

Mandanteninformation

Oktober 2006

Inhalt

Gesetzgebung	Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und seine Konsequenzen für die Praxis	1
GmbH-Reform	Entwurf des Justizministeriums zur Modernisierung des GmbH-Rechts	6
Steuerrecht	Gewerbesteuer bei Vermietung eigenen Grundbesitzes	8
Erbschaft-/ Schenkungssteuerrecht	Nachträglicher Wegfall der Begünstigung für Betriebsvermögen	9
Energierecht	Die AVB-Novelle – Die neuen Netzanschluss- und Grundversorgungs- verordnungen im Strom- und Gasbereich	10
Gesellschaftsrecht / Öffentliches Wirtschaftsrecht	Gesamtrechtsnachfolge in die Haftung für Umweltschäden	12
Öffentliches Recht	Änderung der Bauordnung NRW	13
Vergaberecht	Haftung des GmbH-Geschäftsführers bei Rückforderung von Zuwendungen wegen Vergabeverstoßes	14

In eigener Sache

Im Zentrum dieser Mandanteninformation steht das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, das am 18.08.2006 nach sehr kontroverser Diskussion in Politik und Öffentlichkeit in Kraft getreten ist. Den ausführlichen Beitrag von Frau Hansen empfehlen wir Ihrer besonderen Aufmerksamkeit.

In unserer Mandanteninformation Nr. 4/2005 konnten wir Ihnen berichten, dass der JUVE-Verlag für juristische Information unsere Sozietät in dem Handbuch „Wirtschaftskanzleien — Rechtsanwälte für Unternehmen“ 2005/2006 als „Kanzlei des Jahres“ in der Region Ruhrgebiet/Westfalen ausgezeichnet hat. Der JUVE-Verlag zeichnet darüber hinaus jedes Jahr Kanzleien aus, die jeweils in spezifischen Bereichen besondere Leistungen erbringen. Wir freuen uns, dass wir in diesem Jahr eines von insgesamt fünf Anwaltsbüros sind, die für den JUVE-Award „Mittelständische Kanzlei des Jahres“ kandidieren. Wer schließlich diese Auszeichnung erhält, wird am 2. November bekannt gegeben. Die Nominierung allein ist aber schon Zeichen der Wertschätzung, die unsere Arbeit auch überregional genießt.

Gesetzgebung: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und seine Konsequenzen für die Praxis

Am 18. August 2006 ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in Kraft getreten.

Sowohl in der Wirtschaftspresse als auch in der juristischen Fachpresse wird vor erheblichen Auswirkungen dieses Gesetzes gewarnt. Auf den ersten Blick überrascht dies, denn die Benachteiligung von Mitarbeitern oder Geschäftspartnern aus unsachlichen Gründen allein aufgrund von Herkunft, Geschlecht oder anderen Attributen

dürfte sich für jeden kaufmännisch Handelnden schon seit jeher aus wirtschaftlichen Gründen verboten haben. Trotzdem ist jeder, der sich im Wirtschaftsverkehr bewegt, gehalten, sich über dieses Gesetz zu informieren und seine Entscheidungs- und Handlungsgrundlagen zu überprüfen. Viele potenzielle Benachteiligungen im Sinne des Gesetzes sind auf den ersten Blick nicht als solche zu erkennen. Wenn Teilzeitkräfte nicht am unternehmensüblichen Prämiensystem beteiligt sind,

wenn ein Fitnessstudio sein Marketing ausschließlich auf Jugendliche ausrichtet oder wenn in einer Stellenanzeige ein „zu 100% belastbarer Mitarbeiter“ gesucht wird, sind das nur scheinbar neutrale Gestaltungen, die aber direkt oder indirekt Frauen, ältere Menschen oder Behinderte benachteiligen können. Beweislastregeln und Pflichten zum Schutz auch vor Benachteiligungen durch Dritte schaffen weitere Anforderungen.

Im Nachfolgenden soll versucht werden, die wesentlichen Fragen, die sich aus diesem neuen Gesetz ergeben, zu beantworten.

Ich bin nicht Arbeitgeber – betrifft mich das Gesetz überhaupt?

Der Schwerpunkt des AGG liegt in dem Verbot der Benachteiligung Beschäftigter. Unter die Beschäftigten zählt § 6 AGG allerdings nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch arbeitnehmerähnliche Selbständige („**Scheinselbständige**“) und, soweit es den Zugang zur Erwerbstätigkeit und den beruflichen Aufstieg betrifft, auch Organmitglieder, insbesondere **Geschäftsführer und Vorstände, und sogar Selbständige**. Wie weit diese Einbeziehung Selbständiger gehen wird, ist schwer absehbar. Darunter sollen neben Beratern beispielsweise Subunternehmer und die Ausschreibung von Reinigungsarbeiten oder EDV-Dienstleistungen fallen. Selbst die **Beteiligung von Führungskräften als Gesellschafter** könnte vom Wortlaut des § 6 Abs. 3 AGG erfasst sein.

Das AGG greift darüber hinaus aber auch im Bereich der **Versorgung mit Gütern oder Dienstleistungen**, d. h. bei allen an die Allgemeinheit gerichteten Kauf-, Dienst- oder Werkverträgen, und trifft daher nicht nur Unternehmen, deren Angebot sich an Endverbraucher richtet, sondern sogar Privatpersonen, wenn sie beispielsweise Waren in einer Internetbörse anbieten. Betroffen sind auch **soziale Dienste, Gesundheitsdienstleistungen** und der **Bildungssektor**; ebenso **Mietverträge** und **Versicherungsleistungen**.

Verbot der Benachteiligung von Beschäftigten

Welches Verhalten ist gegenüber Beschäftigten verboten?

An das seit langem bestehende Verbot der geschlechtsbezogenen Diskriminierung gem. § 611 a BGB und der Benachteiligung von Schwerbehinderten gem. § 81 Abs. 2 Sozialgesetzbuch IX

im Arbeitsrecht hat sich die Praxis weitgehend gewöhnt; Rechtsstreitigkeiten darüber sind mittlerweile eher selten.

Das AGG erweitert den Schutzbereich einerseits auf neue verpönte Merkmale und andererseits auf weitergehende Schutzpflichten. Untersagt ist die **unmittelbare Benachteiligung**, d. h. das Anknüpfen von Nachteilen oder Vorteilen an eines der verbotenen Diskriminierungskriterien **ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexuelle Identität**. Sie kann ausnahmsweise gerechtfertigt sein, wenn der Anknüpfungspunkt eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. So wird ein männlicher Bewerber für den Verkauf von Damenwäsche u. U. ebenso ausgeschlossen werden dürfen wie der aufgrund eines Wirbelsäulenschadens Schwerbehinderte für schwere körperliche Arbeiten.

Schwerer zu erkennen und ebenfalls untersagt ist die **mittelbare Benachteiligung**. Sie liegt vor, wenn scheinbar neutrale Vorschriften (Vergütungsregelungen, Bewertungsgrundsätze, Arbeitsbedingungen, Kontrollsysteme etc.) Mitglieder einer der Vergleichsgruppen in besonderer Weise benachteiligen können, ohne zum Erreichen eines rechtmäßigen Zieles erforderlich und angemessen zu sein. Aus dem Verbot der mittelbaren geschlechtsbezogenen Benachteiligung in § 611 a BGB hat die Rechtsprechung das Verbot der Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten entwickelt, weil Teilzeitarbeit überdurchschnittlich viel von Frauen geleistet wird.

Mittelbare Benachteiligung liegt auch dann vor, wenn die Einstellung oder Beförderung von Mitarbeitern an Eigenschaften geknüpft wird, die überdurchschnittlich stark von jungen Menschen, Deutschen, nicht Behinderten etc. erfüllt werden. Belegt werden kann dies durch die Bildung von Vergleichsgruppen innerhalb des Betriebes. Wenn unter den AT-Mitarbeitern unterdurchschnittlich viele Frauen sind, kann das ein Indiz für eine Benachteiligung bei Beförderungen darstellen; ebenso ein statistisch geringer Anteil ausländischer Mitarbeiter in einer Abteilung, in der hohe Zuschläge gezahlt werden. Der sehr weite Anwendungsbereich wird dadurch eingeschränkt, dass ein sachlicher Grund für die Anknüpfung fehlen muss. Die Beweislast dafür trägt der Anspruchsteller.

Einen Unterfall der Benachteiligung stellt die so genannte **Belästigung** dar, d. h. eine Benachteiligung aufgrund eines der verbotenen Kriterien, die eine Verletzung der Würde der betroffenen Person bezweckt oder bewirkt **und** ein feindseliges

Umfeld schafft. Für den Sonderfall der sexuellen Belästigung genügt eine Entwürdigung, ohne dass ein feindseliges Umfeld nachzuweisen ist.

Was muss zur Vorbeugung und zum Schutz der Beschäftigten unternommen werden?

Der Arbeitgeber ist nicht nur verpflichtet, selbst Benachteiligungen und Belästigungen zu unterlassen, sondern muss insbesondere auch die „erforderlichen Maßnahmen zum Schutze vor Benachteiligungen“ sowohl durch Kollegen als auch durch Außenstehende, also Kunden oder andere Geschäftspartner, treffen. Dazu gehört die **Information** über Rechte und Ansprechpartner im Falle von Diskriminierung. „In geeigneter Art und Weise“ soll insbesondere im Rahmen der beruflichen Aus- und Fortbildung auf die Unzulässigkeit solcher Benachteiligungen hingewiesen werden. Solche **Schulungen** gelten als Erfüllung der Schutzpflicht. Wenn der Arbeitgeber in gehöriger Weise geschult und deutlich gemacht hat, dass er nicht gewillt ist, Diskriminierungen zu dulden, kann er sich im Falle von Rechtsverletzungen durch andere Arbeitnehmer entlasten.

