

Mandanteninformation

September 2008

Inhalt

Gesellschaftsrecht	Kommanditistenhaftung nach Rückzahlung eines Agios	1
Bankrecht	Financial Covenants in Kreditverträgen	3
Handels- und Wirtschaftsrecht	Rechtzeitigkeit von Zahlungen	4
Handels- und Wirtschaftsrecht	Schadenersatz bei unberechtigter Geltendmachung von Ansprüchen	4
Handelsvertreter- und Kartellrecht	Vom Wettbewerbsverbot bis zur Delkrederhaftung	5
Baurecht	Wann verjähren Ansprüche aus einer Bürgschaft?	8
Erbrecht	Nachlassverwaltung und Nachlassinsolvenz – Abwehr von Haftungsrisiken bei maroden Nachlässen	8
Arbeitsrecht	Die richtige Berechnung der Kündigungsfrist – Europa-rechtliche Probleme	9
Arbeitsrecht	Sozialauswahl trotz Widerspruchs beim Betriebsübergang	11
Arbeitsrecht	Das neue Pflegezeitgesetz	12
Vergaberecht	Gesetzentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts 2008	13
Energierrecht	Die neue Biogas-Einspeiseverordnung	15

In eigener Sache

Notariat jetzt auch in Essen. Seit langen Jahren unterhalten wir in Bochum ein Notariat, dem zwischenzeitlich sieben Anwaltsnotare angehören. Überörtliche Tätigkeit ist Notaren aber noch verwehrt. Umso mehr freuen wir uns darüber, dass im Frühjahr dieses Jahres Rechtsanwalt **Dr. Martin Alberts** ebenfalls in das Notaramt berufen wurde. Wir können Ihnen damit notarielle Leistungen jetzt auch in unserem Essener Büro anbieten.

Mehr Energie. Seit dem 1. August verstärkt Rechtsanwältin **Stephanie Feurstein** unseren Fachbereich Energie und Telekommunikation. Frau Feurstein ist aus einer internationalen Großkanzlei zu uns gestoßen. Sie bringt mehrjährige Erfahrung auf dem Gebiet der Energiepreisbildung mit. Auf gute Zusammenarbeit!

Anwälte an die Uni! Die Rechtsanwälte **Dr. Christian Stenneken** und **Dr. Hans-Christoph Thomale** aus unserem Fachbereich Energie und Telekommunikation sind in das Dozententeam für den weiterbildenden Studienlehrgang „Energy Law & Management“ berufen worden. Sie referieren dort zu den Themenbereichen „Leistungs- und Wegerechte“ (Dr. Stenneken) sowie „Konzessionsverträge und -abgaben“ (Dr. Thomale). Veranstalterin des unter der Schirmherrschaft von Dr. h.c. Wolfgang Clement stehenden Studiengangs ist die Akademie der Ruhr-Universität Bochum in Kooperation mit dem Institut für Berg- und Energierrecht.

Verantwortung in der Selbstverwaltung. Rechtsanwalt **Dr. Egon A. Peus** wurde mit Wirkung vom 1. Februar 2008 vom Präsidenten des Oberlandesgerichts Hamm zum (ehrenamtlichen) Vorsitzenden des Anwaltsgerichts für den Bezirk der Rechtsanwaltskammer Hamm ernannt.

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

Gesellschaftsrecht: Kommanditistenhaftung aufgrund Rückzahlung eines Agios

In der Praxis (vor allem im Falle von Kapitalanlagegesellschaften) haben Kommanditisten neben

der vereinbarten und im Handelsregister ausgewiesenen Hafteinlage häufig noch einen weiteren

Geldbetrag als **Agio (Aufgeld)** an die Kommanditgesellschaft zu leisten. Gerät die Gesellschaft dann in eine wirtschaftliche Schieflage, wird den Kommanditisten zum Zwecke der „Schadensbegrenzung“ gelegentlich das gezahlte Agio erstattet. Dabei ist den Beteiligten bisweilen nicht bewusst, dass die **Rückgewähr** auch dann **haftungsrechtliche Konsequenzen** haben kann, wenn die Haftsumme von der Rückzahlung formal unberührt bleibt.

