überprüfen!	2
Gesellschaftsrecht	Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Vertretung im Prozess	3
Gesellschafts- und Arbeitsrecht	Vereinbarter Kündigungsschutz für GmbH-Geschäftsführer	3
Arbeitsrecht	Von Ehebrechern und Sprachverweigerern: Grundrechte im Arbeitsverhältnis	4
Immobilienrecht	„Kalte Räumung“, Schadensersatz und Beweislast	6
Insolvenzrecht	Höhere Insolvenzfestigkeit von Lastschriften?!	7
Insolvenzrecht	Insolvenzfestigkeit eines vorgezogenen Zugewinnausgleichs	9
Erbrecht	Zur Bewertung von „verschenkten“ Lebensversicherungen im Pflichtteilsrecht	10
Kartellrecht	Ordnungswidrigkeitenverfahren wegen der Empfehlung von Preisempfehlungen	11
Vergaberecht	Neues Recht zu beachten	13
Infrastrukturrecht	Das Ende der vorzeitigen Besitzeinweisung? – Zum Urteil des OLG Jena vom 3. März 2010	14

### In eigener Sache

Als wirtschaftsberatende Kanzlei sind wir, Partner, Anwältinnen und Anwälte von AULINGER Rechtsanwälte, seit Jahrzehnten auf allen relevanten Rechtsgebieten für Sie – mittelständische Unternehmen, Konzerne und Unternehmer – tätig. Deshalb freut es uns, Ihnen mit dieser Mandanteninformation wieder ein breites Spektrum unserer Tätigkeitsgebiete vorstellen zu können. In mehreren gesellschaftsrechtlich geprägten Beiträgen informieren wir über die wachsende Bedeutung der **Gesellschafterlisten im GmbH-Recht** und die **Vertretungsregeln in Gesellschaften bürgerlichen Rechts**. An der Schnittstelle zum Arbeitsrecht bewegt sich der Beitrag zur vertraglich vereinbarten Anwendung der **Kündigungsschutzvorschriften in Geschäftsführerdienstverträgen**; gerade für angestellte (Fremd-) Geschäftsführer ein interessantes Gestaltungsmittel. Welche Fehler bei der Auswahl von Arbeitnehmern mit Blick auf das bekannte **Antidiskriminierungsgesetz** nicht passieren sollten, erläutert unser weiterer arbeitsrechtlicher Beitrag.

Praktisch relevante Fragen zur „**Kalten Räumung**“ beleuchtet unser immobilienrechtlich geprägter Beitrag, während unsere Sanierungsspezialisten Ihnen in dieser Ausgabe neue Urteile zu Fragen der Insolvenzanfechtung vorstellen, und zwar in Bezug auf die **Insolvenzfestigkeit von Lastschriften** und von vor der Insolvenz gewährtem **Zugewinnausgleich**. Die – erb- und pflichtteilsrechtlich bedeutsame – **Bewertung von Lebensversicherungen** ist Gegenstand eines weiteren Beitrags.

Unser kartellrechtlicher Beitrag zeichnet die – restriktive – Beschlusspraxis des Bundeskartellamtes zur **Verwendung unverbindlicher Preisempfehlungen** nach und im Anschluss daran wollen wir Ihnen die neuen vergaberechtlichen Vorgaben bei der **Ausschreibung von Aufträgen nach der VOB/A, VOL/A und VOF** nahebringen. Last but not least berichten wir über die „**vorzeitige Besitzeinweisung**“, durch die Energieversorger bei Infrastrukturprojekten Grundstücke Dritter in Anspruch nehmen können; genauer über die Gefahren, die aus einem aktuellen Urteil folgen.

Neben unserer eigenen Tätigkeit liegt uns insbesondere die Förderung des Nachwuchses am Herzen, was wir auch durch eine enge Kooperation mit den umliegenden Universitäten dokumentieren. Gerade vor diesem Hintergrund freut es uns, dass unser Partner **Dr. Christian Stenneken** zum Vorsitzenden des **Vorstands des Vereins zur Förderung der Rechtswissenschaft e.V.** der Ruhr-Universität Bochum gewählt worden ist. Hierzu gratulieren wir herzlich!

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.

## GmbH-Recht: Nochmals: Gesellschafterlisten überprüfen!

Bereits in vergangenen Mandanteninformationen hatten wir über die Aufwertung der Gesellschafterliste durch die GmbH-Modernisierung Ende 2008 berichtet. Im Fokus dieser Berichterstattung stand die durch die Neuregelung erstmals eingeführte Möglichkeit, einen Geschäftsanteil von einem Nichtberechtigten zu erwerben, wenn dieser fehlerhaft in einer in das Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste verzeichnet steht. Schon vor diesem Hintergrund hatten wir bereits im Dezember 2008 dazu geraten, Gesellschafterlisten zu überprüfen und ggf. zu aktualisieren oder aktualisieren zu lassen.

Die Neuregelung beschränkt sich aber nicht auf die Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs, sondern geht viel weiter. Das Gesetz knüpft nämlich im Verhältnis zur Gesellschaft selbst an die Gesellschafterliste die Vermutung, dass der dort eingetragene Gesellschafter auch wirklich Gesellschafter ist. Anders gewendet: **Nur wer als Inhaber eines bestimmten Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste verzeichnet ist, gilt auch als Gesellschafter.** Nur ihm stehen die Gesellschafterrechte zu, insbesondere also das Stimmrecht und das Gewinnbezugsrecht. Nur er haftet andererseits insbesondere für etwa offene Einlagen. Diese „**unwiderlegliche Vermutung**“ gilt selbst dann, wenn Geschäftsführern und Gesellschaftern positiv bekannt ist, dass die wahren Anteilsverhältnisse von den in der Liste dokumentierten Anteilsverhältnissen abweichen.

Die Erfahrung aus der Praxis zeigt, dass solche Abweichungen viel häufiger sind als man dies zunächst vermuten würde. Gesellschafterlisten wurden früher sehr stiefmütterlich behandelt und häufig bei **Kapitalerhöhungen oder Anteilseignerwechseln** nicht korrigiert, obwohl schon vor 2008 eine Verpflichtung der Geschäftsführer zur Aktualisierung bestand. Gesellschafterlisten können aber nicht nur im Falle von Kapitalerhöhungen oder Anteilsverkäufen falsch werden. Auch **Erbfälle oder Verschmelzungen im Gesellschafterkreis** können dazu führen, dass Gesellschafterlisten korrigiert werden müssen. Und während nach neuem Recht bei Anteilsübertragungen zumindest der inländische Notar verpflichtet ist, von sich aus eine neue Gesellschafterliste beim Handelsregister einzureichen, ist die Aktualisierung der Angaben in der Liste aufgrund von Rechtsvorgängen, an denen ein Notar nicht unmittelbar mit-

wirkt, eben nur gewährleistet, wenn die Beteiligten selbst aufpassen.

Die Konsequenzen fehlerhafter Listen könnten verheerend sein. **Gesellschafterbeschlüsse** sind nichtig, wenn nicht alle Gesellschafter zu Gesellschafterversammlungen eingeladen wurden — ein fast zwangsläufiger Fehler, wenn die Liste falsch ist. **Gewinne** könnten an die falschen Personen ausgeschüttet worden sein — ganz abgesehen davon, dass Gewinne möglicherweise überhaupt nicht ausgeschüttet werden dürfen, wenn der Jahresabschluss nicht wirksam festgestellt wurde. Diese Rechtsfolgen können auch solche Gesellschaften, ihre Geschäftsführer und ihre Gesellschafter treffen, die untereinander völlig einig sind und es nur versäumt haben, ihre Papiere in Ordnung zu bringen.

In vielen derartigen Fällen wird man wahrscheinlich auch nachträglich noch helfen können. Das gilt insbesondere dann, wenn kein Streit unter den Beteiligten besteht. Auch ist naturgemäß noch nicht abschließend geklärt, ob die Rechtsprechung eines Tages mit den Konsequenzen, die sich aus einer wortgetreuen Anwendung des Gesetzes ergeben, wirklich ernst machen wird. Gesellschaften, ihren Geschäftsführern und Gesellschaftern kann aber nur geraten werden, es auf derartige Risiken erst gar nicht ankommen zu lassen.

Gesellschafterlisten können ohne großen Aufwand überprüft und ggf. von der Geschäftsführung aktualisiert werden. Sie werden dann in elektronischer Form zum Handelsregister eingereicht und sind dort ebenfalls elektronisch allgemein zugänglich. Um Gesellschafterlisten wie auch andere Dokumente dem Handelsregister in elektronischer Form übersenden zu können, benötigt man einen Zugang zum elektronischen Postfach der Registergerichte und muss die Möglichkeit haben, E-Mail-Sendungen mit einer zertifizierten elektronischen Signatur zu versehen. Üblicherweise werden Gesellschafterlisten daher durch die Notare zum Handelsregister eingereicht. Unsere Notariate helfen Ihnen auch gern bei der Überprüfung und — soweit erforderlich — Neuerstellung veralteter Gesellschafterlisten. Die Kosten dafür halten sich in überschaubaren Grenzen.

*Dr. Andreas Eickhoff*

## Gesellschaftsrecht: Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Vertretung im Prozess

Zwei Urteile des **Bundesgerichtshofs (BGH)** vom 19.7. 2010 mahnen zu sorgsamer Handhabung bei der **Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)**. Auch eine solche Gesellschaft muss **im Prozess wirksam vertreten** werden, ansonsten ist der **Prozess unzulässig**.

Der BGH ruft in Erinnerung: Gesetzlich wird eine GbR durch sämtliche (!) Gesellschafter gemeinschaftlich vertreten, und zwar gerichtlich wie auch außergerichtlich. Der Gesellschaftsvertrag kann einzelnen Gesellschaftern die Aufgabe der Geschäftsführung, und damit im Zweifel zugleich die Vertretungsmacht zuweisen. Das kann zugunsten eines Gesellschafters oder auch zugunsten einer kleineren Anzahl geschehen.

In den konkreten Fällen hatte einer von mehreren GbR-Gesellschaftern Klage erhoben. Erst in der Revisionsinstanz (also beim BGH!) fiel dies auf. Aus besonderen Gründen des Einzelfalls wurde der **Mangel** dann auch **nicht mehr geheilt**. Denn der Prozess hätte noch für die GbR „gerettet“ werden können, wenn sämtliche übrigen, ebenfalls zur Vertretung befugten Gesellschafter in den Prozess eingetreten und die Prozessführung des bisher einzigen – eben nicht genügend bevollmächtigten – Vertreters genehmigt hätten. Das kam im konkreten Fall deswegen nicht zustande, weil die Gesellschafter wohl zerstritten waren.