Wenn Benachteiligungen oder Belästigungen erfolgen, ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem nachzugehen und **Schutzmaßnahmen zu ergreifen**, beispielsweise den Täter zu ermahnen, abzumahnern oder notfalls zu entlassen, oder den betroffenen Mitarbeiter in ein diskriminierungsfreies Umfeld umzusetzen. Bei **Beschwerden** von Arbeitnehmern haben diese Anspruch auf Prüfung und Bescheidung.

Denkbar und im Ausland häufig ist der Abschluss entsprechender Betriebsvereinbarungen oder **Antidiskriminierungsrichtlinien**, in denen Verhaltenspflichten, Verfahren bei Verstößen und Sanktionen geregelt werden können. Diese können, wenn sie auch befolgt werden, belegen, dass der Unternehmer seiner Schutzpflicht nachkommt. Da sie zu einer Selbstbindung führen und das Aufstellen und Befolgen dieser Richtlinien hohen Arbeitsaufwand mit sich bringen kann, ist allerdings im Einzelfall zu prüfen, ob und in welchem Umfang sie sinnvoll sind.

Welche Konsequenzen drohen bei Missachtung des AGG?

Ergreift der Arbeitgeber auf die Beschwerde eines benachteiligten oder belästigten Arbeitnehmers hin keine geeigneten Maßnahmen, kann der Mitarbeiter seine Arbeitsleistung verweigern. Praktisch relevanter wird jedoch voraussichtlich der

Anspruch auf **Ersatz von entstandenen Schäden** sein, beispielsweise bei unterlassener Beförderung oder diskriminierendem Ausschluss von Sonderleistungen.

Schließlich hat ein Mitarbeiter einen – nach herrschender Meinung verschuldensunabhängigen – Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens (**Schmerzensgeld**). Für die Höhe dieser Entschädigung sind vor allem die Art und Schwere der Benachteiligung und die Beweggründe für den Verstoß ausschlaggebend; sie soll ausweislich der Rechtsprechung des EuGH geeignet sein, eine abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber auszuüben. Bei einer Nichteinstellung ist die Entschädigung auf maximal 3 Monatsgehälter begrenzt, wenn der Beschäftigte die Stelle auch bei diskriminierungsfreier Auswahl nicht erhalten hätte. Der bestqualifizierte Bewerber dagegen kann ggf. deutlich höhere Ansprüche auf Entschädigung und Schadenersatz geltend machen. Ein Zwang zum Vertragsabschluss besteht dagegen nicht, Bewerber können sich also nicht in das Unternehmen „einklagen“.

Noch ungeklärt ist, wie bei benachteiligenden Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträgen zu verfahren ist, insbesondere ob der Arbeitgeber gegenüber dem Benachteiligten zu einer Anpassung nach oben verpflichtet sein kann. Dies könnte erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen haben, so dass **kollektive Vereinbarungen** kritisch geprüft und bei Bedarf angepasst werden sollten. Bei Sozialleistungen und Sozialplänen empfiehlt sich die Vereinbarung eines Dotierungsrahmens, da dieser die Pflicht zur Aufstockung unter Umständen verhindern kann, wie das Landesarbeitsgericht Hamburg in einem Urteil vom 30.06.2006 entschieden hat.

Ansprüche müssen innerhalb von zwei Monaten nach Kenntnis von der Benachteiligung schriftlich geltend gemacht werden und innerhalb von drei Monaten nach dieser Geltendmachung eingeklagt werden. Im Streitfalle **muss der Benachteiligte Indizien beweisen, die eine Benachteiligung vermuten lassen. Dem Arbeitgeber obliegt dann der Gegenbeweis**, dass eine Benachteiligung nicht vorlag, beispielsweise dass die Ungleichbehandlung gerechtfertigt war.

Was ist bei der Einstellung von neuen Mitarbeitern zu beachten?

Gem. § 11 AGG **darf ein Arbeitsplatz nicht diskriminierend ausgeschrieben werden**. Der Arbeitgeber haftet auch für das Verschulden beispielsweise der Arbeitsagentur, wenn diese die

Stellenausschreibung falsch weitergibt oder für das Verschulden von Zeitungen, die Annoncen falsch abdrucken.

Über das Gebot hinaus, geschlechtsneutral auszuschreiben, wird in Zukunft vor allem auf Eigenschaften geachtet werden müssen, die mit einem bestimmten Alter oder einer bestimmten körperlichen Konstitution zusammenhängen. Weder „junge“ noch „vollkommen gesunde“ Mitarbeiter sollten gesucht werden. Wer in der Gastronomie „glattes Haar“ oder „gute Deutschkenntnisse in Wort und Schrift“ fordert, setzt sich möglicherweise dem Verdacht aus, Farbige bzw. Nichtdeutsche zu benachteiligen. Gerade in diesem Bereich wird allerdings in der Presse auch oft überzogene Angst geschürt. Berufsbezogene Anforderungen können selbstverständlich gestellt werden; wo schriftliche Deutschkenntnisse oder körperliche Belastbarkeit gebraucht werden, können sie auch verlangt werden. Die Suche nach „dynamischen Verkäufern“ spricht ohne weitere Anhaltspunkte nicht für eine Diskriminierung älterer Bewerber. Auch Berufserfahrung wird nach der bisherigen EuGH-Rechtsprechung weiter verlangt werden dürfen.

Je weniger Anhaltspunkte abgelehnten Bewerbern gegeben werden, eine Benachteiligung zu vermuten, desto besser. Im Bewerbungsverfahren und in Personalfragebögen müssen daher Fragen vermieden werden, die im Zusammenhang mit den verbotenen Kriterien stehen und nicht aufgrund der Anforderungen der konkreten Stelle erforderlich sind. So hat die Rechtsprechung die Frage nach der Schwangerschaft als Frauen benachteiligend angesehen; ebenso indiziert die Frage nach Parteizugehörigkeit oder Religionszugehörigkeit eine Benachteiligung aufgrund dieser Kriterien. Auskünfte über die Gründe einer Ablehnung sind besonders sensibilisierten und geschulten Mitarbeitern zu überlassen. Sie können im Einzelfall sinnvoll sein, wenn sie dem Bewerber die Entscheidung verständlich machen, den Verdacht der Diskriminierung entkräften und dadurch Klagen vorbeugen.

Altersdiskriminierung

Einen der schwierigsten Bereiche des AGG wird das Verbot der Altersdiskriminierung darstellen, weil im Arbeitsverhältnis traditionell viele Regelungen (Vergütung, Sonderleistungen, Abfindungszahlungen etc.) an das Lebensalter anknüpfen.

Um den Anforderungen der Praxis nachzukommen, **ermöglicht § 10 AGG eine unterschiedli-**

che Behandlung wegen Alters, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist; unter anderem betrifft das das Ausscheiden wegen Erreichens der Altersgrenze oder Höchstalter für Einstellungen aufgrund der spezifischen Ausbildungsanforderungen. Tarifliche Unkündbarkeitsregeln bergen besondere, kaum lösbare Probleme, weil sie nach § 10 S. 3 Nr. 7 AGG nicht dazu führen dürfen, dass der Kündigungsschutz Anderer grob fehlerhaft gemindert wird.

Für die Sozialauswahl sieht § 10 S. 3 Nr. 6 AGG – insofern widersprüchlich, weil bei Kündigungen nur das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) gelten soll – vor, dass das Alter berücksichtigt werden darf, soweit die Besonderheiten des Einzelfalles und insbesondere die individuellen Chancen auf dem Arbeitsmarkt entscheiden. Punkteschemata müssten damit eigentlich unzulässig sein, wenn sie keinen Raum für die Berücksichtigung individueller Besonderheiten lassen. Wie die Rechtsprechung mit dieser vollkommen unpraktikablen Vorschrift umgehen wird, bleibt abzuwarten. Für den Arbeitgeber macht sie eine rechtssichere Sozialauswahl in vielen Fällen unmöglich.

Die Berücksichtigung des Lebensalters bei Sozialplanleistungen soll zulässig bleiben, wenn die wesentlich vom Alter abhängenden Chancen auf dem Arbeitsmarkt erkennbar berücksichtigt wurden oder wenn eine soziale Absicherung durch Altersrentenansprüche besteht. Die bisher übliche Praxis, Abfindungen mit so genannten Divisorformeln unter Berücksichtigung von Alter und Betriebszugehörigkeit zu berechnen, wird daher kritisch gesehen, weil sich bei geringfügigen Altersunterschieden keine wesentlich unterschiedlichen Chancen auf dem Arbeitsmarkt ergeben. Aufgrund der damit verbundenen Unsicherheiten sollte im Einzelfall geprüft werden, ob und wie das Alter bei Abfindungszahlungen noch Berücksichtigung finden soll.

Solange es keine praktische Erfahrung mit der Legitimation unterschiedlicher Behandlung nach § 10 AGG gibt, sollte vermehrt nicht mehr auf Lebensalter, sondern auf die Betriebszugehörigkeit oder Berufserfahrung auch außerhalb des Unternehmens abgestellt werden.

Hat das AGG Einfluss auf den Kündigungsschutz?

Laut § 2 Abs. 4 AGG gelten für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen des allgemeinen und besonderen Kündigungsschutzes. Dies widerspricht den europarechtlichen Vorgaben, nach

denen Arbeitnehmer auch in den ersten 6 Monaten des Beschäftigungsverhältnisses und Arbeitnehmer in Kleinbetrieben, die nicht dem Kündigungsschutzgesetz unterliegen, bei der Entlassung vor Diskriminierung geschützt werden müssen. Allerdings wird es wohl möglich sein, im Rahmen des bestehenden Schutzes vor unberechtigten Kündigungen die Diskriminierungsverbote angemessen zu berücksichtigen. Eine benachteiligende Kündigung kann nie sozial gerechtfertigt im Sinne von § 1 KSchG sein. Auch außerhalb des KSchG können Kündigungen wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben unwirksam sein; so hat das Bundesarbeitsgericht eine Probezeitkündigung aufgehoben, die wegen der homosexuellen Ausrichtung des Arbeitnehmers erfolgte. In diesem Rahmen werden künftig auch bei Arbeitnehmern, die nicht dem KSchG unterliegen, die Grundsätze des AGG berücksichtigt werden müssen.