Es ist zunächst in Erinnerung zu rufen: Der Kommanditist haftet den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe seiner (Haft-)Einlage unmittelbar; die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist. Wird die Einlage später an den Kommanditisten zurückgezahlt, gilt sie den Gläubigern gegenüber als nicht geleistet. Das Gleiche gilt, soweit der Kommanditist Gewinnanteile entnimmt, während sein Kapitalanteil durch Verlust unter den Betrag der (Haft-)Einlage herabgemindert ist oder soweit durch die Entnahme der Kapitalanteil unter den bezeichneten Betrag herabgemindert wird.

Problematisch wird die Sache nun, wenn an den Kommanditisten zwar nicht die Einlage, wohl aber das Aufgeld zurückgezahlt wird. Hierzu hat der BGH mit Urteil vom 5. Mai 2008 wieder einmal Stellung genommen. In dem entschiedenen Fall handelte es sich bei der Klägerin um eine Kommanditgesellschaft, die von Anfang an ausschließlich negative Jahresergebnisse erzielte mit der Folge, dass die Kapitalkonten der Kommanditisten ebenfalls durchweg negativ waren. Eine Gläubigerbank nahm die beklagte Kommanditistin auf Rückzahlung einer trotzdem von der Kommanditgesellschaft erbrachten Ausschüttung in Anspruch. Das Berufungsgericht hatte die Ansicht vertreten, hinsichtlich des Agios sei die Ausschüttung an die Beklagte haftungsunschädlich (und führe also nicht zum Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung), weil der Kommanditist in Höhe des Agios lediglich etwas erstattet worden sei, das sie über den eingetragenen Betrag hinaus gezahlt habe. Ihre Hafteinlage sei dadurch nicht gemindert worden.

Der BGH hat sich dieser Auffassung nicht angeschlossen, sondern seine frühere Ansicht bestätigt, wonach **die persönliche Haftung des Kommanditisten** auch dann wieder **auflebt**, wenn an ihn ein **Agio zurückgezahlt** wird, sofern dadurch der Stand seines Kapitalkontos unter den Betrag seiner Haftsumme sinkt oder schon zuvor diesen Wert nicht mehr erreicht hat. Dabei sei es, so der BGH, unerheblich, ob das Agio nach den gesellschaftsvertraglichen Regelungen dem Eigenkapital zuzurechnen sei, ob seine Rückzahlung im

Gesellschaftsvertrag vorgesehen sei oder ob die Rückzahlung ausdrücklich als „Rückzahlung“ des Agios bezeichnet oder ohne Angabe eines Zahlungsgrundes geleistet worden sei. Da im vom BGH entschiedenen Fall die Kapitalkonten der Kommanditisten durchweg negativ waren, sind die Kapitalkonten durch die Entnahme notwendigerweise (noch) weiter unter die Haftsumme gesunken. Damit war die Ausschüttung haftungsschädlich, die Kommanditistenhaftung lebte also wieder auf.

In einer früheren Entscheidung aus dem Jahre 1982 hatte der BGH differenziert: Grundsätzlich lasse die Rückgewähr des Aufgelds die Kommanditistenhaftung nicht wieder aufleben. Denn dem Kommanditisten werde nur etwas erstattet, was über den Betrag der Hafteinlage hinaus an die KG gezahlt worden sei. Etwas anderes gelte jedoch, wenn das Aufgeld nicht den Kapitalanteil des Kommanditisten mehren und die Eigenkapitalbasis der Gesellschaft stärken solle, sondern einem anderen Zweck zu dienen bestimmt sei. Da in dem vom BGH im Jahre 1982 entschiedenen Fall das Aufgeld den Altkommanditisten als Eintrittsgeld des neu aufgenommenen Kommanditisten diene, gelangte der Senat dort zu einer Zweckbestimmung und damit zum Wiederaufleben der Einlagepflicht des Kommanditisten. In der Entscheidung aus dem Jahre 2008 brauchte der BGH nicht zu differenzieren. Weil das Kapitalkonto negativ war, sank es durch die Rückzahlung in jedem Fall weiter unter die Haftsumme.