Das Thema hat aber eine weitergehende, nur in einer Nebenbemerkung des BGH angerissene Bedeutung: Im konkreten Fall war der Rechtstreit dadurch begonnen worden, dass ein Mahnbescheidsantrag gestellt worden war und darin nur der eine Gesellschafter – eben nicht wirksam zur Vertretung befugt – als Vertreter genannt worden war. Diese **Benennung im Mahnbescheid** ist **maßgeblich** und war es auch für den dann folgenden streitigen Prozess bei den Gerichten. Nun wird anderweitig vertreten, dass eine **nachträgliche Genehmigung nicht genügt**, wenn etwa

zwischenzeitlich **Verjährung eingetreten** ist. Sie beseitigt nicht den Mangel der ordnungsgemäßen Einleitung eines Mahnverfahrens durch die GbR. Mangelnde Sorgsamkeit kann hier also, selbst bei späterem Einvernehmen aller Gesellschafter, endgültige schädliche Wirkung haben. Dann nämlich, wenn etwa kurz vor Ablauf einer Verjährungsfrist ein „aktiver“ Gesellschafter einen Mahnbescheid beantragt hat – was grundsätzlich geeignet sein kann, den Eintritt der Verjährung zu verhindern. Handelt er aber allein und trägt sich vor allem nur alleine als Vertreter der GbR in das Antragsformular ein, so ist eben nach der Feststellung des BGH kein für die GbR zulässiger Mahnbescheidsantrag gestellt worden, wenn nur mehrere oder alle Gesellschafter gemeinschaftlich zur Vertretung befugt sind. Wenn dann später die Genehmigung erst erteilt wird, nachdem die Verjährungsfrist abgelaufen ist, so hat dies möglicherweise keine fristwahrende Rückwirkung. Letzteres ist umstritten, es gibt zu dem Bereich dieses Themas widersprüchliche BGH-Entscheidungen und Kommentierungen. Jedenfalls der **sicherste Weg** lautet: **Sämtliche vertretungsberechtigten Geschäftsführer** der konkreten GbR auch wirklich **im Mahnbescheidsantrag oder in der Klageschrift als Vertreter aufzuführen und mitwirken zu lassen**.

Schon in früheren Mandanteninformationen hatten wir darauf hingewiesen, dass außerhalb von Prozessen gerade auch bei der Zeichnung von Verträgen wie auch bei der Abgabe von Kündigungserklärungen sorgsam darauf zu achten ist, dass sämtliche vertretungsberechtigten Gesellschafter einer GbR mit unterschreiben sollten, dies in vielen Fällen sogar für wesentliche Rechtswirkungen erforderlich sein kann.

Es zeigt sich auch hier: Die GbR ist so angenehm formlos – bei der Gründung. In der Handhabung hat sie Tücken.

*Dr. Egon A. Peus*

## Gesellschafts- und Arbeitsrecht: Vereinbarter Kündigungsschutz für GmbH-Geschäftsführer

**GmbH-Geschäftsführer** sind nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich **keine Arbeitnehmer**. Selbst wenn ausnahmsweise einmal ein GmbH-Geschäftsführer Arbeitnehmerstatus haben sollte, **scheidet gesetzlicher Kündigungsschutz** zu seinen Gunsten **aus**. Ein GmbH-Geschäftsführer ist daher nach der gesetzlichen

Grundkonzeption regelmäßig gegen ordentliche Kündigungen schutzlos.

Ein fähiger Geschäftsführer kennt aber regelmäßig seinen Preis und wird auch bei Vertragsverhandlungen eine entsprechende Sicherung seiner Position durch entsprechende **vertragliche Ge-**

**staltung** verlangen. In der Praxis haben sich verschiedene Mechanismen entwickelt, um diesem Interesse eines GmbH-Geschäftsführers nach Vertragssicherheit Rechnung zu tragen. Üblich sind daher z. B. mehrjährig **befristete Verträge**, die während des Befristungszeitraums nicht ordentlich, sondern nur aus wichtigem Grund kündbar sind. Ferner kommt es auch immer wieder zu Regelungen, nach denen zwar eine ordentliche Kündigung des Geschäftsführerdienstvertrages ohne Grund möglich ist, jedoch dem gekündigten Geschäftsführer für diesen Fall eine **Abfindung** zusteht.

Umstritten war bisher, ob die **Geltung des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) vertraglich vereinbart** werden kann. Dagegen wurde angeführt, dass dem gerade der ausdrückliche Ausschluss des Kündigungsschutzes für organschaftliche Vertreter von juristischen Personen nach dem KSchG entgegenstehe. Ferner wurde angeführt, dass das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), das einen **jederzeitigen Widerruf der Bestellung** des Geschäftsführers unbeschadet der dienstvertraglichen Regelung ermöglicht, ebenfalls der Zulässigkeit einer vertraglichen Vereinbarung des Kündigungsschutzes für Geschäftsführerdienstverträge entgegenstehe, weil durch eine solche vertragliche Regelung zu sehr in die gesetzliche Ausgestaltung des Organverhältnisses eines GmbH-Geschäftsführers eingegriffen werde.

Der **Bundesgerichtshof (BGH)** hat mit Urteil vom 10.05.2010 diesen ablehnenden Meinungen eine Absage erteilt. Nach Meinung des BGH ist es zulässig, die Anwendbarkeit des KSchG auf den Geschäftsführer einer GmbH zu vereinbaren. Dafür spricht nach Ansicht des BGH die Möglichkeit einer Vereinbarung gemäß § 38 Abs. 2 GmbHG, wonach eine Einschränkung des jederzeitigen Widerrufs der Bestellung zum Geschäftsführer aufgrund Gesellschaftsvertrags getroffen werden kann. Der BGH führt weiter aus, dass auch Befristungen unter Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung eine langfristige Bindung der Gesellschaft an den Geschäftsführerdienstvertrag trotz zwischenzeitlicher Abberufung des Geschäftsführers bewirken können, diese aber

allgemein als zulässig angesehen werden. Auch § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG biete keinen Anhaltspunkt dafür, dass keine vertragliche Anwendbarkeit des KSchG auf Verträge mit GmbH-Geschäftsführern erfolgen kann.

Obwohl nach dieser Entscheidung des BGH die Vereinbarung von Kündigungsschutz nach dem KSchG auf Geschäftsführerdienstverträge möglich ist, sollte hiervon **nur mit Vorsicht** Gebrauch gemacht werden. Im Urteil hat der BGH nämlich klargestellt, dass die **Abberufung des Geschäftsführers** als Organ selbst **nicht zur personenbedingten Kündigung berechtigt**. Aus diesem Grunde könnte sich die Beendigung des Geschäftsführerdienstvertrages als äußerst schwierig erweisen. Zwar nennt der BGH selbst noch die mögliche Auslegung, dass sich eine Vereinbarung des Kündigungsschutzes nach dem KSchG auch auf die Möglichkeit eines Auflösungsantrags ohne Grund durch den Dienstgeber erstrecken soll. Dies wird allerdings sicherlich nicht immer der Fall sein und birgt als Frage der Auslegung ein nicht unerhebliches Prozessrisiko. Zudem setzt eine Auflösung gegen Abfindungszahlung ohne Grund nach dem KSchG eine tatsächliche selbständige Einstellungs- oder Entlassungsberechtigung voraus, die auch nicht bei jedem Geschäftsführer vorliegt. Es sollten daher auch weiterhin eher eine Befristung des Vertrages bzw. eine klare vertragliche Abfindungsregelung bei Ausspruch einer ordentlichen Kündigung als vertragliche Gestaltungsmittel in Betracht gezogen werden. Auch diese Lösungen berücksichtigen hinreichend das Schutzbedürfnis des Geschäftsführers.

Abschließend bleibt noch anzumerken, dass die **Entscheidung nicht auf Vorstandsdienstverträge für Aktiengesellschaften übertragen** werden kann, da das Aktiengesetz grundsätzlich von einer Höchstlaufzeit von 5 Jahren für solche Verträge ausgeht. **Gleiches** gilt auch für die **paritätisch mitbestimmte GmbH**, weil dort diese Höchstlaufzeit über das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer Anwendung findet.

*Dr. Bastian-Peter Stenslik*

## **Arbeitsrecht: Von Ehebrechern und Sprachverweigerern: Grundrechte im Arbeitsverhältnis**

Eines hat das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) gewiss erreicht: Gerade in Arbeitsverhältnissen ist das Bewusstsein, dass Mitarbeiter ungeachtet ihrer Religion, Herkunft, Geschlecht und Alter gleich zu behandeln sind, deutlich ge-

stärkt worden. Immer häufiger machen Arbeitnehmer im Rahmen von gerichtlichen Auseinandersetzungen ihr Recht auf Diskriminierungsfreiheit geltend. Aber auch die Arbeitgeber, insbesondere Religionsgemeinschaften, beanspruchen Beach-

tung ihrer Ausrichtung bei arbeitsrechtlichen Entscheidungen. Nach und nach entwickelt sich hier – unter tatkräftiger Mitwirkung der europäischen Gerichte - die Rechtsprechung weiter und schafft neue Konturen.

Eindeutig sind dabei Fälle wie derjenige, den das Bundesarbeitsgericht am 19.08.2010 zu entscheiden hatte: **Gesucht wurde in einer Stellenanzeige „ein(e) junge(r) engagierte(r) Volljuristin / Volljurist“**. Dass ein abgelehnter 50-jähriger Bewerber wegen **Altersdiskriminierung** eine Entschädigung in Höhe eines Monatsgehalts erhielt, überrascht nicht. Eher, dass einer Anwaltskanzlei noch derartige Fehler unterlaufen.