Fazit: Wo besteht konkret Handlungsbedarf?

In welchem Umfang Handlungsbedarf besteht, hängt insbesondere von der Größe und den Möglichkeiten des Unternehmens ab, aber auch davon, wie nahe liegend aufgrund der Art und Ausrichtung des Unternehmens eine Geltendmachung von Benachteiligungen ist.

Auf die Notwendigkeit, das **Einstellungsverfahren neutral zu gestalten**, wurde bereits oben hingewiesen. Angesichts der Tatsache, dass insbesondere mittelbare Benachteiligungen nur schwer zu erkennen sind, empfiehlt es sich weiter, die **bestehenden personellen Systeme auf offene und versteckte Diskriminierung zu prüfen**.

Die **Informationspflichten** sind in § 12 Abs. 5 AGG näher ausgestaltet. Danach ist eine Bekanntmachung durch Aushang, Auslegung oder die üblichen Informations- und Kommunikationstechniken (Intranet) erforderlich über:

- das AGG selbst,
- § 61 b des Arbeitsgerichtsgesetzes (Verfahrensvorschriften über die Klage wegen Benachteiligung und eine 3-Monats-Frist für diese Klage),
- die für die Behandlung von Beschwerden nach § 13 AGG zuständige Stelle.

Dieser Informationspflicht sollte jeder Arbeitgeber im eigenen Interesse nachkommen. Anderenfalls ist nicht nur im Falle von Belästigungen der Be-

weis erschwert, dass alles zum Schutze Erforderliche getan wurde; vor allem steht zu erwarten, dass der Arbeitgeber sich schadenersatzpflichtig macht, wenn er das Gesetz nicht bekannt gemacht hat und daher seine Arbeitnehmer die Fristen nach § 15 AGG oder § 61 b des Arbeitsgerichtsgesetzes versäumt haben.

Zu beachten sind ferner **Organisationspflichten und –obliegenheiten**. Im Betrieb muss eine für die Behandlung von Beschwerden zuständige Stelle bestimmt werden. Wer dies sein muss, ist gesetzlich nicht bestimmt; neben der Personalabteilung kommen auch Vorgesetzte oder eine gesondert eingerichtete Stelle in Betracht. Zumindest in größeren Unternehmen empfiehlt es sich, Regeln für den Umgang mit Verdachtsmomenten oder Beschwerden zu schaffen, um nachzuweisen, dass den Pflichten nachgekommen wird. Jedes Unternehmen sollte sich Gedanken darüber machen, welche Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen erforderlich sind und ob Schulungen oder Informationen zumindest im Rahmen anderer Mitarbeiterveranstaltungen durchgeführt werden.

Im Interesse aller Beteiligten liegt eine zuverlässige **Dokumentation**. Zu Beweis Zwecken sollten die Teilnahme an Informationsveranstaltungen und Schulungen ebenso dokumentiert werden, wie Entscheidungsgrundlagen im Stellenbesetzungsverfahren oder bei Beförderungen und Vergütungserhöhungen. Unterlagen sind aufzubewahren, bis die Geltendmachungsfristen von zwei Monaten ab Kenntnis abgelaufen sind. Wenn der Zeitpunkt der Kenntnis nicht nachweisbar ist, weil eine formelle Zustellung nicht sinnvoll oder möglich ist, ist dieser Zeitraum angemessen zu verlängern.

Schutz vor Benachteiligungen außerhalb des Arbeitsrechts

Gibt es generell verbotene Handlungen?

Jedem ist eine **Benachteiligung wegen Rasse und ethnischer Herkunft untersagt**, soweit es um den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen geht, die der **Öffentlichkeit** zur Verfügung stehen. Nach der Gesetzesbegründung sind dies alle Güter oder Leistungen, die öffentlich beispielsweise durch Annoncen, im Internet oder auf Verkaufsständen angeboten werden, selbst wenn dies durch Privatpersonen geschieht. Dieses umfassende Verbot gilt auch hinsichtlich Bildung, Gesundheitsdiensten und sozialen Diensten.

Was bedeutet das AGG für Handel und Dienstleistungsgewerbe?

Bei so genannten **Massengeschäften**, also Geschäften, die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen typischerweise ohne Ansehen der Person abgeschlossen werden, sind **unmittelbare oder mittelbare Benachteiligungen oder Belästigungen wegen ethnischer Herkunft, Geschlecht, Religion, Behinderung, Alter oder sexueller Identität** untersagt.

Betroffen sind davon insbesondere **Hotel- und Gaststättengewerbe, Einzelhandel, Transportgewerbe, Freizeitindustrie, die Einrichtung von Girokonten** und sonstige **standardisierte Dienstleistungen**.

Umfasst vom Benachteiligungsverbot sind neben dem Vertragsabschluss und der Kündigung von Verträgen auch **Vertragsbedingungen**, beispielsweise die Preise, Erforderlichkeit des Stellens von Sicherheiten, Service etc. Kritische Branche ist hier vor allem die Freizeitindustrie, die sich auch aus Marketinggesichtspunkten oft an abgegrenzte Zielgruppen richtet und andere Gruppen auszuschließen sucht. Hier müssen im Einzelfall angemessene Lösungen gesucht werden.

Der mögliche Anwendungsbereich für mittelbare Diskriminierungen ist unübersehbar; sie können nach dem Gesetzeswortlaut schon vorliegen, wenn Angebote von Behinderten nicht wahrgenommen werden können, weil kein rollstuhlgerechter Zugang existiert, wenn ein Restaurant kein „koscheres“ Essen anbietet etc. Diesbezüglich kann nur eine weite Auslegung der sachlich rechtfertigenden Gründe helfen.

Eine Benachteiligung wegen Rasse oder Ethnie kann niemals gerechtfertigt werden; bei den übrigen Kriterien reichen dagegen sachliche Gründe aus, wenn die unterschiedliche Behandlung insbesondere zur Gefahrvermeidung erfolgt (z.B. Gesundheitsanforderungen in der Achterbahn), zum Schutz der Intimsphäre und persönlichen Sicherheit (Frauensauna oder Frauenparkplätze) oder zum Zwecke der Gewährung besonderer Vorteile, wenn ein Interesse an der Durchsetzung

der Gleichbehandlung fehlt (etwa Seniorenteller oder Preisermäßigungen für Kinder).

Benachteiligte können die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Der im ursprünglichen Gesetzesentwurf enthaltene Zwang zum Vertragsabschluss ist in der Endfassung gestrichen worden; gleichwohl wird vielfach vertreten, dass er sich bereits aus dieser Pflicht zur Beseitigung ergebe. Daneben kann Ersatz des entstandenen Schadens und Ersatz immaterieller Schäden verlangt werden. Eine Höchstgrenze definiert das Gesetz nicht.

Was gilt für mich als Vermieter?

Keine Anwendung findet das AGG auf Mietverhältnisse, wenn durch den Vertrag ein **besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis** begründet wird, insbesondere wenn die Parteien oder ihre Angehörigen Wohnraum auf demselben Grundstück nutzen. **Für alle anderen Vermieter gilt das Verbot der Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen ethnischer Herkunft** gem. § 19 Abs. 2 AGG.

Wenn ein Mietverhältnis Massengeschäft ist, gelten die vorstehend für Massengeschäfte genannten Bedingungen. Das ist der Fall, wenn keine individuelle Auswahl der Vertragspartner erfolgt. Nach § 19 Abs. 5 S. 3 AGG liegt in der Regel kein Massengeschäft vor, wenn der Vermieter insgesamt **nicht mehr als 50 Wohnungen** vermietet.

Anders als im sonstigen Zivilrecht ist eine unterschiedliche Behandlung aus Gründen der ethnischen Herkunft gestattet im Hinblick auf die **Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse**. Für kleine Vermieter wird diese Ausnahme jedoch selten in Betracht kommen, da der Vermieter ihre Voraussetzungen darlegen und beweisen muss und wohl kaum in der Lage sein wird, die erforderlichen Nachweise zu erbringen.

Inken Hansen

GmbH-Reform: Entwurf des Justizministeriums zur Modernisierung des GmbH-Rechts

Der große Erfolg der englischen *Limited* hat gezeigt: Seit aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs „Auslandsgesellschaften“ in allen Mitgliedstaaten uneingeschränkt an-

zuerkennen sind, gibt es einen Wettbewerb der nationalen Gesellschaftsrechte um die attraktivste Ausgestaltung der (Kapital-)Gesellschaft. Viele Mitgliedstaaten haben bereits ihre gesetzlichen

Regelungen vereinfacht oder arbeiten an Vereinfachungen. Der deutsche Gesetzgeber hatte im Juni 2005 einen Gesetzentwurf auf den Weg gebracht, mit dem das Mindeststammkapital der GmbH von 25.000,00 € auf 10.000,00 € abgesenkt werden sollte. Dieser Entwurf fiel dem vorzeitigen Ende der Legislaturperiode zum Opfer. Ein Jahr später, im Juni 2006, hat das Bundesjustizministerium den Referentenentwurf eines „Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen“ vorgelegt. Der Entwurf ist bisher förmlich nicht ins Gesetzgebungsverfahren eingebracht worden. Der Entwurf dürfte politisch aber eine gute Chance haben, verwirklicht zu werden. Deshalb lohnt sich ein Blick auf die wesentlichen Regelungsvorschläge.