In der Literatur sind die Meinungen zu dieser Frage geteilt. Zum Teil wird in Übereinstimmung mit der neuen BGH-Entscheidung die Auffassung vertreten, die Rückerstattung des Agios lasse die Haftung des Kommanditisten wiederaufleben, soweit die Wertdeckung des Kapitalkontos unter die Hafteinlage absinke. Die Gegenansicht meint, die Rückgewähr eines Aufgeldes habe generell keine haftungsrelevanten Folgen. Eine dritte Ansicht kommt – entsprechend der BGH-Entscheidung aus dem Jahr 1982 – zu der Auffassung, eine Rückzahlung sei dann haftungsschädlich, wenn das Agio eine andere Zweckbindung als die Stärkung des Eigenkapitals der KG habe.

In der Tat kann man an der Rechtsprechung des BGH zumindest Zweifel anmelden. Die Regelungen über das Wiederaufleben der Haftung des Kommanditisten dienen der Kapitalsicherung zugunsten der Gläubiger der Gesellschaft. Dieser Kapitalsicherung ist Genüge getan, wenn der Kommanditist die Haftsumme aufgebracht und später nicht zurückerhalten hat. Auf zusätzliche Zahlungen des Kommanditisten an die Gesellschaft hat der Gläubiger keinen Anspruch und

darf folglich auf die Rückzahlung dieser zusätzlichen Leistungen keine Ansprüche gegen den Kommanditisten stützen.

In der Praxis solle man sich zur Vorsicht gleichwohl an den BGH halten. Jede Rückführung von Mitteln aus dem Gesellschaftsvermögen in das Vermögen des Kommanditisten kann zum Wiederaufleben der Haftung des Kommanditisten füh-

ren, soweit durch die Rückführung (nach Maßgabe der Erfolgsbilanz zu fortgeführten Buchwerten ohne Rücksicht auf stille Reserven) der Saldo der auf den für den Kommanditisten bei der Gesellschaft geführten Konten unter den Betrag der eingetragenen Haftsumme absinkt.

Cornelius Kruse, LL.M.

Bankrecht: Financial Covenants in Kreditverträgen

Verstärkt fordern Banken bei größeren Kreditvolumen vom Kreditnehmer die Vereinbarung von sogenannten Financial Covenants. Bei einem Financial Covenant handelt es sich um eine Vertragsabrede, die die Verpflichtung des kreditnehmenden Unternehmens zur Einhaltung bestimmter Finanzkennzahlen bzw. Finanzrelationen beinhaltet. Juristisch handelt es sich mithin um die Vereinbarung von vertraglichen Nebenpflichten, deren Nichteinhaltung bestimmte Rechtsfolgen auslösen soll. Die Financial Covenants markieren Mindestbonitätsanforderungen, welche der Kreditgeber an den Kreditnehmer stellt. Typische Rechtsfolgen einer Verletzung sind Konditionenanpassung, Reduzierung des Kreditvolumens oder Ausschluss weiterer Kreditinanspruchnahmen, Nachbesserung, Kündigung. Der Vorteil des Gebrauchs von Financial Covenants für Banken liegt üblicherweise darin, dass sie aufgrund solcher Klauseln „diskussionsärmerer“ Nachbesicherungsansprüche oder Kündigungen durchsetzen können, als das aufgrund entsprechender AGB-Regelungen möglich wäre.