Etwas überraschender ist die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 28.01.2010. **Es erklärte eine Kündigung gegenüber einem 59-jährigen spanischen Produktionshelfer für rechtmäßig, die mit unzureichenden Deutschkenntnissen begründet wurde**. Interessant ist das Urteil insbesondere, weil der Produktionshelfer immerhin bereits 29 Jahre bei demselben Arbeitgeber beschäftigt war und es bis zum Jahr 2003 offenbar keine Klagen über seine Leistung gab. 2004 musste der Arbeitgeber jedoch im Rahmen einer Zertifizierung nachweisen, dass seine Arbeiter in der Lage sind, Arbeits- und Prüfanweisungen zu lesen. Das gelang dem Kläger trotz eines auf Kosten der Arbeitgeberin absolvierten Deutschkurses nicht. Eine Diskriminierung wegen seiner Herkunft sah das BAG in der Kündigung nicht – schließlich hatte der Arbeitgeber mehrfach Folgekurse angeboten, die der Arbeitnehmer trotz Hinweises auf die drohende Kündigung abgelehnt hatte.

Wie passt das mit dem am 23.09.2010 vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) entschiedenen Fall eines **katholischen Organisten** zusammen? Er erhielt im Alter von 40 Jahren von seiner Kirchengemeinde die Kündigung, weil er nach der Trennung von seiner Ehefrau und seinen Kindern eine neue Beziehung einging und ein Kind von seiner neuen Partnerin erwartete. Der EGMR hat entgegen den Entscheidungen des BAG und des Bundesverfassungsgerichts, die die Kündigung entsprechend ihrer ständigen Praxis für wirksam erklärt hatten, am die Kündigung für unwirksam erachtet. Der Organist sei zwar im Arbeitsvertrag eine Loyalitätsverpflichtung eingegangen und habe diese durch sein Verhalten verletzt. Er könne sich aber auf sein Recht auf Achtung seines Privat- und Familienlebens berufen. Heißt das nun, dass sich die Kirchengemeinde auf ihre Religionsfreiheit nicht berufen kann?

Die Antwort auf diese Frage ergibt sich zumindest teilweise aus dem zweiten, vom EGMR am gleichen Tag entschiedenen Fall: Die **Kündigung eines Gebietsdirektors für Öffentlichkeitsarbeit für Europa durch die Mormonenkirche** wegen Ehebruchs wurde vom EGMR akzeptiert, weil im Rahmen des Verfahrens sein Recht auf Achtung seines Privat- und Familienlebens mit den Konventionsrechten seiner Kirche gründlich abgewogen worden war. Die Arbeitsgerichte hatten festgestellt, dass dieser Mitarbeiter seine Kirche in einer herausgehobenen Position in der Öffentlichkeit vertrat und dass sein Verbleib trotz des Verstoßes gegen elementare Grundsätze der Kirche deren Glaubwürdigkeit erheblich beschädigt hätte. In Anbetracht seines noch relativ jungen Alters und seiner Qualifikation hatte er zudem berufliche Alternativen. Beides war im Falle des Organisten anders: die Kirchengemeinde habe es versäumt zu erklären, warum die Tätigkeit eines Organisten so eng mit der Mission der katholischen Kirche verbunden war, dass seine Verstöße gegen das Verbot des Ehebruchs die Glaubwürdigkeit der Kirche beschädigt hätten. Als Organist hatte er zudem praktisch keine beruflichen Alternativen.

**Essenz aller Entscheidungen ist:** Gerade dort, wo Grundrechte betroffen sind, ist immer eine Abwägung aller Einzelinteressen erforderlich. Weder eheliche Treue noch Deutschkenntnisse können pauschal unter Berufung auf Grundrechte verlangt oder verweigert werden. **Jeder Arbeitgeber muss vielmehr für seinen Betrieb und seine Verhältnisse plausibel darstellen, warum ihm die Einhaltung einer Verhaltenspflicht, das Vorhandensein von Sprachkenntnissen etc. von grundlegender Bedeutung ist, insbesondere, wenn die Einhaltung für Ältere, Ausländer, andere Religionszugehörige etc. besonders schwierig ist.** Wenn die Möglichkeit besteht, die Anforderung künftig wieder zu erfüllen, etwa durch Sprachkurse, muss die Gelegenheit dazu gegeben werden. Der Arbeitnehmer muss diese Gelegenheit dann aber auch wahrnehmen und er muss berechnete Interessen seines Arbeitgebers im Bereich seiner Grundrechtsausübung beachten.

Gleichwohl bleiben gerichtliche Entscheidungen schwer vorhersehbar. So könnte es einem größeren Arbeitgeber mit hohem Ausländeranteil unter Umständen durchaus zugemutet werden, die Anweisungen mehrsprachig zu erstellen, um einem 60-jährigen ungelerten einfachen Arbeiter das Erlernen von Lesekompetenz in deutscher Sprache zu ersparen. Dass eine bessere Sachverhaltsaufklärung oder vertieftere Argumentation der deutschen Gerichte im Fall des Organisten zu

einer anderen Entscheidung geführt hätten, ist ebenfalls nicht ausgeschlossen.

**Fazit:** Religion, Sprache oder Herkunft sind im Arbeitsrecht keine Tabuthemen. Wichtig ist jedoch für jeden Arbeitgeber, sich deutlich zu machen, was hinter seinen Entscheidungen steckt. Wenn sie an die Merkmale des AGG anknüpfen, sollte er schon im Vorfeld prüfen, ob sie durch objektive Kriterien unter Berücksichtigung der besonderen Interessen des Mitarbeiters gerechtfertigt werden können.

Und der Organist? Der EGRM ist keine „letzte Instanz“. Über die Wirksamkeit der Kündigung ist in Deutschland rechtskräftig entschieden worden, so dass er keinen Anspruch auf Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses hat. Er kann jetzt aber – wenn die Entscheidung rechtskräftig werden sollte - auf eine angemessene Entschädigung durch die BRD hoffen, die nach Ansicht des EGMR dafür hätte sorgen müssen, dass die deutschen Gerichte ausgewogener entscheiden.

*Inken Hansen*

## Immobilienrecht: „Kalte Räumung“, Schadensersatz und Beweislast

„Kalte Räumung“ nennt der **Bundesgerichtshof (BGH)** in einem Urteil vom 14.07.2010 die Selbsthilfe des Vermieters, sich Zutritt zur Wohnung des „abgetauchten“ ehemaligen Mieters zu verschaffen und das, was er vorfindet, zu entsorgen.

Der Fall ist nicht ganz selten: Der klagende Mieter M einer Wohnung verschwand ab 19.02.2005 für mehrere Monate. Selbst sein Verwandtenkreis war besorgt und ließ polizeilich die Wohnung öffnen und untersuchen. Die vermietende Wohnungsgesellschaft V erfuhr davon, stellte fest, dass für März und April 2005 auch keine Mieten gezahlt wurden, und warf in den Wohnungsbriefkasten des später klagenden Mieters am 20.04.2005 ein Schreiben mit Ausspruch der sofortigen Kündigung aus wichtigem Grund ein.

Die Vermieterin V tat dann, was die praktische Vernunft ihr nahelegte: Sie öffnete am 19.05.2005 die Wohnung, nahm sie in Besitz, lagerte einige Gegenstände, die sie anscheinend für potentiell werthaltig hielt, ein, und entsorgte den Rest. So beschränkte sich der Mietausfall auf etwa 3 bis 4 Monate, und V wird wohl einen neuen Mieter gefunden haben.

M tauchte aber anscheinend nach einiger Zeit wieder auf und fand im Jahre 2006 Gelegenheit, seine frühere Vermieterin V auf **Schadenersatz** zu verklagen. Er fand einen Sachverständigen, der ihm **für abhanden gekommene, beschädigte oder verschmutzte Gegenstände** einen Betrag von stolzen 61.812,65 € als angeblichen Schaden bescheinigte, und diesen sollte V ihm neben Gutachterkosten ersetzen. Die erste Instanz, ein Amtsgericht, brauchte zwei Jahre bis zum späten Frühling 2008, um sich über das Ergebnis klar zu werden – die Klage abzuweisen bezüglich des gesamten Schadens, und das Landgericht weitere 7 Monate, um die Richtigkeit dieser Erkenntnis zu bestätigen. Der Mieter M

hätte nichts hinreichend Spezifiziertes über Qualität und Werthaltigkeit der angeblich verlorenen Gegenstände vorgetragen oder gar unter Beweis gestellt, und sein so genanntes „Gutachten“ erschien wohl auch nicht als brauchbar.

Der BGH sieht dies alles völlig anders: Es lässt sich zwar wohl nicht leugnen, dass das **eigenmächtige Aufbrechen der Wohnung rechtswidrig** war (Unser Rechtsstaat verlangt vielmehr, nach der Kündigung gegen den – abgetauchten und verschwundenen! – ehemaligen Mieter erst eine Räumungsklage zu erheben, die dauert. So dann soll nach unserer Rechtsordnung mit dem irgendwann einmal [und bis dahin bleibt der Mietzins aus!] erstrittenen Räumungstitel ein Gerichtsvollzieher beauftragt werden, der für Räumung und vor allem Einlagerung der „geborgenen“ Einrichtungsgegenstände einschließlich Transport einen beträchtlichen Vorschuss verlangt – selbstredend vom Vermieter, dem bis dahin seit Monaten auch noch der Mietzins fehlt.). Was also die praktische Vernunft, so könnte man meinen, nahe legt, ist nicht rechtens.

Daraus folgt aber laut BGH, dass es dem räumenden Vermieter anzulasten sei, dass er dem Mieter die **einfache Beweisführung** über das, was abhanden gekommen ist, genau **durch die Räumung und Entsorgung unmöglich gemacht** habe. Deswegen müsse umgekehrt der Vermieter nun wenigstens ab Inbesitznahme, anstatt irgendetwas zu entsorgen, den Inhalt der Wohnung „in Obhut“ nehmen. Das sei, selbst bei wirksamer Kündigung des Mietverhältnisses, eine vertragliche Nachwirkung mit **Sorgfaltspflicht des Vermieters**. Er müsse diese Gegenstände „vollständig“ und in einem gegenüber dem Zustand bei Inobhutnahme (also der Räumung) nicht verschlechterten Zustand wieder herausgeben“. Bei leichter Fahrlässigkeit haftet er auf Schadensersatz für Verschlechterung, erst recht

natürlich bei Vernichtung von Gegenständen, die in irgendeiner Weise irgendeinen Wert haben könnten. Die gesamte **Darlegungs- und Beweislast kehre sich zu Lasten des Vermieters um**.