Herabsetzung des Mindeststammkapitals. Das Mindeststammkapital, also der Betrag, den die Gesellschafter mindestens aufbringen müssen, um eine GmbH mit Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen zu errichten, wird von bisher 25.000,00 € auf 10.000,00 € herabgesetzt. Die Herabsetzung wirkt sich auch auf den Mindestbetrag aus, der bei der Gründung sofort einzuzahlen ist; dieser sinkt von bisher 12.500,00 € auf 5.000,00 €. Noch weitergehend sind die Erleichterungen bei der **Einmann-Gründung**. Der Alleingesellschafter einer GmbH, der nicht sogleich das gesamte Stammkapital einzahlt, muss jetzt für die Differenz Sicherheit leisten. Diese Pflicht entfällt künftig, so dass auch der Einmann-Gesellschafter in Zukunft auf seine Einlage nur 5.000,00 € sofort erbringen muss, um die Gesellschaft zu errichten.

Ob und in welcher Höhe ein Mindeststammkapital erforderlich ist, wird wohl nie für alle Gesellschaften objektiv feststellbar sein. Wie auch immer der Gesetzgeber diese Frage regelt — es handelt sich um einen Kompromiss. Allerdings birgt die Herabsetzung des Mindeststammkapitals auch eine Gefahr. Es wird nämlich künftig wieder diskutiert werden, ob die gesetzliche Haftungsbeschränkung auch solchen Gesellschaftern zugute kommen soll, die ihr Unternehmen nur mit dem gesetzlichen Mindeststammkapital ausstatten, obwohl absehbar weitaus höherer Kapitalbedarf besteht. In der Begründung des jetzt vorliegenden Entwurfs heißt es zwar, man wolle einer Unterkapitalisierungshaftung „nicht das Wort reden“. Gesetzeskraft hat dieser Satz freilich nicht.

Neuregelung im Recht der Gesellschafterdarlehen. Das Gesetz schützt das Vermögen der Gesellschaft vor dem Zugriff der Gesellschafter, soweit das Vermögen erforderlich ist, um das Stammkapital zu decken. Diesen Kapitalschutz hat die Rechtsprechung nach und nach auf Darle-

hen der Gesellschafter ausgeweitet. Kommt es zu einer „Krise“ der Gesellschaft, werden diese Darlehen nach bisherigem Recht wie Stammkapital der GmbH behandelt mit der Folge, dass die Rückzahlung an den Gesellschafter unzulässig ist. Diese Rechtsfigur des „eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens“ hat vielfältige Anwendungs- und Abgrenzungsprobleme aufgeworfen. Der Versuch des Gesetzgebers aus dem Jahr 1980, mit den §§ 32 a, b GmbH-Gesetz eine rechtssichere Regelung zu finden, ist gescheitert. Die Einzelheiten sind häufig nur noch vom Spezialisten nachzuvollziehen.

Der Entwurf versucht demgegenüber einen ganz neuen Weg zu gehen. Das **eigenkapitalersetzende Darlehen** als Rechtsfigur des GmbH-Rechts wird — man kann es nicht anders formulieren — abgeschafft. Künftig wird es nicht mehr darauf ankommen, ob ein Gesellschafter seiner GmbH in der Krise ein Darlehen gewährt oder ein zuvor gewährtes Darlehen in der Krise „stehengelassen“ hat. Nach dem Willen des Entwurfs wird auch die Diskussion um die „eigenkapitalersetzende Gebrauchsüberlassung“ zur Makulatur. Auch die immer wieder diskutierte Problematik um das Erfordernis und die richtige Formulierung eines Rangrücktritts soll sich künftig erübrigen.

Dies bedeutet freilich nicht, dass Gesellschafterdarlehen künftig risikolos abgezogen werden können. Einschränkungen werden sich künftig aus dem **Insolvenzrecht** ergeben. Die neuen Regelungen sehen folgendes vor: Gesellschafterdarlehen sind in der Insolvenz ohne Rücksicht darauf, unter welchen Umständen sie gewährt wurden, nachrangig. Wurde ein Gesellschafterdarlehen im letzten Jahr vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zurückerstattet, ist der Rückzahlungsbetrag zur Masse zurückzugewähren, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sich die GmbH bei der Darlehensrückzahlung schon in der Krise befand oder nicht. Entsprechendes gilt für Fälle von Rückzahlungen an dritte Darlehensgläubiger, z.B. Banken, wenn und soweit der Gesellschafter für die Forderungen des Dritten eine Sicherheit gestellt hatte. Eine vergleichbare Rückgewährpflicht wird es auch geben, wenn es — insbesondere mangels Masse — nicht zur Insolvenz der GmbH kommt.

Vereinfacht gesagt soll also künftig der Gesellschafter das Risiko stets für die Laufzeit des Darlehens und für ein weiteres Jahr nach Rückzahlung tragen, und zwar ohne Rücksicht darauf, wann Insolvenzreife eingetreten ist. Diese Regelung gilt dann künftig aber nicht nur für GmbHs, sondern auch für alle anderen Gesellschaften, bei denen keine natürliche Person als voll haftender

Gesellschafter vorhanden ist. Das sind außer GmbH & Co. KGs sowie Aktiengesellschaften insbesondere auch die im Inland als rechtsfähig anzuerkennenden Auslandsgesellschaften, beispielsweise die Limited.

Wie bisher privilegiert bleiben Darlehen gering beteiligter Gesellschafter (10 % oder weniger) und Darlehen zum Zwecke der Sanierung. Und gleichzeitig mit der Neuregelung der Gesellschafterdarlehen soll durch eine Einschränkung der Kapitalchutzregeln das in letzter Zeit problematische Cash Pooling wieder erleichtert werden. Was aus dieser Regelung im Gesetzgebungsverfahren wird, wird man mit besonderem Interesse beobachten können.

Verschärfungen für Gesellschaften in der Krise. Durch ein ganzes Bündel von Maßnahmen will der Gesetzgeber Geschäftsführer und Gesellschafter von Gesellschaften, die in die Krise geraten sind, stärker zur Verantwortung ziehen. Zunächst wird das Verbot an Geschäftsführer, unter bestimmten Umständen Zahlungen an Gesellschafter zu leisten, vorverlegt. Schon jetzt ist es dem Geschäftsführer bei Meidung eigener Haftung untersagt, Zahlungen zu Lasten des gebundenen Stammkapitals an Gesellschafter zu leisten. Künftig sind **Zahlungen** an den Geschäftsführer auch **verboten**, wenn durch Zahlungen an Gesellschafter die **Zahlungsunfähigkeit** der Gesellschaft **herbeigeführt** wird. Auch für solche Zahlungen haftet der Geschäftsführer. Offen ist dabei, ob und in welchem Umfang Zahlungen gleichwohl zulässig sind, wenn diesen entsprechende Gegenleistungen gegenüberstehen. Hier besteht sicherlich noch erheblicher Diskussionsbedarf.

Weitere Bestimmungen des Entwurfs richten sich an „führungslose“ Gesellschaften. Adressaten des

Entwurfs sind insbesondere „**Bestattungsfälle**“, also diejenigen Gesellschaften, die plötzlich keinen Geschäftsführer mehr haben und auch sonst unauffindbar sind. Diesen Situationen will der Entwurf zunächst dadurch entgegenwirken, dass alle Kaufleute künftig eine „inländische Geschäftsanzeige“ in das Handelsregister eintragen lassen müssen. Ist dort niemand erreichbar, können künftig alle förmlichen Schriftstücke ohne weiteres öffentlich zugestellt werden. Diese Regelung gilt — ähnlich wie die Neuregelung der Gesellschafterdarlehen — für alle Gesellschaften, auch für Auslandsgesellschaften. GmbH-spezifisch ist demgegenüber, dass die Insolvenzantragspflicht künftig jeden Gesellschafter treffen soll, wenn die Gesellschaft keinen Geschäftsführer mehr hat, also „führungslos“ ist. Für die Verletzung der Insolvenzantragspflicht soll künftig konsequent auch jeder Gesellschafter haften, es sei denn, er kann nachweisen, dass er von der Insolvenzsituation und der Führungslosigkeit der Gesellschaft keine Kenntnis hatte.

Wann und mit welchem endgültigen Inhalt der Entwurf Gesetz wird, ist bisher nicht abzusehen. Die Entwurfsverfasser rechnen mit einem Inkrafttreten zum 1. Oktober 2007. Immerhin scheint aber schon jetzt klar zu sein, in welche Richtung die Reise gehen wird: Es wird nicht wie in anderen Staaten eine völlig neue Rechtsform oder eine eigenständige „abgespeckte“ GmbH geben. Die meisten Gesichtszüge der jetzigen GmbH werden auch nach der Rechtsform noch gut erkennbar sein. Es sind punktuelle Eingriffe, mit denen der Gesetzgeber auf den von ihm diagnostizierten Regelungsbedarf reagiert. Das muss nicht unbedingt der schlechteste Weg sein.

Dr. Andreas Eickhoff

Steuerrecht: Gewerbesteuer bei Vermietung eigenen Grundbesitzes

Nach § 9 Nr. 1 Satz 2 Gewerbesteuergesetz (GewStG) können Unternehmen, die ausschließlich eigenen **Grundbesitz** oder daneben nur noch eigenes **Kapitalvermögen verwalten** oder Wohnungsbauten betreuen oder Wohnungseigentum errichten und veräußern, auf Antrag den Gewerbeertrag um den Teil des Gewerbeertrags **kürzen**, der auf die Verwaltung und Nutzung des eigenen Grundbesitzes entfällt. Zweck dieser Kürzungsvorschrift ist es, die Belastung solcher Kapitalgesellschaften (einschließlich der sog. gewerblich geprägten GmbH & Co. KG's) mit Gewerbesteuer der Belastung von Einzelunternehmen

oder Personengesellschaften anzunähern, die sich nur mit der Vermögensverwaltung befassen und damit **nicht der Gewerbesteuer unterliegen**.