Financial Covenants sind nicht mit folgenden Vertragsklauseln zu verwechseln:

- *Pari passu*, mithin eine Gleichrang-/Gleichstellungsverpflichtung im Verhältnis zu anderen Gläubigern;
- *restriction on disposal of assets*, mithin Beschränkungen des Unternehmens bei der Verfügung über Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens;
- *cross default*, mithin die Berechtigung der Bank zur Kündigung, wenn und soweit andere Gläubiger kündigen;
- *material adverse change*, mithin Kündigungs- oder Nachbesserungsrechte im Falle einer Verschlechterung der Vermögens- oder Ertragslage beim kreditnehmenden Unternehmen;

- Negativerklärung, mithin die Verpflichtung, keine Sicherheiten Dritten zu begeben;
- Positiverklärung, mithin die Verpflichtung, Sicherheiten zu erbringen.

Typische Financial Covenants betreffen ausgewählte Finanzkennzahlen, die beim kreditnehmenden Unternehmen zu bestimmten Zeitpunkten, typischerweise zu Abschlussstichtagen, vorliegen müssen. Dabei geht es etwa um die

- Eigenkapitalausstattung, mithin die Verpflichtung, dass das Eigenkapital bestimmte Beträge nicht unterschreiten darf, sowie zum Verschuldungsgrad (*gearing*), mithin das Verhältnis der Verschuldung zum Eigenkapital sowie das Verbot einer Überschreitung der entsprechenden Relationen.
- Zinsdeckung: Das Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit muss den Zinsaufwand um ein bestimmtes Vielfaches übersteigen.
- Liquidität (*current ratio*): Die kurzfristigen realisierbaren Mittel müssen die kurzfristigen Verbindlichkeiten um ein bestimmtes Vielfaches übersteigen.

Da die Rechtsprechung zu den Financial Covenants bisher sehr spärlich ist und aus diesem Grund nicht unerhebliche rechtliche Risiken für beide Seiten bestehen, ist folgendes anzuraten:

Bereits in der Kreditanbahnungsphase ist zu überprüfen, ob und unter welchen Bedingungen die Financial Covenants akzeptiert werden können. Insbesondere ist anhand von Proberechnungen zu überprüfen, ob ihre Einhaltung dem Kreditnehmer möglich ist, da ansonsten eine Gefahr für die Kreditfinanzierung entsteht. Financial Covenants werden häufig nicht standardisiert anhand von Mustern vereinbart, so dass auch innerhalb eines Bankinstitutes durchaus unterschiedliche Regelungen vorgesehen werden. Die entspre-

chenden Forderungen der Bank sind regelmäßig verhandelbar.

Bereits geraume Zeit vor dem jeweiligen Bilanzstichtag ist zu überprüfen, ob durch Bilanzpolitik des Unternehmens eine Einhaltung der Financial

Covenants ermöglicht wird. Dies gilt insbesondere für die Positionen Eigenkapitalausstattung und Liquidität.

Dr. Thomas Huesmann

Handels- und Wirtschaftsrecht: Rechtzeitigkeit von Zahlungen

„Zeit ist Geld“. Das drückt sich auch in der Verzinsung von Forderungen aus. Zinsen und ggf. Schadensersatz muss zahlen, wer eine Geldzahlung schuldet und sie „zu spät“ erbringt, nämlich in Verzug gerät. Wann aber hat der Schuldner rechtzeitig gezahlt?

Seit „Kaiserszeiten“ galt als gesetzliche Grundregelung: Es kommt darauf an, wann der Schuldner seine „Leistungshandlung“ erbringt, also das tut, was er (oder seine Bank) tun muss, damit der Gläubiger sein Geld erhalten wird. Bei Überweisungen wurde der **Tag des wirksam erteilten Überweisungsauftrages** als maßgeblich angesehen. War etwa im Vertrag der 31. Mai als Fälligkeitsdatum vereinbart, so genügte für die Rechtzeitigkeit ein genau am 31. Mai erteilter Überweisungsauftrag.

Schon immer konnte vereinbart werden, dass es abweichend von dieser gesetzlichen Regelung für die Rechtzeitigkeit auf den Tag des Eingangs beim Gläubiger ankommen sollte. Das aber soll jetzt nach einem Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 03.04.2008 auch ohne gesonderte Vereinbarung generell gelten, jedenfalls im „Geschäftsverkehr“.