Das soll, so der BGH, nicht nur die Auflistung der Gegenstände betreffen – Fotografien hatte der Vermieter machen lassen, das genügte dem BGH aber nicht –, sondern der Vermieter hat die volle Darlegungs- und Beweislast auch über Zustand und wertbildende Merkmale aller Gegenstände, die in der Wohnung waren. Der Vermieter müsse die Interessen des (abgetauchten, verschwundenen und monatelang mit der Miete rückständigen) Klägers „wahren“. Das Verzeichnis müsse „ausagekräftig“ sein und geeignet, den Wert der Gegenstände schätzen zu lassen. Die Ansprüche des Klägers müsse der Vermieter „sichern“. Äußerstenfalls „ersichtlich verbrauchte und damit offenkundig wertlose“ Gegenstände, an deren Dokumentierung „der Mieter bereits auf den ersten Blick schlechthin kein Interesse haben konnte“, müssten vielleicht nicht so im Einzelnen aufgelistet und bewertet werden.

Wenn es aber daran fehlt, so dürfe das Gericht den Schaden schätzen. Mieter dieser Art werden als wertvoll empfinden, dass der BGH dann, wenn die vorgefundenen Gegenstände überaltert und nicht mehr marktgängig sind, und überhaupt keinen Marktwert mehr haben, er dann eben die Kosten für einen neuen gleichwertigen Ersatzgegenstand verlangen könne – immerhin unter Abzug „neu für alt“.

Die Vermieterin hatte übrigens ausdrücklich die Auffassung vorgetragen, es verstoße gegen Treu und Glauben, wenn in einer solchen Situation der später aufgetauchte Mieter sich darüber beschwere, die Vermieterin habe verbotene Eigenmacht betrieben anstatt den mit zusätzlichem Zeitverlust und Geldaufwand verbundenen Weg über Prozess, Urteil und Zwangsvollstreckung, also Räumung durch Gerichtsvollzieher, zu gehen. Bei dem vorhandenen Tatsachenvortrag sei eine solche Wertung nicht gerechtfertigt. Und es gebe auch kein überwiegendes Mitverschulden des Mieters. Für beides bestehe „auch sonst kein Anhalt“ – so meint der BGH...

Der wahre **Mangel der Rechtsordnung** liegt im Prozessrecht. Es ist schlechterdings nicht möglich, in einer Art Eilverfahren innerhalb weniger

Stunden oder Tage einen effektiv vollstreckbaren Räumungstitel zu bekommen, um eine Mietwohnung selbst in eindeutigen Fällen schleunigst geräumt und herauszubekommen. Im Bereich aktienrechtlicher Anfechtungsklagen haben, in der Folge lebhafter Klagen in der Wirtschaftspresse, Rechtsprechung und vor allem auch die Gesetzgebung Wege gefunden, um den Wirkungen unerträglich lang dauernder Rechtsstreitigkeiten zu begegnen. Das aber ist ein vielfach zu beobachtendes Problem: In vielen sonstigen Zusammenhängen dauern Prozesse einfach, auch in Deutschland, viel zu lange. Das wird nicht besser dadurch, dass es in vielen anderen Ländern noch unerträglicher ist.

Aber die Konsequenz dessen, was der BGH „von Rechts wegen“ für richtig hält, ist in der Praxis eben doch zu bedenken. Dabei taucht die Problematik nicht nur bei der Räumung nach notleidenden Mietwohnungsverhältnissen auf. Vielmehr dürften dieselben Grundsätze anzuwenden sein, wenn etwa nach dem Tod eines Wohnungsmieters für eine möglichst schnelle Räumung gesorgt wird. Selten, dass Vermieter dies aus eigenem Antrieb tun. Oft sind Familienangehörige gerade schon deswegen, um den Lauf der Mietzinszahlungspflicht abzukürzen, daran interessiert, möglichst bald die Wohnung leer zu ziehen.

Genaugenommen sind dazu aber berechtigt nur die **Erben**. Wer das ist, kann längere Zeit unklar sein, vor allem, wenn weder ein notarielles Testament vorliegt noch wenigstens ein Testament beim Amtsgericht hinterlegt worden ist – selbst im letzteren Fall kann es mindestens Wochen dauern, bis es eröffnet wird und bestenfalls bei hinlänglicher Klarheit sich daraus ergibt, wer nun im förmlichen Sinne „Erbe“ ist, eine oder mehrere Personen. Nur diese, alle aber insgesamt, wären zu Räumungsmaßnahmen berechtigt. Sind tatkräftige Angehörige dies nicht, so begehen sie, genaugenommen, ebenso wie im Urteilsfall der Vermieter „verbotene Eigenmacht“. Was dann blüht, sagt „von Rechts wegen“ der BGH. Denn häufig ist mit solchen Maßnahmen die Entsorgung von Gegenständen verbunden, die die Angehörigen für wertlos halten und die sie nicht übernehmen können. Man kann nur hoffen, dass kein spitzfindiger Erbe hinterher zu Tage tritt, der das BGH-Urteil zu seinen Gunsten heranzieht.

*Dr. Egon A. Peus*

## **Insolvenzrecht: Höhere Insolvenzfestigkeit von Lastschriften?!**

In Insolvenzsituationen werden Gläubiger immer wieder damit konfrontiert, dass Insolvenzverwalter

Lastschriftzahlungen anfechten oder von Widerspruchrechten Gebrauch machen; für den Gläu-

biger naturgemäß ein erhebliches Ärgernis. Grundlegend zu unterscheiden ist zwischen vier verschiedenen Lastschriftenarten:

- a) SEPA-Basislastschrift
- b) SEPA-Firmenlastschrift
- c) Einzugsermächtigungslastschrift
- d) Abbuchungsauftragsverfahren

Beide SEPA-Lastschriftenverfahren wurden 2007 auf europäischer Ebene eingeführt. Sie spielen bisher in der Praxis aufgrund hoher Umstellungskosten (noch) keine nennenswerte Rolle und machen gerade einmal ein halbes Promille sämtlicher Lastschriften im Euroraum aus. Bei SEPA-Lastschriften wird im Rahmen eines Doppelmandats zunächst der Gläubiger ermächtigt, den geschuldeten Betrag einzuziehen. Zum anderen erteilt der Schuldner einen Zahlungsauftrag an seine Bank. Da es sich folglich um einen von Anfang an durch den Zahlenden autorisierten Vorgang handelt, besteht zu dessen Gunsten kein nachträgliches Widerspruchsrecht. Insolvenzzrechtliche Besonderheiten bestehen nicht. Der Insolvenzverwalter ist in diesen Fällen – sofern er die Zahlung rückabwickeln möchte – auf die allgemeinen Anfechtungsrechte beschränkt.

Ebenfalls keine insolvenzzrechtlichen Besonderheiten bestehen bei **Abbuchungsaufträgen**. Bei Abbuchungsaufträgen erteilt der Zahlende den Auftrag an seine Bank, am Fälligkeitstage eine bestimmte Lastschrift des Zahlungsempfängers einzulösen. Da die Zahlung in diesem Fall aufgrund einer unmittelbaren Weisung des Zahlenden erfolgt, steht ihm **keine nachträgliche Rückabwicklungsmöglichkeit** zu Verfügung.

Das Problem der Insolvenzzfestigkeit stellt sich vor allen Dingen im Falle von **Einzugsermächtigungslastschriften**, da in diesen Fällen keine Weisung des Zahlenden an die Zahlstelle vorliegt. Um gegebene Missbrauchsmöglichkeiten einzuschränken, besteht zugunsten des belasteten Kontoinhabers bis zur Genehmigung des Einzugs ein **Widerspruchsrecht**. Der zuvor dem Konto belastete Betrag wird im Falle eines Widerspruchs diesem wieder gutgeschrieben. Erst nach Ablauf von 6 Wochen nach Zugang des Rechnungsabschlusses des Kontos gilt die Abbuchung nach den Regeln zum Lastschriftenverfahren automatisch als genehmigt; ein Widerruf ist somit nicht mehr möglich. Schon vor Ablauf der Frist ist ein Widerruf ausgeschlossen, wenn der Schuldner den Einzug durch ausdrückliche oder schlüssige Handlung genehmigt.

Aufgrund des relativ einfachen Verfahrens des Widerrufs von Einzugsermächtigungslastschrift

und der schnellen Generierung liquider Mittel ist es im Insolvenzverfahren gang und gäbe, dass der vorläufige Insolvenzverwalter unmittelbar nach seiner Bestellung sämtliche Lastschriften des Insolvenzschuldners widerruft, die noch nicht genehmigt wurden. Obwohl der Zahlungsempfänger gegenüber dem Insolvenzschuldner einen Anspruch auf Genehmigung der Lastschriften hat, handelt der vorläufige Insolvenzverwalter nicht rechtswidrig. Die entsprechenden Lastschriftwiderrufe bringen der Insolvenzmasse schnelle liquide Mittel, doch bedeuten sie für die betroffenen Zahlungsempfänger eine besondere Härte. Statt der bereits sicher geglaubten Zahlung erhalten sie nur einen zur Tabelle anzumeldenden Anspruch gegen das insolvente Unternehmen, der praktisch wertlos ist.

In zwei Entscheidungen vom 20.7.2010 haben der IX. und XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (BGH) nunmehr das Recht des vorläufigen Insolvenzverwalters zum praktisch umfassenden Widerruf von Einzugsermächtigungslastschriften (in der Folge nur noch „Lastschrift“) auf den ersten Blick eingeschränkt.

Im vom IX. Zivilsenat zu entscheidenden Fall ging es um ein Privatinsolvenzverfahren. Der vorläufige Insolvenzverwalter wollte sämtliche Lastschriften auf dem Konto des Insolvenzschuldners widerrufen, die noch nicht genehmigt waren. Hierzu gehörten auch Zahlungen für Mieten, Energieversorgung und ähnlichem. Der BGH hat entschieden, dass dem vorläufigen Insolvenzverwalter der Widerruf solcher Lastschriften versagt ist, die dem sogenannten Schonvermögen des Schuldners belastet wurden. Das Schonvermögen ist derjenige monatliche Betrag, der für jeden Schuldner pfändungsfrei ist. Offen gelassen hat der BGH, wie genau die jeweilige Bank abgrenzen soll, ob die Lastschrift aus dem Schonvermögen des Schuldners bedient wurde. Insoweit hat der BGH darauf verwiesen, dass es auf den Einzelfall ankomme. Sofern der Insolvenzschuldner ein sogenanntes Pfändungsschutzkonto führt, bei dem bestimmte Guthaben von Pfändungen ausgenommen sind, wird man sicherlich solche Lastschriften als geschützt ansehen müssen, bei deren Einzug das belastete Guthaben diesem Pfändungsschutz unterfiel. Praktische Schwierigkeiten sind jedoch unverkennbar.