Unterschiedlich beurteilt wurde bisher die Frage, ob eine „ausschließliche“ Verwaltung eigenen Grundbesitzes auch dann noch vorliegt, wenn mit dem Grundbesitz in untergeordnetem und unwesentlichem Umfang auch Betriebsvorrichtungen mit vermietet werden. Noch in einer Entscheidung vom 18.04.2000 hatte der Bundesfinanzhof (BFH) der Auffassung zugeneigt, dass die Kürzung des

Gewerbeertrags auch dann zu gewähren sei, wenn der Ertrag aus den im Streitfall mitvermieteten Betriebsvorrichtungen in ihrem wirtschaftlichen Gewicht vernachlässigbar sei. In früheren Entscheidungen war sogar eine Unschädlichkeitsgrenze von bis zu 20 % der gesamten Anschaffungs- oder Herstellungskosten der Immobilie genannt worden.

Diese Auffassung hat der BFH in einer Entscheidung vom 17.05.2006 aufgegeben. Er hat keinen Zweifel daran gelassen, dass neben der reinen Grundstücksverwaltung und den im Gesetz genannten unschädlichen Tätigkeiten (Verwaltung eigenen Kapitalvermögens, Betreuung von Wohnungsbauten, Errichtung und Veräußerung von Wohnungseigentum) **jede weitere Tätigkeit** – auch in äußerst geringem Umfang – zu einer **Versagung der Kürzung des Gewerbeertrages** führt. In dem entschiedenen Fall betrug die Miete für das vermietete Grundstück mit aufstehender Lackierhalle 27.000,00 DM monatlich, die Miete für die in der Lackierhalle befindlichen Betriebsvorrichtungen und Werkzeuge (Lackier- und Staubabsauganlage, Hebebühne etc.) nur 565,00 DM monatlich. Der BFH hat die Gewerbeertragskürzung mit der Begründung versagt, dass der eindeutige Wortlaut des Gesetzes („**ausschließlich** eigenen Grundbesitz“) keinen Auslegungsspielraum biete und jede Mitvermietung von nicht fest mit dem Grundstück verbundenen Betriebsvorrichtungen die Kürzung ausschließe. Der Begünstigungstatbestand sei vom Gesetzgeber auf grundstücksverwaltung beschränkt. Unschädlich seien nur die im Gesetz ausdrücklich genannten Betätigungen sowie Nebentätigkeiten, die der Verwaltung und Nutzung des eigenen Grundbesit-

zes im engeren Sinne dienen und „*als zwingend notwendiger Teil einer wirtschaftlich sinnvoll gestalteten eigenen Grundstücksverwaltung und Grundstücksnutzung angesehen werden*“ könnten. In früheren Entscheidungen sind hierzu die Mitvermietung und der Betrieb von notwendigen Sondereinrichtungen, z. B. Licht-, Heizungs- und Wasserversorgungsanlagen sowie von Aufzügen genannt worden, weil diese für die Nutzung des vermieteten Grundbesitzes unentbehrlich sind.

Nach der neuen Entscheidung des BFH wird in gestalterischer Hinsicht darauf zu achten sein, dass keine schädlichen Nebentätigkeiten ausgeübt, insbesondere keine beweglichen Gegenstände oder Betriebsvorrichtungen mit verpachtet werden, wenn die gewerbsteuerliche Begünstigung geltend gemacht werden soll.

Anzumerken bleibt, dass die Begünstigungsvorschrift in jedem Fall dann nicht eingreift, wenn die vermietete oder verpachtete Immobilie dem Gewerbebetrieb eines Gesellschafters dient. Danach kommt z. B. in **Betriebsaufspaltungsfällen** eine **Kürzung des Gewerbeertrages** der Besitzgesellschaft **nicht in Betracht**, wenn es sich dabei um ein **Einzelunternehmen** oder eine **Personengesellschaft** handelt und die Betriebsgesellschaft eine gewerbliche Tätigkeit ausübt. Ist die Besitzgesellschaft dagegen eine Kapitalgesellschaft, ist der Gewerbebetrieb der Betriebsgesellschaft für die gewerbsteuerliche Begünstigung der Besitzgesellschaft unschädlich.

Reinhard Knälmann

Erbschaft-/Schenkungsteuerrecht: Nachträglicher Wegfall der Begünstigung für Betriebsvermögen

Nach dem derzeit noch geltenden § 13 a Erbschaftsteuergesetz (ErbStG) ist der Erwerb von Betriebsvermögen schenkung- und erbschaftsteuerlich **begünstigt**. **Anteile an Kapitalgesellschaften** gehören zum Betriebsvermögen, wenn der Schenker oder Erblasser daran zum maßgebenden Zeitpunkt mit mehr als 25 % beteiligt ist. Der einmalige zusätzliche Freibetrag von 225.000,00 € sowie der Abschlag von 35 % auf den erbschaftsteuerlich maßgebenden Wert **fallen jedoch rückwirkend weg**, wenn der Erwerber **innerhalb von fünf Jahren** nach dem Erwerb das erworbene Betriebsvermögen oder einen Anteil daran oder wesentliche Betriebsgrundlagen **veräußert** oder den Betrieb aufgibt. Gleiches gilt für die Veräußerung von erworbenen Anteilen an

Kapitalgesellschaften, und zwar auch für den Fall, dass das Vermögen der Kapitalgesellschaft selbst auf eine Personengesellschaft, eine natürliche Person oder eine andere Körperschaft übertragen wird.

Ein Teil der steuerrechtlichen Literatur möchte den rückwirkenden Wegfall der schenkung-/erbschaftsteuerlichen Begünstigungsvorschriften beim Erwerb von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft auf die Fälle beschränken, in denen das Vermögen der Kapitalgesellschaft ganz oder teilweise mittelbar oder unmittelbar an die Gesellschafter **verteilt** wird. Danach soll z. B. die Verschmelzung der Kapitalgesellschaft, deren Anteile unentgeltlich übertragen wurden, auf eine andere

Gesellschaft innerhalb der 5-Jahresfrist nur dann schädlich sein, wenn und soweit die Gesellschafter gegen Abfindung aus der übertragenden Kapitalgesellschaft ausscheiden.

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat dieser Auffassung in einer Entscheidung vom 10.05.2006 eine Absage erteilt. In dem entschiedenen Fall war die GmbH, deren Geschäftsanteile der Vater seinem Sohn im Wege der vorweggenommenen Erbfolge geschenkt hatte, zwei Jahre nach der Übertragung **auf eine Personengesellschaft verschmolzen** worden. Der BFH hat entschieden, dass damit die Steuervergünstigungen des § 13 a Abs. 1 und 2 ErbStG mit Wirkung für die Vergangenheit **weggefallen** seien. Voraussetzung für den Wegfall der Begünstigung sei nicht, dass das Vermögen der Kapitalgesellschaft an die Gesellschafter verteilt werde. Die Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf eine andere Gesellschaft, gleichgültig auf welchem Wege, reiche nach dem Wortlaut des Gesetzes aus, um die erbschaftsteuerliche Begünstigung wegfallen zu lassen.

Ausdrücklich bestätigt hat der BFH jedoch, dass bei der steuerbegünstigten Übertragung von Per-

sonengesellschaftsanteilen die **Verschmelzung** dieser Personengesellschaft **auf eine Kapitalgesellschaft unschädlich** sei, weil es sich dabei um eine Sacheinlage aus dem Betriebsvermögen in eine Kapitalgesellschaft handele, die erst dann zu einer Nachversteuerung führe, wenn die Anteile an der Kapitalgesellschaft veräußert würden. Die **unterschiedliche Behandlung** der Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft auf eine Personengesellschaft einerseits und einer Personengesellschaft auf eine Kapitalgesellschaft andererseits hat der BFH für **verfassungsrechtlich unbedenklich** gehalten, da es sich um unterschiedliche Sachverhalte handele, die auch unterschiedlich behandelt werden dürften.

Der entschiedene Fall zeigt, dass nach der steuerbegünstigten Übertragung von Betriebsvermögen oder Kapitalgesellschaftsanteilen bei jeder Umstrukturierungsmaßnahme innerhalb der 5-Jahresfrist sorgfältig zu prüfen ist, ob dadurch der nachträgliche Wegfall der gewährten erbschaftsteuerlichen Vergünstigungen droht.

Reinhard Knälmann

Energierrecht: Die AVB-Novelle — Die neuen Netzanschluss- und Grundversorgungsverordnungen im Strom- und Gasbereich

Kernstück des neuen Energiewirtschaftsgesetzes vom 07.07.2005 (EnWG) ist die **Trennung** von **Netzbetrieb** und **Strombelieferung**. Als Konsequenz dieser Trennung werden die Fragen des Netzanschlusses und der Versorgung nunmehr ihrerseits getrennt und abschließend in §§ 17 ff. EnWG bzw. §§ 36 ff. EnWG geregelt. Der Grundsatz der Entflechtung erfordert es, die Regelungen für den Netzanschluss von den Regelungen der Energieversorgung zu separieren, die aktuell für Strom und Gas jeweils einheitlich in der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden (AVBEltV) und der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden (AVBGasV) geregelt sind.

Aus diesem Grund werden die AVBEltV und die AVBGasV auf Grundlage der Verordnungsermächtigungen in § 18 Abs. 3 EnWG und § 39 Abs. 2 EnWG in jeweils zwei Rechtsverordnungen, die Niederspannungsanschluss- (NAV) und die Niederdruckanschlussverordnung (NDAV) sowie die Stromgrundversorgungs- (StromGKV) und die Gasgrundversorgungsverordnung (GasGKV) auf-

gegliedert (im Folgenden als NAV bzw. GKV bezeichnet). Dabei werden die bisherigen Regelungen teilweise übernommen und lediglich formal an den neuen Rechtsrahmen angepasst; teilweise werden sie aber auch grundlegend geändert, um die Rechtsstellung der Haushaltskunden bzw. der Letztverbraucher zu verbessern.