Die I. Kammer des EuGH hat auf einen entsprechenden Vorlagebeschluss des Oberlandesgerichts Köln (OLG Köln) eine Richtlinie aus dem Jahre 2000 „zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr“ herangezogen und daraus abgeleitet, der

Wortlaut der Richtlinie ergebe, dass es darauf ankomme, wann der Gläubiger den fälligen Betrag „erhalten“ habe. Er müsse rechtzeitig über den geschuldeten Betrag verfügen können. Das setze die **Gutschrift auf seinem Konto** voraus.

Diese Auslegung aus der EU-Richtlinie wird künftig die Anwendung des deutschen Rechts „im Geschäftsverkehr“, für den die Richtlinie erlassen worden ist, beeinflussen. Nicht zwingend wäre eine gleichartige Auslegung auch für die Rechtzeitigkeit von Zahlungen unter Privaten vorgeschrieben. Es bleibt abzuwarten, inwieweit die Rechtsprechung diese gläubigerfreundliche Auslegung zur Frage der Rechtzeitigkeit einer Geldzahlung „im Geschäftsverkehr“ auch auf den **Zahlungsverkehr unter Privaten** ausdehnt.

Wer also Risiken wegen verspäteter Zahlung vermeiden will, tut nunmehr gut daran, dafür zu sorgen, dass seine Zahlung spätestens am maßgeblichen Tag bereits auf dem Konto des Gläubigers gutgeschrieben ist. Schon die Richtlinie allerdings macht den Vorbehalt, Verspätung träte insoweit nicht ein, als der Schuldner für die Verzögerung nicht verantwortlich ist. Übliche Bearbeitungszeiten bei den Banken müssten danach vom Zahlenden berücksichtigt werden, nicht aber außergewöhnliche Ereignisse wie Verzögerungen aufgrund überraschender (Warn-)Streiks.

Dr. Egon A. Peus

Handels- und Wirtschaftsrecht: Schadensersatzpflicht bei unberechtigter Geltendmachung von Ansprüchen

Ein Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 23.01.2008 stellt ein Warnsignal auf: Unberechtigt Mängelrügen zu erheben, kann zu Schadensersatz verpflichten.

Im konkreten Fall hatte der Betreiber eines Altenheims von der Klägerin für einen Neubau eine Lichtrufanlage bestellt, nach Beobachtung von

Fehlfunktionen Mängel gerügt und die Klägerin zur Fehlerbeseitigung aufgefordert. Deren Service-Techniker kamen und stellten fest, dass die gelieferte Anlage einwandfrei war. Im Nachhinein stellte sich heraus, dass entweder der Altenheimbetreiber, was seine Sache war, die Kabelverbindung zum Altbau nicht richtig hergestellt hatte oder Personal des Heims nachträglich die Fehl-

funktion verursacht hat. Ein Mangel, für den die Klägerin einzustehen hätte, lag jedenfalls nicht vor.

Das beklagte Altenheim hat also – außergerichtlich – eine Mangelbeseitigung verlangt, die unberechtigt war. Da der Lieferant (vorsorglich) versucht hatte, ihr nachzukommen, bekommt er seinen Aufwand als Schadensersatz ersetzt. Dies ist in einem größeren Zusammenhang zu sehen: Unter Parteien, zwischen denen ein Gerichtsverfahren anhängig ist, ist die Kostenbelastung gesetzlich geregelt. Wer den Prozess verliert, trägt die gesetzlichen Kosten, auch die der Gegenseite. Das ist in Deutschland so, in vielen anderen Ländern hingegen nicht, weshalb etwa in den USA eine Prozesspartei auch bei Erfolg auf ihren Kosten „hängen bleibt“.