Im durch den XI. Zivilsenat entschiedenen Fall ging es um das Geschäftskonto einer insolventen Gesellschaft. Von diesem Konto waren regelmäßig Lastschrifteinzüge der Steuerbehörden und sonstiger Geschäftspartner erfolgt, die in einer ständigen Geschäftsbeziehung zur Insolvenzschuldnerin standen. Dem Umstand, dass die In-



solvenzschuldnerin in der Vergangenheit den regelmäßig wiederkehrenden Lastschrifteinzügen niemals widersprochen hatte entnahm der BGH, dass eine konkludente Genehmigung der Lastschriften deutlich vor Ablauf der 6-Wochen-Frist in Frage käme. Eine starre Grenze stellte er insoweit nicht auf, sondern verwies wiederum auf eine Einzelfallwürdigung.

Zusammenfassend bedeuten die Urteile nicht, dass der gewöhnliche Lastschrifteinzug zukünftig insolvenzsicher ist. Die Banken haben jedoch bei Privatpersonen zu prüfen, ob die Lastschrift demjenigen Kontoguthaben des Insolvenzschuldners belastet wurde, welches dem Zugriff des Insolvenzverwalters als Schonvermögen entzogen ist. Daneben haben Banken darauf zu achten, ob Abbuchungen im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen (dies kommt z.B. für Mieten in Frage), denen in der Vergangenheit nie widersprochen wurde, nicht bereits durch den Schuldner genehmigt wurden. Die Urteile des Bundesgerichtshofs bieten vor allen Dingen für Vermieter und sonstige Dauergläubiger die Chance, sich zu-

künftig vor pauschalen Lastschriftwiderrufen vorläufiger Insolvenzverwalter zu schützen. Insoweit sind jedoch noch viele Fragen ungeklärt, insbesondere wer in Fällen unberechtigter Lastschriftwiderrufe gegenüber wem einen Erstattungsanspruch hat.

Auch nach den beiden neuen Urteilen des BGH ist prinzipiell damit zu rechnen, dass im Insolvenzfall umfangreiche Lastschriftenwiderrufe erfolgen werden. Es gilt daher nach wie vor der Grundsatz, dass Lastschriften im Abbuchungsauftragsverfahren erfolgen sollten. Als recht neuer Weg bieten sich daneben SEPA-Lastschriften an. Stehen diese Verfahren nicht zu Verfügung, sollte vor allen Dingen gegenüber „insolvenzbedrohten“ Schuldnern darauf bestanden werden, Zahlungen per Überweisung oder auf sonstige Weise zu erhalten. Zwar lauern auch hierbei Gefahren, doch sind diese geringer als die eines im Insolvenzfall mit hoher Wahrscheinlichkeit erfolgenden Widerrufs von Einzugsermächtigungslastschriften.

*Markus Winnacker, LL.M.*

## Insolvenzrecht: Insolvenzfestigkeit eines vorgezogenen Zugewinnausgleiches

In Insolvenzsituationen ist es Aufgabe des Insolvenzverwalters, sämtliche Vermögenswerte des Schuldners zugunsten der Gesamtgläubigerschaft zu sichern. Dabei dient das **Insolvenzanfechtungsrecht** dazu, Vermögensverschiebungen, die vom Schuldner zeitnah zum Insolvenzantrag oder mit der Absicht, zu Gunsten einzelner Gläubiger Vermögenswerte zu verschieben, vorgenommen hat, wieder rückgängig zu machen. Denn im Insolvenzverfahren sollen die Interessen Einzelner hinter die Interessen der Gesamtgläubigerschaft zurücktreten.

Ein besonderes Augenmerk des Insolvenzverwalters gilt dabei Schenkungen des Schuldners in den letzten vier Jahren vor der Insolvenzantragstellung und entgeltlichen Verträgen, die der Schuldner in den letzten zwei Jahren vor der Insolvenzantragstellung mit ihm nahestehenden Personen, insbesondere Ehegatten, Verwandten oder Lebenspartnern, geschlossen hat.

Ein unentgeltliches Geschäft kann ohne weitere Voraussetzungen angefochten werden, wenn es in den letzten vier Jahren vor der Insolvenzantragstellung vorgenommen wurde. Bei entgeltlichen Geschäften ist zu differenzieren: Soweit ein solches Rechtsgeschäft in den letzten drei Monaten vor Insolvenzantragstellung vorgenommen wurde, kann es unter erleichterten Voraussetzungen, wenn es jedoch in einem Zeitraum von vier

Monaten bis zehn Jahren vor der Antragstellung getätigt wurde, nur unter erschwerten Voraussetzungen angefochten werden. Dabei können in einem Zeitraum von zwei Jahren vor der Insolvenzantragstellung Vermutungstatbestände zu Lasten des Anfechtungsgegners greifen.

In diesem Gesetzeskontext hat der Bundesgerichtshof (BGH) am 01.07.2010 über die Insolvenzfestigkeit eines **vorgezogenen Zugewinnausgleiches** entschieden.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Schuldner und seine Ehefrau schlossen im Januar 2004 einen notariellen Vertrag, in welchem sie erklärten, dass sie nunmehr getrennt lebten und sich einvernehmlich scheiden lassen wollten. Sie vereinbarten die Gütertrennung und nahmen einen vorgezogenen Zugewinnausgleich vor, im Rahmen dessen der Schuldner an seine Ehefrau eine Geldzahlung leistete und ihr weitere Vermögenswerte übertrug.

Zu diesem Zeitpunkt war bereits absehbar, dass der Schuldner zukünftig nicht in der Lage sein würde, alle seine fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Im Juli 2004 stellte der Schuldner dann einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen. Der Insolvenzverwalter forderte nunmehr von der Ehefrau die Rückgewähr der übertragenen Vermögensgegenstände.

Die hierauf ergangene Entscheidung des BGH ist in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert: Zum einen bestätigt der BGH nochmals, dass es sich bei der **Vornahme des Zugewinnausgleiches** um ein **entgeltliches Rechtsgeschäft** zwischen den Ehegatten und nicht um eine Schenkung handelt.

Zum anderen stellt der BGH fest, dass unter den Vertragsbegriff des Insolvenzanfechtungsrechtes nicht nur schuldrechtliche, sondern grundsätzlich auch **güterrechtliche Verträge** fallen. Dabei unterscheidet der BGH zwischen der Vereinbarung der Gütertrennung und der Ausführungsvereinbarung hinsichtlich des vorgezogenen Zugewinnausgleiches, aufgrund derer der Schuldner die Vermögenswerte übertragen hat. Lediglich diese Ausführungsvereinbarung, und damit die Übertragung der Vermögensgegenstände, ist wegen der Insolvenzanfechtung rückgängig zu machen. Hier haben die Interessen der Gesamtgläubigerschaft, und damit die Interessen des Gemeinwohls Vorrang vor dem verfassungsrechtlichen Schutz, den die Ehe ansonsten genießt. Dies galt in entschiedenem Fall insbesondere, da die Ehefrau auf den vorweggenommenen Zugewinnausgleich weder zu der Zeit, noch in der Art einen Anspruch hatte. Die Vereinbarung des Güterstandes selbst ist dagegen von der Insolvenzanfechtung nicht betroffen und behält auch in der Insolvenz eines Ehegatten Bestand.

Im vorliegenden Fall konnte der vorgezogene Zugewinnausgleich als entgeltlicher Vertrag mit einer nahestehenden Person nur angefochten werden, wenn der Ehemann als künftiger Insolvenzschuldner zumindest in Kauf nahm, dass er durch die **Vermögensübertragung** seine übrigen **Gläubiger benachteiligt**, da sein Vermögen nicht ausreicht, um alle Verbindlichkeiten zu erfüllen. Zu-

sätzlich musste die Ehefrau Kenntnis von der drohenden Gläubigerbenachteiligung haben. Die Kenntnis der nahestehenden Person wird von Gesetzes wegen vermutet; die Vermutung kann jedoch widerlegt werden. Die Ehefrau führte an, dass sie sich auf ein auf Angaben des Schuldners beruhendes Vermögensverzeichnis verließ, aus dem nicht ersichtlich war, dass sich die Finanzen des Schuldners in einem desolaten Zustand befanden. Hier urteilt der BGH, dass die **Vermutung der Kenntnis** aufgrund des Näheverhältnisses zum Schuldner **nicht** durch die Behauptung **widerlegt** werden kann, der Schuldner habe die Wahrheit über seine finanziellen Verhältnisse nicht mitgeteilt. Dies galt im entschiedenen Fall insbesondere, da die Vereinbarung eines vorgezogenen Zugewinnausgleiches extrem selten und regelmäßig nur vor dem Hintergrund drohender Verluste erklärlich sei. Die Ehefrau wurde somit zur Rückgewähr der empfangenen Vermögenswerte verurteilt.

#### Fazit:

Der vorgezogene Zugewinnausgleich ist keine Schenkung und damit nicht innerhalb von vier Jahren vor dem Insolvenzantrag ohne weitere Voraussetzung anfechtbar. Mit dieser Feststellung ist jedoch der vorgezogene Zugewinnausgleich nicht jeglicher Anfechtung entzogen. Vielmehr bestehen für einen Zeitraum von zwei Jahren erhöhte Anfechtungsgefahren, die sich auch im vorliegenden Fall realisiert haben. Wird der vorgezogene Zugewinnausgleich mehr als zwei Jahre vor Insolvenzantragstellung erfüllt, bestehen reduzierte Anfechtungsrisiken, die sich nur durch sorgfältige Abwägung und entsprechende Gestaltung vermeiden lassen.

*Heike Middendorf*

## **Erbrecht: Zur Bewertung von „verschenkten“ Lebensversicherungen im Pflichtteilsrecht**

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat in einer erbrechtlich relevanten seine Rechtsprechung geändert. Es geht um die Bewertung von **Lebensversicherungen**, die ein Erblasser für sich abgeschlossen hat, für die er aber bei dem Versicherungsunternehmen eine andere Person als den oder die Erben als Bezugsberechtigte der Versicherungsleistung angegeben hat, und zwar mit einem Widerrufsrecht zu Lebenszeit. Diese **Bewertung ist für Pflichtteilsberechtigte** und die Höhe ihres Anspruchs von Belang.