Dem Bundesrat wurden im Mai 2006 entsprechende Verordnungsentwürfe zur Zustimmung übermittelt. Der federführende Wirtschaftsausschuss empfahl in seiner Sitzung vom 07.09.2006 dem Bundesrat, den Verordnungen nach Maßgabe bestimmter Änderungen zuzustimmen. Mit wiederum einigen Modifikationen erfolgte die Zustimmung des Bundesrates in der Plenarsitzung am 22.09.2006. Die Verordnungen können damit nach deren Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt voraussichtlich **im Oktober 2006 in Kraft treten**.

Die Allgemeinen Bedingungen werden wie bisher kraft Gesetzes Inhalt des Versorgungsvertrages – bzw. im Falle der Ersatzversorgung Inhalt dieses gesetzlichen Schuldverhältnisses – sowie Inhalt

des Netzanschluss- und des Anschlussnutzungsverhältnisses. Für andere Allgemeine Geschäftsbedingungen wird kein Platz sein, soweit nicht in den Verordnungen ausdrücklich etwas anderes vorgesehen ist. Die Verordnungen enthalten eine Vielzahl zentraler **Neuerungen**, von denen **die wichtigsten** hier kurz vorgestellt werden sollen.

Der Grundversorger ist verpflichtet, sofern der Versorgungsvertrag in Textform abgeschlossen wird, jedem Neukunden **rechtzeitig vor Vertragsschluss** die Allgemeinen Bedingungen auszuhändigen (§ 2 Abs. 4 GVV). **Änderungen** der allgemeinen Preise und der ergänzenden Bedingungen können jeweils nur **zum Monatsbeginn** erfolgen, wobei für die Wirksamkeit im Rahmen der NAV eine öffentliche Bekanntgabe der Änderungen sowie deren Veröffentlichung auf der Internetseite ausreichend ist (§ 4 Abs. 3 NAV). Änderungen der **Technischen Anschlussbedingungen** werden erst nach zusätzlicher Mitteilung an die Regulierungsbehörde wirksam.

Im Rahmen der GVV muss die öffentliche Bekanntgabe **sechs Wochen** vor der beabsichtigten Änderung erfolgen, damit Letztere wirksam wird. Zeitgleich mit der öffentlichen Bekanntgabe sind die Änderungen dem Kunden zudem **brieflich mitzuteilen und** auf der Internetseite zu veröffentlichen (§ 5 Abs. 2 GVV). Während der Übergangszeit der Fortgeltung der Bundestarifordnung Elektrizität (BTOElt), die am 01.07.2007 außer Kraft treten soll, werden **Änderungen von Stromtarifen** allerdings am Tage nach der öffentlichen Bekanntgabe wirksam, sofern diese nach § 12 BTOElt genehmigt wurden (§ 23 Abs. 2 GVV). Falls der Kunde (Preis-)Änderungen zum Anlass nimmt, den Vertrag zu kündigen und den Anbieter zu wechseln, ist er von den Änderungen für die Restvertragslaufzeit ausgenommen (§ 5 Abs. 3 GVV).

Das **Zutrittsverlangen** u. a. zur **Ablesung** ist dem Kunden wenigstens **eine Woche** vor dem Betretungstermin mitzuteilen und dabei ein Ersatztermin anzubieten (§ 9 GVV/§ 21 NAV). Auf der Rechnung sind nun auch auf im Abrechnungszeitraum eingetretene Änderungen der Allgemeinen Preise und Bedingungen hinzuweisen (§ 16 Abs. 2 GVV). Dem Kunden müssen ferner mindestens **zwei Zahlungsweisen** angeboten werden (§ 16 Abs. 3 GVV).

Wie bisher kann die Zahlung eines Rechnungsbetrages verweigert werden, wenn die **ernsthafte Möglichkeit eines offensichtlichen Fehlers** besteht (§ 17 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GVV/§ 23 Abs. 1 Satz 2 NAV). Ein Zahlungsverweigerungsrecht besteht neuerdings auch, wenn sich der **Ver-**

brauch ohne ersichtlichen Grund mehr als verdoppelt und der Kunde eine Nachprüfung der Messeinrichtung verlangt (§ 17 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GVV/§ 23 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 NAV). Neu ist ferner, dass die Berufung auf die Unbilligkeit einer Rechnung kein Einwand im Sinne des § 17 Abs. 1 Satz 2 GVV/§ 23 Abs. 1 Satz 2 NAV ist. Der **Einwand der Unbilligkeit nach § 315 BGB** bleibt danach von § 17 GVV/§ 23 NAV unberührt und kann uneingeschränkt geltend gemacht werden (§17 Abs. 1 Satz 3 GVV/§ 23 Abs. 1 Satz 3 NAV). Soweit sich der Kunde auf die Unbilligkeit nach § 315 BGB beruft, muss dann auch eine in der Höhe begrenzte Einzugsermächtigung akzeptiert werden.

Die **Unterbrechung** der Grundversorgung/Anschlussnutzung bei **Nichterfüllung einer Zahlungsverpflichtung** trotz Mahnung muss künftig **vier Wochen** (bisher zwei Wochen) vorher angekündigt werden (§ 19 Abs. 2 GVV/§ 24 Abs. 2 NAV). Der Beginn der Unterbrechung ist dem Kunden zudem **drei Werktage im Voraus** anzukündigen, um einen möglichen Schaden durch die Versorgungseinstellung auszuschließen (§ 19 Abs. 2a GVV/§ 24 Abs. 2a NAV).

Streitigkeiten über die Höhe und **Angemessenheit von Preisen**, insbesondere im Zusammenhang von Erhöhungen, rechtfertigen im Rahmen der Grundversorgung keine Versorgungsunterbrechungen. Das Recht zur Unterbrechung der Grundversorgung ist vielmehr auf den Bereich der unstrittigen bzw. rechtskräftig festgestellten rückständigen Zahlungsverpflichtungen von **mindestens 100 €** beschränkt (§ 19 Abs. 2 GVV). Aufgrund der Trennung von Netzbetrieb und Vertrieb wird klargestellt, dass der Grundversorger den zuständigen **Netzbetreiber mit der Sperrung beauftragen** muss (§ 19 Abs. 1 und 2 GVV). Eine Sperrandrohung zugleich mit der Mahnung ist nur zulässig, sofern dies nicht außer Verhältnis zur Schwere der Zuwiderhandlung steht (§ 19 Abs. 2 Satz 3 GVV).

Baukostenzuschüsse (BKZ) werden nunmehr auf örtliche **Niederspannungsnetze** inklusive Transformatorstationen sowie auf höchstens **50% der Kosten** (bisher 70%) begrenzt (§ 11 NAV). Das Mittelspannungsnetz wird von der Regelung nicht mehr erfasst. Im Strom dürfen BKZ zudem nur für den Teil der Leistungsanforderung erhoben werden, der **30 KW** übersteigt (§ 11 Abs. 3 NAV). Für typische Einfamilienhäuser fällt damit kein Baukostenzuschuss mehr an. Im Gasbereich wurde auf eine entsprechende Sockellösung verzichtet und der Substitutionswettbewerb mit anderen Energieträgern (Fernwärme, Heizöl) berücksichtigt. Die Baukostenzuschüsse können zudem

neuerdings **pauschaliert** auf Grundlage durchschnittlich vergleichbarer Fälle **berechnet** werden.

Der **Netzbetreiber haftet** künftig bei durch netzbedingte Unterbrechungen und Unregelmäßigkeiten entstandenen Personen-, Sach- und Vermögensschäden nicht nur für eigenes, sondern auch für Verschulden seiner Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen. Für **Personenschäden** haftet der Netzbetreiber wie bisher unbegrenzt und unbeschränkt. Für **Sachschäden** haftet er zukünftig neben Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit auch für einfache (leichte) Fahrlässigkeit. Im letzteren Fall ist die Haftung auf 5.000,00 € je Einzelfall beschränkt. Die bislang geltende individuelle Haftungsbeschränkung von 2.500,00 € je Schadensfall für grob fahrlässig verursachte Schäden entfällt. Zudem haben sich die am jeweiligen Schadensereignis orientierten globalen Haftungshöchstgrenzen zum Teil vervierfacht. Diese betragen nun je nach Zahl der an das jeweilige Netz angeschlossenen Anschlussnutzer zwischen 10 Mio. € und 40 Mio. €. Für **kleinere Netzbetreiber**, an deren Netz nur bis zu 25.000 Anschlussnutzer angeschlossen sind, wurde allerdings eine **niedrigere globale Haftungsgrenze** von 2,5 Mio. € eingeführt.

Für **Vermögensschäden** haftet der Netzbetreiber wie bisher für Vorsatz sowie nun auch für grobe Fahrlässigkeit. Im letzteren Fall ist die Haftung auf max. 5.000,00 € gegenüber dem einzelnen Anschlussnehmer beschränkt. Die Haftung bei Vermögensschäden ist ferner global auf 20 % der jeweiligen Höchstbeträge für Sachschäden begrenzt. Die neuen Haftungsregelungen, die eine **Anpassung der Deckungssummen** in den Versicherungsverträgen erfordern werden, sollen zu einer Besserstellung der Geschädigten führen und dem Netzbetreiber einen wirtschaftlichen Anreiz geben, grobe Fahrlässigkeit zu vermeiden. Der Netzbetreiber muss zudem in Vermögens- und Sachschadensfällen darlegen, dass ihn kein

haftungsbegründendes Verschulden am verursachten Schaden trifft.