Außergerichtlich gilt in Deutschland grundsätzlich folgendes: Ein Gläubiger, dessen Schuldner in Verzug ist, bekommt Schadensersatz, regelmäßig mindestens Zinsen. Wer durch eine unerlaubte Handlung an Leib und Leben oder an Sacheigentum verletzt worden ist, also Schadensersatz mit Recht beansprucht, bekommt grundsätzlich auch Befassungskosten ersetzt. Dasselbe gilt für denjenigen, der einen Mitbewerber wegen unlauteren Wettbewerbs abmahnt. Auch wer vertragliche Ansprüche hat, die vom Schuldner nicht ordnungsgemäß erfüllt werden, kann Schadensersatzansprüche geltend machen. In all diesen Fällen umfasst der zu erstattende Schaden grundsätzlich auch Anwaltskosten in gesetzlicher Höhe.

Merkwürdigerweise steht sich derjenige, der außergerichtlich **zu Unrecht als Schuldner in Anspruch genommen** wird, seinerseits also „Recht hat“, wesentlich schlechter. Im konkreten Urteilsfall hatte sich der Anlagenlieferant dazu bequemt, anstatt den Streit „hoch zu kochen“, einen Servicetechniker zu entsenden und hatte dafür Aufwand gehabt. Der BGH sprach ihm diesen Betrag als Schadensersatz zu. Das war nach dem Stand der Rechtsprechung keineswegs selbstverständlich. Denn grundsätzlich – so das Gericht – sei die Kostenerstattung beschränkt auf den Bereich, in dem das Prozessrecht sie vorsehe. Wenn aber

Ansprüche nur **außergerichtlich** geltend gemacht werden, so konnte es nach bisherigem Stand der Rechtsprechung äußerstenfalls bei sittenwidrigem Vorgehen des Anspruchstellers Schadenersatz geben. Solche böswillige Arglist eines Anspruchstellers wird aber selten vorliegen, noch seltener beweisbar sein. Ansonsten aber blieb es bei dem „Recht“, Ansprüche geltend zu machen, auch wenn sie unberechtigt waren, jedenfalls bei fahrlässiger Verkennung der Rechtslage.

Das würde bedeuten: Munter und „frech“ Mängel reklamieren, außergerichtliche Ansprüche geltend machen – und wenn es dann nicht zum Prozess kommt, der angebliche Gläubiger vielmehr seine angeblichen Rechte doch nicht einklagt, so bleibt der Gegner auf seinen Kosten „hängen“. Das jedoch hält der BGH für unberechtigt. Jedenfalls wenn bereits eine **vertragliche Beziehung** besteht (so im Urteilsfall der Liefervertrag), begehrt auch derjenige eine **schuldhafte Vertragsverletzung**, der fahrlässig **unberechtigt einen Mangel reklamiert** und **Mangelbeseitigung verlangt**.

Mindestens in diesem Bereich, unter Umständen auch bei vorvertraglichen Vertragsverhandlungen, die nicht zum Abschluss geführt haben, bestehen damit Chancen des zu Unrecht in Anspruch genommenen angeblichen Schuldners, Kostenerstattung im Wege des Schadensersatzes zu erhalten, wenn er sich etwa zur Abwehr unberechtigter Ansprüche anwaltlicher Hilfe bedient und dadurch einen Prozess vermeidet. Es scheint, dass bisher mancher, um „Druck auszuüben“ breitflächig Mängel reklamiert und Beseitigung (oder Vergütungsminderung) geltend macht; für solche Versuche, etwa im Bereich von Lieferungen, Werkverträgen, Bauwerkverträgen und auch Reisedienstleistungen, wurde der Ausdruck geprägt „mit Mängelrügen bezahlen“. Wer hier auch nur fahrlässig tatsächlich nicht berechnete Ansprüche geltend machen will, wird hier für die Zukunft durch den BGH zu erhöhter Vorsicht gemahnt.