In der Praxis werden nicht selten vom (späteren) Erblasser Lebensversicherungsverträge abgeschlossen und dabei mit dem Versicherungsunternehmen vereinbart, dass dieses im Todesfall des Versicherungsnehmers die **Versicherungssumme direkt einem bestimmten Bezugsberechtigten** auszuzahlen hat. Diese personelle Bestimmung kann der Versicherungsnehmer bei üblicher Vertragsgestaltung zu Lebzeiten einseitig widerrufen oder ändern. Der Begünstigte kann zugleich Erbe sein, aber auch eine andere Person. Mit dieser Gestaltung können verschiedene Zwecke verfolgt und etwa einem Erben Barmittel zur

Verfügung gestellt werden, damit er Erbschaftssteuern bezahlen kann. Nicht selten wird auch versucht, an Familienangehörigen und Erben vorbei höchst diskret Dritten bedeutendes Vermögen zukommen zu lassen. Denn die auszuzahlende Versicherungsleistung ist nicht im Nachlass, sondern der Bezugsberechtigte hat einen Direktanspruch gegen die Versicherung, eine logische Sekunde nach dem Tode des Erblassers und Versicherungsnehmers.

Damit kann wirtschaftlich und rechtlich ein Konflikt mit Pflichtteilsberechtigten entstehen, insbesondere dann, wenn die Versicherung, etwa durch Einmalzahlung des Beitrags aus dem Vermögen des Erblassers, einen besonders hohen Teil seines Vermögens ausmacht. Denn selbst wenn der Angehörige enterbt ist, so steht **gesetzlichen Erben** doch möglicherweise ein **Pflichtteilsanspruch** (in der Praxis oft genannt: „Pflichtteil“) zu, wertmäßig in Höhe der Hälfte dessen, was sie als Erben erhalten würden. Gesetzliche Erben sind bekanntlich Abkömmlinge, der hinterbliebene Ehegatte und, wenn keine Abkömmlinge vorhanden sind, die Eltern (sonst freilich niemand, insbesondere weder Geschwister, noch Neffen und Nichten). Der Pflichtteilsanspruch errechnet sich aus dem **Wert des tatsächlich vorhandenen Nachlasses**. Schon der Gesetzgeber des BGB, in Kraft seit 1900, hat aber erkannt: wenn der Erblasser sich, evtl. kurz vor dem Tode, künstlich „arm macht“ und z.B. zu Lebzeiten riesige Werte verschenkt, wird der Pflichtteilsanspruch damit entwertet. Deswegen gibt es einen Pflichtteilsergänzungsanspruch, bei dem zu berücksichtigen ist, was der Erblasser „am Nachlass vorbei“ zu Lebzeiten verschenkt hat. Wann das geschehen sein muss und mit welchem Anteil es berücksichtigt wird, das ist im Gesetz jüngst geändert worden; wir haben in den früheren Mandanteninformationen davon berichtet.

Die jetzige BGH-Entscheidung betrifft die Frage, wie eigentlich ein zugewendeter Auszahlungsanspruch **bewertet** wird. Denn auch die eingangs genannte Konstruktion (Zuweisung eines widerrechtlichen Bezugsrechts für die Todesfalleistung

gegenüber der Versicherung) ist als Schenkung zu qualifizieren.

Bis 2010 war umstritten, wie die Zuwendung zu **bewerten** sei. In Frage kommt die Summe der vom Erblasser bezahlten Prämien, die aber bei einer „frischen“ Kapitallebensversicherung und unvermutetem plötzlichem Tod des Versicherten unverhältnismäßig niedrig, in anderen Konstellationen – z.B. bei einer Einmalzahlung – aber auch zu einem recht hohen Betrag führen kann. Auf die gezahlten Prämien hatte bisher die höchstgerichtliche Rechtsprechung abgestellt. Eine andere Auffassung hielt die tatsächlich ausgezahlte Versicherungssumme, ggf. auch einen Risikoanteil, für entscheidend. Der BGH entschied sich nun für folgende Lösung: maßgeblich für die Bewertung ist grundsätzlich der **Rückkaufswert** gleichsam eine logische Sekunde vor dem Tode des Versicherungsnehmers/Erblassers. In dieser Höhe war ein Wert in seinem Vermögen unmittelbar vor seinem Tode, und verlagert durch die Schenkung sei genau dieser Wert – höchstens die ausgezahlte Versicherungssumme. Deshalb sei grundsätzlich der ggf. sachverständig zu bestimmende Rückkaufswert anzusetzen. Im Einzelfall könne der Pflichtteilsberechtigte aber auch nachweisen, dass im freien Markt die **konkrete Lebensversicherung zu einem höheren Kaufpreis** verwertbar gewesen wäre. Aus den USA kommend ist der Handel mit „gebrauchten“, laufenden Lebensversicherungen bekannt geworden, freilich jüngst auch als höchst riskant und geradezu spekulativ mit großen Verlustrisiken beurteilt worden.

Rückkaufswerte werden häufig von den Versicherungsunternehmen in den Versicherungsnachrichten bekannt gegeben, so dass die Auffassung des BGH auch als praktikabel erscheint. In derartigen Fällen kann der Pflichtteilsberechtigte also diese Zahl zugrunde legen für seinen Pflichtteilsergänzungsanspruch. Dieser ist in erster Linie gegen den Nachlass/die Erben geltend zu machen. Wenn, wie häufig, der Nachlass dafür aber nicht genügt, so ist der Beschenkte heranzuziehen.

*Dr. Egon Peus*

## **Kartellrecht: Ordnungswidrigkeitenverfahren wegen der Empfehlung von Preisempfehlungen**

Seit der 7. GWB(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)-Novelle im Jahr 2005 sind **Preisempfehlungen** in größerem Umfang zulässig als nach früherem Recht. Daraus darf allerdings nicht geschlossen werden, dass diese nunmehr – seien sie als **unverbindlich** gekennzeichnet oder nicht – als generell unbedenklich angesehen werden. Dies zeigte im vergangenen Jahr schon der vom

Bundeskartellamt (BKartA) aufgegriffene Fall der Brillenglashersteller. Diese hatten in einer langen Tradition in ihren Katalogen unverbindliche Preisempfehlungen herausgegeben, welche die Handwerksleistungen des Augenoptikers bereits eingeschlossen. Weil sich ein großer Teil der kleinen und mittelständischen Augenoptiker an die Empfehlung hielten, vertrat das Amt die Auffassung,

dass sich die unverbindliche Preisempfehlung am Markt wie **Fest- bzw. Mindestpreise** ausgewirkt hätten. Das Bundeskartellamt erreichte, dass Unternehmen wie Rodenstock oder Zeiss ihre bisherige Praxis aufgegeben haben und die Augenoptiker nunmehr ihre Preise eigenständig kalkulieren. Dies werde – so die Kartellbehörde – den Wettbewerb der Augenoptiker untereinander erhöhen. Von dem Verfahren waren 90 % des Brillenglasmarktes betroffen.

Im September 2009 erging dann in einem weiteren Verfahren der **Bußgeldbescheid** der **Kartellbehörde** in Sachen Kontaktlinsen. Auch hier war Gegenstand die grundsätzliche Beurteilung von unverbindlichen Preisempfehlungen. Darin sind folgende grundsätzliche Ausführungen zur Beurteilung von UVP zu finden:

- Ein generelles Empfehlungsverbot gibt es nicht. Unzulässig sind jedoch UVP, die sich infolge von Druck oder Anreizen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken.
- Jede Kontaktaufnahme, die über die reine Übermittlung von **UVP** hinausgeht und diesen durch nachträgliche und erneute Thematisierung **Nachdruck** verleiht, stellt deren Unverbindlichkeit in Frage.
- Eine Kontaktaufnahme zwischen Lieferant und Händler betreffend den Wiederverkaufspreis stellt dann eine **verbotene** Vereinbarung oder **Verhaltensabstimmung** im Sinne von § 1 GWB dar, wenn es dabei zu einer Abstimmung im Sinne einer Koordinierung der Preisgestaltung zwischen Lieferant und Händler kommt.
- Eine abgestimmte Verhaltensweise kann in **jeder Form der Koordinierung** vorliegen, die zwar nicht bis zum Abschluss eines Vertrags im eigentlichen Sinne gediehen ist, aber bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt.

Ende 2009/Anfang 2010 hat das BKartA nun weitere Ordnungswidrigkeitsverfahren gegen Hersteller von Markenartikeln und Einzelhandelsunternehmen wegen des Verdachts von verbotswidrig vertikal abgestimmten Endverbraucherpreisen zum Beispiel bei Süßwaren und Kaffee eingeleitet. Zudem wird eine unmittelbare Abstimmung von Endverbraucherpreisen zwischen Unternehmen des Einzelhandels in diesen Produktgruppen geprüft. In diesem Zusammenhang hat das Amt im April dieses Jahres an kooperierende Unternehmen sowie an Verbände in anonymisierter Form ein Schreiben mit der vorläufigen Bewertung von Verhaltensweisen im Verhältnis zwi-

schen Herstellern, Großhändlern und Einzelhandelsunternehmen versandt. Die Mitteilung dient zwar in erster Linie der Konkretisierung der Pflichten, die Unternehmen beachten müssen, die durch Kooperation mit dem BKartA eine Bußgeldreduzierung erreichen wollen. Der Inhalt dürfte aber ebenso für die allgemeine Bewertung solcher Verhaltensweisen durch die Kartellbehörden von Belang sein. Er zeigt im Übrigen, dass das Amt ein besonderes Augenmerk auf Verhaltensweisen richtet, die zu **vertikal vermittelten Wettbewerbsbeschränkungen** führen können.