Der Grundversorgungsvertrag kann vom Kunden mit einer **Frist von einem Monat** zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden. Die besondere Kündigungsfrist von einem Jahr bei Erstverträgen entfällt. Eine Kündigung durch den Grundversorger ist nur möglich, wenn die Belieferung wirtschaftlich unzumutbar wäre (§ 20 GVV). Das Netzanschlussverhältnis kann durch den Netzbetreiber mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende nur dann gekündigt werden, sofern die Pflicht zum Netzanschluss nach § 18 Abs. 1 Satz 2 EnWG nicht mehr besteht (§ 25 NAV). Das Anschlussnutzungsverhältnis wird im Regelfall mit der Einstellung der Nutzung des Netzanschlusses beendet. Darüber hinaus endet es automatisch mit Kündigung des Netzanschlussverhältnisses (§ 26 NAV).

Die Verordnungen gelten mit ihrem Inkrafttreten für alle zu diesem Zeitpunkt bestehenden und ab dem 13.07.2005 abgeschlossenen Grundversorgungsverträge mit Haushaltskunden (§ 23 Abs. 1 GVV) bzw. die zu diesem Zeitpunkt abgeschlossenen Netzanschlussverhältnisse sowie im Übrigen für alle bestehenden Anschlussnutzungsverhältnisse (§ 29 Abs. 1 NAV). Vor dem 13.07.2005 geschlossene und fortbestehende Tarifkundenverträge mit Haushaltskunden sind spätestens sechs Monate nach Inkrafttreten der GVV an diese anzupassen; ungeachtet dessen kann bereits vor Ablauf dieser Frist durch entsprechende öffentliche Bekanntgabe eine Anpassung vorgenommen werden. Vor dem 13.07.2005 abgeschlossene Netzanschlussverhältnisse können vom Netzbetreiber durch öffentliche Bekanntgabe gegenüber allen betreffenden Anschlussnehmern an die NAV angepasst werden.

Dr. Christian Stenneken / Dr. Hans-Christoph Thomale

Gesellschaftsrecht/Öffentliches Wirtschaftsrecht: Gesamtrechtsnachfolge in die Haftung für Umweltschäden

Die **Haftung für Boden- und Gewässerverunreinigungen geht** auch bei gesellschaftsrechtlichen Unternehmensumstrukturierungen **im Wege der Gesamtrechtsnachfolge über**. Das gilt auch für Risiken aus der Zeit vor 1999 und damit vor dem Inkrafttreten des Bundesbodenschutzgesetzes. Dies hat das Bundesverwaltungsgericht

(BVerwG) in einem Urteil vom 16.03.2006 entschieden.

Ein Unternehmen in der heute gar nicht mehr existierenden Rechtsform einer bergrechtlichen Gewerkschaft hatte ab 1927 im heutigen Baden-Württemberg Kali abgebaut und Abraum auf einer

Halde abgelagert. Aus dieser Halde drangen boden- und gewässerschädliche Salze in den Boden und in Richtung Grundwasser. Die im Fall erörterte Schädigung war über 60 Jahre nicht erkannt worden. In diesen 60 Jahren hatte gesellschaftsrechtlich der Träger des Unternehmens mehrfach gewechselt, durch Verschmelzungen und Umwandlungen. Gesellschaftsrechtlich trat jeweils Gesamtrechtsnachfolge ein. Diese hat, so das Ergebnis des BVerwG, auch die Einstandspflicht für die Beseitigung von Schäden (Sanierung) aus der vor Jahrzehnten betriebenen Haldenablagerung umfasst. Die nunmehr, mehr als 70 Jahre nach Beginn des Abbaubetriebs in Anspruch genommene Gesellschaft muss nach Auffassung des BVerwG – mit Kostenaufwand – die Sanierung durchführen.

Obwohl noch kein konkreter Verwaltungsakt gegen irgendeine der Vorgängergesellschaften zur Sanierung ergangen war, haftet doch jemand – insbesondere eine Handelsgesellschaft – für die Beseitigung von Schäden allein deswegen, weil er sie **verursacht** hat (**Handlungsstörschaft**). Weder Zeitdauer noch die gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen hindern dies. Verschulden wird nicht vorausgesetzt; es gibt eine gewisse Einschränkung im Hinblick auf die Unmittelbarkeit, die sich aber im Streitfall angesichts der von der Rechtsvorgängerin selbst durchgeführten Haldenablagerung nicht verneinen ließ.

Es muss daher damit gerechnet werden, dass eine einmal eingetretene **Handlungsstörschaft** sich auch bei gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen mit Gesamtrechtsnachfolge weiter **fortpflanzt**. Dies muss auch für die Vergangenheit berücksichtigt werden, etwa bei **Erwerb** von **Gesellschaftsanteilen** oder **Unternehmensübernahmen**. Solange rückwärts sich eine Kette zu Vorgängergesellschaften, auch eingebrachten und aufgeschmolzenen Vorgängergesellschaften, zurückverfolgen lässt und irgend eine dieser Gesellschaften boden- oder gewässerschädliche Verunreinigungen verursacht hat, kann auch die heute vorhandene Gesellschaft davon „infiziert“ sein. Insbesondere ist zu beachten:

Bei der **Bewertung** von Anteilen, auch bei Anteils- oder Unternehmenskauf, sind potentielle umweltrelevante Schadensverursachungen auch bei Vorgängergesellschaften, für die bei Umstrukturierungen Rechtsnachfolge auf die jetzt existente Gesellschaft eingetreten ist, zu berücksichtigen.

Ohne Rücksicht auf solche möglichen Haftungsgefahren sollten **Umstrukturierungen** mit Rechtsnachfolge nicht geplant werden, insbesondere nicht etwa einseitig aus steuerrechtlichen Gründen. Es kann vielmehr sinnvoll sein, eine Gesellschaft, der eine solche Handlungsstörschaft zuzuordnen ist, unternehmerisch „**einzukapseln**“ und zu gegebener Zeit aufzulösen, anstatt sie mit den oben beschriebenen Folgen in einen anderen Rechtsträger aufzunehmen. Faustregel: „Für neue unternehmerische Aktivitäten eine neue Gesellschaft, die keine Altlastenrisiken aus früherem unternehmerischen Tun haben kann.“

Allerdings enthält die Entscheidung des BVerwG eine Aussage, die in ganz anderen Zusammenhängen sich günstig auswirken kann. Das BVerwG vertritt die Auffassung, bei Gesamtrechtsnachfolge seien Rechtsverhältnisse zu Unternehmen grundsätzlich übergangsfähig. Wenn sich dies auch auf öffentlich-rechtliche **Genehmigungen** zugunsten von Unternehmen bezieht und sich diese Auffassung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung durchsetzt, so kann dies eine **Erleichterung** für gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen bringen. Bisher und bis zur abschließenden Klärung dieser Frage muss sehr vorsichtig geprüft werden, inwieweit betriebsnotwendige Genehmigungen zugunsten des „alten“ Rechtsträgers auch noch nach Verschmelzung oder nach Abspaltung zugunsten des neuen Rechtsträgers gelten – ansonsten müssten sie, evtl. mit erheblichem Kostenaufwand und unter ggf. verschärften gesetzlichen Bestimmungen, neu beantragt werden.

Dr. Egon Peus

Öffentliches Recht: Änderung der Bauordnung NRW

Die Bauordnung des Landes Nordrhein-Westfalen soll geändert werden. Es geht vor allem um die Frage, wie nahe an die Grenze des eigenen Grundstücks herangebaut werden darf und in welchem Umfang. Das kann von wirtschaftlich erheblicher Bedeutung sein für Bauherren – Private wie auch Unternehmen.

Die Ausnutzbarkeit eines Grundstücks für bauliche Zwecke hängt wesentlich davon ab, für welche **Zwecke** ein Bauwerk genutzt werden darf, ob also für industrielle Zwecke, gewerbliche Zwecke oder für Wohnbauzwecke gebaut werden darf. Dies regelt das bundesrechtliche Bauplanungsrecht, etwa durch Bebauungspläne. Bundesrecht

regelt auch teilweise, an welcher **Stelle auf dem Grundstück** gebaut werden darf; das kann insbesondere in einem Bebauungsplan näher vorgeschrieben oder eingegrenzt sein. In diesem Rahmen bleibt aber vielfach offen, wie nahe an die Grenze gebaut werden darf, vor allem in Bereichen, in denen kein gültiger Bebauungsplan wirkt.

Der **Abstand zur Grenze** – in Nordrhein-Westfalen als so genannte „**Abstandsfläche**“ definiert, früher mit dem immer noch häufig gebrauchten Wort „**Bauwich**“ bezeichnet – soll dem Brandschutz dienen, aber auch dem Nachbarn, damit ihm nicht eine allzu große und wuchtige Bebauung „allzu nah auf die Pelle rückt“. Schon bisher hängt der Abstand, den ein Bauherr einhalten muss, davon ab, wie hoch das geplante Gebäude ist. Mit einem niedrigeren Gebäude darf man näher an die Grenze heranbauen als mit einem höheren. Die Abstandsfläche wird in Abhängigkeit von der **Höhe** des geplanten Gebäudes entlang der Nachbargrenze berechnet.

Hierzu nun beabsichtigt die Regierungsmehrheit in Nordrhein-Westfalen, die Bauordnung zu ändern. Die bisher sehr komplizierten, mit Ausnahmen und Gegenausnahmen gespickten Regelungen sollen vereinfacht und übersichtlicher gestaltet werden. Tendenziell soll eine bessere, intensivere Ausnutzbarkeit von Grundstücken vorgesehen werden, die erforderliche Abstandsfläche also in mancherlei Hinsicht, soweit es die generelle Regelung angeht, verringert werden. Bei dem

Mindestmaß von 3,0 Metern soll es bleiben. Vor allem für höhere Gebäude, insbesondere auch Wohnbauten, können sich die bisher im Entwurf veröffentlichten Regelungen aber so auswirken, dass **näher an die Grenze** herangebaut werden darf.

Der **Vereinfachung** sollen aber auch bestimmte begünstigende Ausnahmen zum Opfer fallen. Je nach konkreter Gestaltung sollen **Privilegierungen entfallen**, auf deren Grundlage bisher einzelne Bauteile besonders nahe an die Grenze herangebaut werden durften.

Demjenigen, der in der nächsten Zeit ein Gebäude errichten möchte, ist daher nicht einseitig zu raten, ggf. abzuwarten, weil sich die Nutzbarkeit nur verbessern könne. Vielmehr kann sie sich auch verschlechtern, und es kann für solche Fälle sinnvoll sein, noch „schnell nach altem Recht“ mindestens einen Bauantrag zu stellen. Es kommt also auf den **Einzelfall** an. Bestehen aber ohnehin Bauabsichten, so kann es sich lohnen, gerade jetzt genau zu prüfen, ob das alte Recht oder das neue Recht günstigere Möglichkeiten einräumt. Denn bis zur Planung und Beginn der Umsetzung können Bauwerke auf dem Grundstück noch „verschoben“ oder umgeplant werden; sobald das Gebäude einmal steht, aber nicht mehr – jedenfalls nicht wirtschaftlich.

Dr. Egon Peus

Vergaberecht: Haftung des GmbH-Geschäftsführers bei Rückforderung von Zuwendungen wegen Vergabeverstößes

Vergaberechtliche Probleme können sich für Kommunen, kommunale Unternehmen und andere öffentliche Auftraggeber nicht nur durch Nachprüfungsanträge unterlegener Bieter bei Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte ergeben. Dies zeigt ein aktuelles Urteil des Landgerichts (LG) Münster: Die 12. Zivilkammer verurteilte den Geschäftsführer einer – wohl im kommunalen Anteilsbesitz stehenden – Energieversorgungs-GmbH gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG zur Zahlung von **Schadensersatz** in Höhe von rund 82.000 € an die Gesellschaft wegen **Verstoßes** gegen die ihm obliegenden **vergaberechtlichen** und zuwendungsrechtlichen **Sorgfaltspflichten** (LG Münster, Urteil vom 18.05.2006, Az: 12 O 484/05).

Die Gesellschaft sollte im Auftrag der Gemeinde, deren Direktor der Geschäftsführer zugleich war, ein Baugebiet mit Fernwärme versorgen. Das zu-

ständige Landesoberbergamt bewilligte der Gesellschaft in diesem Zusammenhang eine Subvention in Höhe von seinerzeit ca. 250.000 DM für den Ausbau der Fernwärmeverteilung. Dem Bewilligungsbescheid vom 22. November 1995 (!) beigelegt waren die Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung, ANBest-P. Diese sehen in Ziffer 3 vor, dass bei der Vergabe von Aufträgen zur Realisierung des geförderten Projekts die Bestimmungen der VOB/A bzw. der VOL/A anzuwenden sind. Nach Ziffer 8. ist eine **Zuwendung unverzüglich zu erstatten**, wenn der Zuwendungsempfänger die ihm gemachten **Auflagen nicht erfüllt**.

Mit der Planung der zentralen Wärmeversorgungsanlage für das Baugebiet wurde eine private Firma beauftragt. Diese erstellte in der Folgezeit ein Leistungsverzeichnis „Fernwärmeleitung“

und forderte verschiedene Unternehmen zur Abgabe eines Angebots auf, worüber sie die klagende GmbH schriftlich informierte. Auf einer Gesellschafterversammlung erläuterte der Geschäftsführer den Sachstand und teilte dabei auch die mit einem der interessierten Unternehmen getroffenen Vereinbarungen mit, an die der Auftrag schließlich vergeben wurde. Eine **öffentliche Ausschreibung** des Auftrags war **nicht** erfolgt.

Ende 2003 (!) widerrief die Bezirksregierung den Zuwendungsbescheid und forderte von der Gesellschaft einen Betrag in Höhe von gut 60.000 € zurück. Zur Begründung verwies sie u. a. auf schwerwiegende Verstöße gegen die vergaberechtlichen Bestimmungen. Der Widerspruch der GmbH wurde zurückgewiesen, zudem setzte die Bezirksregierung im Oktober 2005 den zu zahlenden Zinsbetrag auf ca. 21.000 € fest. Daraufhin verklagte die Gesellschaft den zwischenzeitlich ausgeschiedenen Geschäftsführer auf Schadensersatz. Das LG Münster gab der Klage statt: Der **Geschäftsführer** habe im Rahmen der ihm obliegenden **Sorgfaltspflichten** dafür Sorge zu tragen, dass die **Subvention ordnungsgemäß beantragt** und die **Subventionsbedingungen** vollumfänglich **eingehalten** werden; weiter habe er alles zu tun bzw. zu unterlassen, was eine etwaige Rückforderung der Zuwendung begründen könnte. Diesen Anforderungen sei er nicht nachgekommen, da hinsichtlich der Auftragsvergabe „*besonders schwerwiegende Verstöße gegen die Grundsätze öffentlicher Ausschreibung festzustellen*“ seien. Für die Vergabe von Aufträgen sei grundsätzlich die Durchführung einer öffentlichen **Ausschreibung** vorgeschrieben. Dass eine solche – etwa durch Bekanntmachung in einer überregionalen Tageszeitung - stattgefunden habe oder dass die Voraussetzungen für die Ausnahme einer beschränkten Ausschreibung oder einer freihändigen Vergabe vorlagen, sei nicht ersichtlich. Die **Delegation** der Auftragsvergaben auf die Prokuristen der Gesellschaft könne den Geschäftsführer schon deswegen **nicht entlasten**, weil dem Geschäftsführer auch nach einer Delegation besondere Beobachtungs- und

Überwachungspflichten verblieben. Diese hätten hier erst recht deshalb bestanden, weil die Subventionsbewilligung für die Gesellschaft „*erkennbar von ganz besonderer wirtschaftlicher Bedeutung war*“. Schließlich scheide auch eine Entlastung durch die Gesellschafter nach § 46 Nr. 5 GmbHG aus: Es sei nicht ersichtlich, dass der Gesellschafterversammlung sämtliche Unterlagen und Informationen zur Verfügung gestanden hätte, aufgrund derer sie den drohenden Widerruf des Zuwendungsbescheides hätte erkennen können. Da die Rückforderung durch die Bezirksregierung auch in der Höhe von gut 60.000 € zu Recht erfolgt sei, hafte der Geschäftsführer für diesen Schaden der Gesellschaft.

Dass schwerwiegende Verstöße gegen das Vergaberecht – etwa das Unterlassen einer Ausschreibung, unzulässige Nachverhandlungen mit Bieterern oder Berücksichtigung von formal fehlerhaften Angeboten – die Rückforderung von Zuwendungen nach sich ziehen kann, hatte bereits das Oberverwaltungsgericht (OVG) Münster in einer Entscheidung vom Februar 2005 deutlich gemacht. Soweit ersichtlich **erstmalig** wurde die **Haftung** nunmehr aber **an den Geschäftsführer** einer kommunalen GmbH „**weitergereicht**“. Das Urteil zeigt, dass Konsequenzen aus vergaberechtlichem Fehlverhalten den öffentlichen Auftraggebern auch unterhalb der Schwellenwerte und insbesondere noch lange, nachdem das geförderte Projekt abgeschlossen ist, drohen können. Nachdem das OVG Münster den Bieterern in zwei jüngeren Entscheidungen zudem Rechtsschutzmöglichkeiten auch unterhalb der Schwellenwerte zugesprochen und die Europäische Kommission in einer Mitteilung vom 23. Juni 2006 ebenfalls entsprechende Vorgaben gemacht hat, muss den öffentlichen Auftraggebern und ihren Entscheidungsträgern geraten werden, die Vorschriften der VOL/A bzw. der VOB/A zukünftig auch bei Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte und insbesondere bei Verwendung von Zuwendungen strikt zu beachten.

Dr. Carsten Jennert, LL.M.

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

Am **29. November 2006** steht wieder ein „Immobilienrechts-Frühstück“ an. Ort, Uhrzeit und die einzelnen Themen entnehmen Sie bitte unserer gesonderten Einladung.

Aktuelle Veröffentlichungen von AULINGER Rechtsanwälte:

Dr. Hans-Christoph Thomale	„Gaspreise: Klauseln müssen präziser sein“ ZfK (Zeitung für kommunale Wirtschaft), Juli 2006, Seite 12
Dr. Christian Stenneken / Dr. Hans-Christoph Thomale	„Allgemeine Versorgungsbedingungen – Neue Fristen und Pflichten“ ZfK (Zeitung für kommunale Wirtschaft), Oktober 2006
Dr. Carsten Jennert, LL.M.	„In-house-Vergabe nach „Carbotermo“: Bei der kommunalen GmbH möglich, beim Zweckverband nicht?“ NZBau (Neue Zeitschrift für Baurecht), Juli 2006, Seite 421
Dr. Carsten Jennert, LL.M.	„Die Rückforderung von Zuwendungen bei Vergabeverstößen“ KommJur (Der Kommunaljurist), August 2006, Seite 286

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 Mandantenrundsreiben stehen wir alle Ihnen gern zur Verfügung.

Redaktion: Dr. Andreas Eickhoff

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

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

Dr. Volker Weinreich, Notar
Dr. Achim Tempelmann
Dr. Thomas Huesmann
Dr. Norbert Koch
Dr. Markus Haggene
Inken Hansen
Dr. Marco Krenzer

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

Dr. Andreas Lotze
Dr. Martin Alberts
Dr. Christian Stenneken
Stefan Mager
Dr. Carsten Jennert, LL.M.
Dr. Hans-Christoph Thomale
Dr. Melanie Koch

Internet: www.ra-aulinger.de