Das BKartA stellt nochmals klar, dass das bloße Überreichen einer Liste mit unverbindlichen Empfehlungen für Wiederverkaufspreise durch einen Lieferanten an einen Abnehmer keinen Sachverhalt darstellt, der eine vertikale Preisbindung bewirkt. Die **Empfehlung** müsse aber rechtlich und **tatsächlich unverbindlich** bleiben und dürfe den Abnehmer nicht an einer autonomen Entscheidung hindern. Genannt werden hier zum Beispiel der Einsatz von Druck- oder Lockmitteln, durch Abmachungen über Absatzspannen oder über (höchstens zulässige) Preisnachlässe, durch Unterstützung von Werbemaßnahmen der Abnehmer, bei denen konkrete Aktionspreise verlangt werden, durch Vereinbarungen oder Abstimmungen über eine **Spannenneutralität bzw. Verbesserung der Spannen** bei Erhöhung der Herstellerabgabepreise oder durch das Nennen von unverbindlichen Wiederverkaufspreisen seitens der Lieferanten in Bestellvordrucken und deren unveränderte Verwendung durch Abnehmer bei Bestellungen.

Insgesamt ist damit festzuhalten, dass das Thema Wiederverkaufspreise für Unternehmen ein nicht unerhebliches Risiko birgt und von diesen sorgfältig geprüft werden sollte. Gleiches gilt auch für die Beteiligung oder Mitwirkung von Abnehmern an der systematischen Beobachtung der Wiederverkaufspreise durch Lieferanten, die Zusammenstellung/Erarbeitung oder das Einfordern von Preisspiegeln oder sonstiger wettbewerblich sensibler Informationen zum Zwecke der Übermittlung an Unternehmen der Marktgegenseite. Auch die Bereitstellung von Kalkulationshilfen oder von Anleitungen zur Verkaufspreisberechnung durch Lieferanten an Abnehmer kann kritisch zu beurteilen sein. Das erwähnte Schreiben des Bundeskartellamtes mit den Verhaltenshinweisen endet mit der Aussage, dass die Unternehmen „nicht ihrer Verantwortung enthoben [sind], die Rechtmäßigkeit ihres Handelns selbständig zu prüfen“.

*Dr. Andreas Lotze*

## Vergaberecht: Neues Recht zu beachten

Nachdem die Bundesregierung mit ihrem Programm „Schwerpunkte zur Vereinfachung des Vergaberechts im bestehenden System“ bereits im Jahre 2006 den Startpunkt für eine umfassende Vergaberechtsnovelle gesetzt hat, kann nun darüber berichtet werden, dass diese Bestrebungen – nicht weniger als vier Jahre später – ihr Ende gefunden haben. Im April 2009 hat bereits das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts eine umfassende Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) mit sich gebracht (vgl. Mandanteninformation Mai 2009, S. 13). Mit Inkrafttreten der neuen **Vergabeverordnung (VgV)** seit dem 11. Juni 2010 gelten nun auch die neuen **Vergabe- und Vertragsordnungen VOB/A, VOL/A und VOF**.

Zwischenzeitlich war bereits am 29. September 2009 die **neue Sektorenverordnung** in Kraft getreten, die die bisherigen **Abschnitte 3 und 4 der VOB/A und VOL/A gänzlich abgelöst** hat. Waren also seit dem die besonderen Vergabevorschriften der VOL/A und VOB/A für Tätigkeiten im sogenannten Sektorenbereich (**Trinkwasser, Energieversorgung und Verkehr**) hinfällig, galten die Abschnitte 1 und 2 dieser Vergabe- und Vertragsordnungen fort. Die zuständigen Vergabe- und Vertragsausschüsse (vormals „Verdingungsausschüsse“) erarbeiteten bis zum 31. Juli 2009 eine neue Ausgabe der VOB/A bzw. bis zum 29. Dezember 2009 eine solche der VOL/A, ohne dass diese jedoch zunächst Wirkung erlangten. Dies galt für Vergabeverfahren oberhalb und unterhalb der EU-Schwellenwerte, die bei 4,845 Mio. Euro (netto) im Baubereich und 193.000 Euro (netto) im Dienstleistungs- und Lieferbereich bei der Beschaffung durch klassische Auftraggeber wie Kommunen und kommunale Unternehmen liegen.

Die lange bestehende Rechtsunsicherheit, die aus dem Vorhandensein neuer Vergabe- und Vertragsordnungen ohne deren Anwendungsmöglichkeit resultierte, versuchte die Praxis durch eine strikte Konzentration auf die bisherigen Ausgaben der VOB/A und VOL/A, die jeweils aus dem Jahre 2006 stammten, zu kompensieren. Dies hat weiterhin Relevanz für die Zeit nach Inkrafttreten der neuen Vergabe- und Vertragsordnungen seit dem 11. Juni 2010. Denn nach § 23 VgV müssen bereits begonnene Vergabeverfahren nach dem Recht, das zum Zeitpunkt des Beginns des Verfahrens galt, beendet werden. Für sämtliche **Vergabeverfahren, die vor dem 11. Juni 2010 begonnen worden sind, gilt also weiterhin das alte Recht**. Beginn eines Vergabeverfahrens ist dabei die **Absendung der Bekanntmachung** an

das jeweilige Veröffentlichungsorgan, in Fällen der EU-weiten Ausschreibungspflicht mithin das EU-Amtsblatt.

Unbedingt zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass auch die Rechtsprechung gehalten ist, weiterhin das alte Recht auf Verfahren, die vor dem 11. Juni 2010 begonnen wurden, anzuwenden. **Vorsicht** ist deshalb davor geboten, **neue Rechtsprechungsaussagen auf Altfälle** zu „münzen“. Dies kann durchaus zu Verwerfungen führen, denn die neuen Ausgaben der VOB/A bzw. VOL/A bringen in mancher Hinsicht bedeutende Modifizierungen mit sich. Es wurde nicht nur eine redaktionelle Überarbeitung und eine Neustrukturierung vorgenommen. Vielmehr ist inhaltlich von Wichtigkeit, dass bspw. in § 3 VOB/A **erstmalig VOB-einheitliche Schwellenwerte** eingezogen worden sind, so dass erst bei einem Überschreiten dieser Schwellenwerte die Verfahrenshierarchie zur Auswahl der jeweiligen Verfahren (öffentliche Ausschreibung, Beschränkte oder Freihändige Vergabe) greift. Mit § 6 VOB/A wurde zudem eine neu gestaltete Vorschrift über die Teilnehmer am Wettbewerb vorgelegt. Insbesondere soll hinsichtlich der Eignungsnachweise abweichend von der bisherigen Regel in erster Linie auf die Eintragung im Präqualifikationsverzeichnis Bezug genommen werden. Soweit daneben oder darüber hinaus Einzelnachweise erbracht werden sollen, sollen **in aller Regel zunächst Eigenerklärungen** genügen.

Herausgehobene Bedeutung hat sicherlich der neue § 16 VOB/A bzw. VOL/A. Er enthält die Vorschriften zur Wertung der Angebote und löst den bisherigen § 25 VOB/A bzw. VOL/A ab. Hier finden sich jetzt Bestimmungen dafür, dass **fehlende Nachweise und Erklärungen nicht zum unmittelbaren Ausschluss** vom Vergabeverfahren führen müssen, sondern unter bestimmten Voraussetzungen noch nachgereicht werden können. Gerade dies stellt einen **Neubeginn bei dem Wertungsprozess** dar, da es bislang stets hieß: „Fehlende Angaben führen zum Ausschluss“, was dann besonders ärgerlich war, wenn es den Bestbieter traf.

Insgesamt wird man festhalten müssen, dass die Anwender des Vergaberechts sich **intensiv mit den neuen Vorschriften beschäftigen** müssen. Nur auf diese Weise ist sichergestellt, dass einerseits stets das richtige Verfahrensrecht (ober- oder unterhalb der Schwellenwerte, VOB, VOL oder VOF) angewendet wird und andererseits die jeweiligen Vergabevorschriften ordnungsgemäß zur Geltung gelangen. Irrtümer bei der Verfah-

renswahl oder -anwendung können erhebliche Folgen haben. Insbesondere bei Zuwendungsempfängern kann dies zu einer Rückforderung der gewährten Mittel (inkl. Zinsen) führen. Einfacher geworden ist bedauerlicherweise durch die

nun zum Abschluss gelangte Vergaberechtsnovelle nichts.

*Dr. Stefan Mager*

## Infrastrukturrecht: Das Ende der vorzeitigen Besitzeinweisung? – Zum Urteil des OLG Jena vom 3. März 2010

Die Realisierung energiewirtschaftlicher Infrastrukturvorhaben steht oft unter einem erheblichen Zeitdruck. Dies berücksichtigt auch die Gesetzeslage. Als Annex zu der bundesgesetzlich vorgesehenen Enteignungsmöglichkeit für Vorhaben der Energieversorgung enthalten die Enteignungsgesetze der Länder die Möglichkeit der sogenannten vorzeitigen Besitzeinweisung. Die vorzeitige Besitzeinweisung ermöglicht die Realisierung eines energiewirtschaftlichen Vorhabens vor Erlass bzw. vor Eintritt der Bestandskraft eines vom Energieversorgungsunternehmen beantragten Enteignungsbeschlusses.

In einem vom OLG Jena mit seinem Urteil vom 03.03.2010 entschiedenen Fall ging es um die **vorzeitige Besitzeinweisung** zur Inanspruchnahme von Grundstücken für die Verlegung eines Mittelspannungskabels bis hin zu einem Umspannwerk, mit dem acht **Windenergieanlagen** mit einer Leistung von je 2 MW an das Stromversorgungsnetz angebunden werden sollten. Das Thüringer Landesverwaltungsamt hatte den vom Energieversorgungsunternehmen beantragten Beschluss zur vorzeitigen Besitzeinweisung für die erforderliche Inanspruchnahme von Grundstücken für die Leitungsverlegung erlassen. Das LG Meiningen hatte den hiergegen gerichteten Antrag auf gerichtliche Entscheidung des Grundstückseigentümers zurückgewiesen. Das OLG Jena als Berufungsgericht hingegen hat den **Besitzeinweisungsbeschluss** des Thüringer Landesverwaltungsamts wie auch das erstinstanzliche Urteil des LG Meiningen **aufgehoben** und dem Grundstückseigentümer Recht gegeben.

**Voraussetzung** für eine vorzeitige Besitzeinweisung ist nach der landesgesetzlichen Regelung die Thüringer, die dem nordrhein-westfälischen Landesenteignungs- sowie -entschädigungsgesetz (EEG NW) im Wesentlichen entspricht, dass (1.) die **sofortige Ausführung des Vorhabens aus Gründen des Wohls der Allgemeinheit dringend geboten** ist und (2.) die **Enteignung mit hoher Wahrscheinlichkeit** (bzw. nach EEG NW mit einem „hinreichenden Grad von Sicherheit“) **zulässig** ist.

Das OLG Jena hat in seinem Urteil beide Voraussetzungen **negiert** und im Wesentlichen wie folgt argumentiert: Der – dem einzelne Grundstücke betreffenden eigentlichen Enteignungs- und Besitzeinweisungsverfahren vorgeschaltete – Beschluss der Landesenergieaufsichtsbehörde über die **grundsätzliche Zulässigkeit der Enteignung** für ein energiewirtschaftliches Vorhaben sei von einem mit der Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Enteignungs- und/oder Besitzeinweisungsbeschlusses befassten Gericht inzident ebenfalls auf seine Rechtmäßigkeit hin zu prüfen, auch wenn diese Feststellung der grundsätzlichen Zulässigkeit der Enteignung mangels konkreter Grundstücksennennung **keine Außenwirkung** entfalte und dementsprechend von Grundstückseigentümern **nicht selbstständig angefochten** werden könne. Dieser Beschluss der Energieaufsichtsbehörde habe die **energiewirtschaftliche Erforderlichkeit** der Errichtung der acht Windkraftanlagen ohne nähere Begründung festgestellt. Schon der Ausspruch der grundsätzlichen Möglichkeit einer Enteignung für ein energiewirtschaftliches Vorhaben setze jedoch voraus, dass eine vorhandene gegenwärtige oder in absehbarer Zeit entstehende **Versorgungslücke** geschlossen werden solle oder aber das Vorhaben der **Versorgungssicherheit** diene. Hierzu habe die Energieaufsichtsbehörde lediglich ausgeführt, dass das Vorhaben im Interesse einer möglichst sicheren und umweltverträglichen Energieversorgung stehe und damit energiewirtschaftlich notwendig sei. Es sei jedoch nicht ersichtlich, dass die sichere und umweltverträgliche Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität ohne das Vorhaben **gefährdet** wäre.

Die energiewirtschaftliche Erforderlichkeit des Vorhabens lasse sich auch nicht aus den **Zielsetzungen des Gesetzes für den Vorrang erneuerbarer Energien** (EEG) herleiten, auch wenn das Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) die besondere Stellung der erneuerbaren Energien betone. Das EnWG stelle lediglich klar, dass die unter anderem im Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien geregelte **Förderung der Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien** uneingeschränkt weitergelten sollten. Die Norm sei an die **Energieversorgungsunternehmen** adressiert und lasse schon deshalb keinen Rück-

schluss darauf zu, dass der Gesetzgeber der besonderen Bedeutung der erneuerbaren Energien durch einen erleichterten Zugriff auf **fremdes Grundeigentum** Rechnung tragen wollte.

Darüber hinaus, so das OLG Jena, seien auch die Voraussetzungen für die vorzeitige Besitzeinweisung nicht gegeben, weil das Vorhaben nicht aus **Gründen des Wohls der Allgemeinheit dringend geboten sei**. Geboten sei eine energiewirtschaftliche Maßnahme dann, wenn nicht hingegenommen werden könne, dass mit der Ausführung bis zum **Abschluss** des eigentlichen Enteignungsverfahrens gewartet werden müsse. Ein solches Abwarten sei dann unzumutbar, wenn die sofortige Ausführung des Vorhabens bei **Abwägung der Belange der Allgemeinheit und des Betroffenen** unumgänglich sei, um die Gesamtheit der Bürger bzw. eine Vielzahl von Personen gegen wesentliche Nachteile zu schützen oder um Ihnen wesentliche Vorteile zu erhalten, die verloren gingen, wenn die Maßnahme erst zu einem **späteren Zeitpunkt** ausgeführt würde. Ein solches **Bedürfnis** könne jedoch nicht abstrakt dem Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien entnommen werden. Für **planfeststellungs- oder plangenehmigungsbedürftige Vorhaben** sei die vorzeitige Besitzeinweisung spezialgesetzlich geregelt. Voraussetzung für eine vorzeitige Besitzeinweisung sei danach (nur) die **Vollziehbarkeit** des Planfeststellungsbeschlusses oder der Plangenehmigung. Die demgegenüber strengeren Voraussetzungen einer vorzeitigen Besitzeinweisung nach den enteignungsrechtlichen

Vorgaben könnten nicht durch einen bloßen Rückgriff auf die Ziele des EEG ersetzt werden.

Conclusio: Auch – bzw. unter Berücksichtigung der Entscheidung des OLG Jena gerade – bei der Realisierung energiewirtschaftlicher Vorhaben aus dem Bereich der erneuerbaren Energien müssen die Energieversorgungsunternehmen dringend vor der Realisierung ggf. investitionsintensiver Vorhaben darauf achten, dass „vom ersten bis zum letzten Meter“ Klarheit über die erforderlichen Inanspruchnahmen von Grundstücken Dritter und die entsprechende Berechtigung hierzu besteht. In dem vom OLG Jena entschiedenen Fall waren die acht anzubindenden Windkraftanlagen bereits vor dieser Klarheit errichtet worden. Abgesehen von dem selbstverständlich unerwünschten Stillstand der Anlagen vor der erforderlichen Netzanbindung stellt sich für das betroffene Unternehmen nun die Frage nach dem Vorhandensein und der Realisierbarkeit einer Anbindung der Anlagen über eine andere Kabeltrasse. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass das Urteil des OLG Jena vom 03.03.2010 sicher nicht das Ende jeglicher vorzeitigen Besitzeinweisung bedeutet, dass aber das Augenmerk sowohl der eine vorzeitige Besitzeinweisung beantragende Energieversorgungsunternehmen als auch der mit solchen Anträgen befassten Enteignungsbehörden zukünftig stärker auf das tatsächliche Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen für eine vorzeitige Besitzeinweisung gerichtet sein muss.

*Dr. Christian Stenneken*

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

In unserer Reihe der Arbeitsfrühstücke erörtern wir regelmäßig in komprimierter Form aktuelle Schwerpunktthemen. Am **Mittwoch, 10. November 2010, 8.30 Uhr bis 11.00 Uhr**, werden unsere Partner Hans-Jochen Hütter und Dr. Matthias Koch dieses bewährte Muster fortsetzen und für Sie ein **Arbeitsfrühstück Immobilienrecht** veranstalten. **Hans-Jochen Hütter** zeigt – mit Schwerpunkt auf die aktuelle Rechtsprechung des BGH – auf, was bei **Abschluss und Abwicklung eines Bauvertrages auf Grundlage der VOB/B** zu beachten ist, und zwar sowohl aus der Sicht des Auftraggebers als auch aus der Sicht des Auftragnehmers. **Dr. Matthias Koch** wird bei dem **Kauf vermieteter Immobilien** immer wiederkehrende Fragen erörtern. So ist der Grundsatz "Kauf bricht nicht Miete" ist zwar allgemein bekannt; er hat aber Ausnahmen und Tücken und macht für denjenigen, der Interesse an dem Erwerb eines vermieteten Grundstücks hat, frühzeitige rechtliche Beratung erforderlich. Wir würden uns über Ihr Interesse freuen und bitten Sie, sich – und gern auch weitere Interessenten – per [E-Mail \(heike.gehrke@aulinger.eu\)](mailto:heike.gehrke@aulinger.eu) anzumelden.

Immer wieder werden wir auch gebeten, für Seminarveranstalter aufzutreten. So wird unser Partner **Dr. Christian Stenneken** den Fachbereich Infrastruktur / Energie bei einer Veranstaltungsreihe „**Intensiv-Seminar Leitungs- und Wegerechte**“ des **Management Circle** vertreten. Die nächsten Veranstaltungstermine sind der **22. November 2010 (Düsseldorf)** und der **15. Dezember 2010 (Frankfurt am Main)**. Inhaltlich wird sich das Intensiv-Seminar u.a. mit den aktuellen Regelungen und Verordnungen zu Leitungs- und Wegerechten, den Bedingungen bei der Nutzung öffentlicher Verkehrswege und der Inanspruchnahme von Privatgrundstücken befassen. Nähere Informationen und die Möglichkeit, sich anzumelden, sind beim Veranstalter Management Circle oder über den nachfolgenden Link: <http://www.managementcircle.de/weiterbildung/10-65919web.pdf>

In unserer Mandanteninfo Mai 2010 hatten wir bereits darüber berichtet, dass mehrere unserer auf dem Gebiet

des Gesellschaftsrechts tätigen Partner zu Dozenten des unter dem Thema „Wirtschaftsrecht und Restrukturierung“ stehenden **Master-Studiengangs der Westfälischen Wilhelm-Universität Münster** berufen worden sind. In der Zeit vom 13. bis 15. Januar 2011 steht der Modulabschnitt „**Personengesellschaften und mittelbare Unternehmensbeteiligungen**“ auf dem Lehrplan. In diesem Modulabschnitt werden den Studierenden die strukturellen Unterschiede zwischen der Personen- und der Kapitalgesellschaft aufgezeigt. Ferner werden die Besonderheiten der einzelnen Gesellschaftsformen mit Blick auf die Entstehung und das Innenverhältnis (Organe, Geschäftsführung, Willensbildung, Kompetenzabgrenzung zwischen den Organen, Stellung der Gesellschafter zueinander), das Außenverhältnis (Vertretung der Gesellschaft, Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten), der Gesellschafterwechsel und die Beendigung der Gesellschaft (außer durch Insolvenz) erörtert, selbstverständlich unter Einbeziehung der steuerrechtlichen Vorschriften. Dozenten dieses Modulabschnitts sind **Dr. Martin Alberts, Dr. Andreas Eickhoff, Dr. Markus Haggene, Prof. Dr. Karlheinz Lenkaitis und Dr. Egon A. Peus**.

**Aktuelle Veröffentlichungen von AULINGER Rechtsanwälte:**

<b>Dr. Andreas Lotze</b>	„Vorbereitung, Durchführung und Nachbereitung einer Mock Dawn Raid“, FIW-Schriftenreihe, Heft 226 (2010)
--------------------------	--

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 / 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.	Büro Essen: "Villa Bredene" 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 Haggene Dr. Stefan Mager Dr. Melanie Verstege Sebastian Hauptmann Stephanie Feurstein
--	--	--	--	---

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