Dr. Egon A. Peus

Handelsvertreter- und Kartellrecht: Vom Wettbewerbsverbot bis zur Delkredere-Haftung

Seit über 40 Jahren beschäftigt sich die EU-Kommission mit dem sog. **Handelsvertreterprivileg**. Dabei geht es um die Frage, inwieweit **Art. 81 EGV** auf die vertraglichen Beziehungen zwischen Geschäftsherr und Handelsvertreter anzuwenden sind. Dies ist für den Prinzipal insbesondere im

Hinblick auf die Möglichkeit des Verbots einer Wettbewerbstätigkeit und der Beschränkung der Tätigkeit auf ein bestimmtes Gebiet/bestimmte Kunden von erheblicher Bedeutung.

Erstmals nahm die Kommission hierzu in ihrer „Weihnachtsbekanntmachung“ aus dem Jahre 1962 Stellung. Ausgangspunkt ihrer damaligen Betrachtung war, dass ein Handelsvertreter allenfalls das **Provisions-** bzw. das **Delkredererisiko** aus dem von ihm vermittelten Geschäft trage. Wenn er keine weiteren mit dem **Abschluss des Geschäfts** verbundenen **Risiken** übernehme, hätte er lediglich eine Hilfsfunktion inne. In diesem Fall wären die vertraglichen Beziehungen zwischen ihm und Handelsvertreter einschließlich des Wettbewerbsverbots von der Anwendung des Art. 81 EGV freigestellt.

Der Bundesgerichtshof (BGH) negierte 1987 im Fall „Telefunken-EH-Partnervertrag“ die Existenz des Leitbilds eines typischen Handelsvertreters, bei dem es zu einem Gleichlauf der unternehmerischen Interessen mit denen des Geschäftsherrn kommt und wo beide trotz der Selbständigkeit des Handelsvertreters eine wettbewerbsrechtliche Einheit bilden, die es rechtfertigen, das Handelsvertreterverhältnis kartellrechtlich zu privilegieren. Der BGH stellte für die Frage, ob ein Vertragspartner im Rahmen eines Vertriebssystems als selbständiger Wettbewerber am Markt anzusehen sei, in erster Linie auf die Risikoverteilung bezüglich der vom Handelsvertreter vermittelten oder abgeschlossenen Geschäfte ab. Dabei komme es maßgeblich auf die Verteilung des **Vordispositions-** und **Lagerrisikos** an.

Die in den folgenden Jahren von der europäischen Rechtsprechung und der Praxis der EU-Kommission insoweit entwickelten Abgrenzungskriterien unterscheiden sich insofern, als das Europäische Gericht erster Instanz (EuG) neben dem Aspekt, wer das **wirtschaftliche Risiko** aus dem vermittelten Geschäft trage, zusätzlich als Voraussetzung der Privilegierung die „**Eingliederung**“ in das Unternehmen des Prinzipals erfordert. Damit solle klargestellt werden, dass Art. 81 EGV im Verhältnis von Geschäftsherr und Handelsvertreter nur dann (tatbestandlich) anwendbar ist, wenn sie als jeweils eigenständige Unternehmen im Sinne des funktionellen Unternehmensbegriffs anzusehen sind. Demgegenüber plädiert die Kommission für die Aufgabe dieses Punktes und will einzig auf die Risikobetrachtung abstellen, da sich die Eingliederung letztlich danach bemesse, ob der Handelsvertreter bestimmte Risiken trage.

In dem EuG-Urteil in Sachen **DaimlerChrysler** – die Kommission hatte die Handelsvertreterverträge des Konzerns als dem Art. 81 EGV unterliegende „unechte“ Handelsvertreterverhältnisse eingestuft und dem Unternehmen wegen unzulässiger Behinderung von Verkäufen der Vertriebspartner außerhalb des Vertragsgebiets eine Geld-

buße von ca. 47 Mio. Euro auferlegt – aus dem Jahre 2005 hat das Gericht bei der Prüfung der Eingliederung zwar weitestgehend wiederum auf die Betrachtung der wirtschaftlichen Risiken abgestellt. Dies allerdings nur, weil das etwaige eigenständige Kriterium der Eingliederung nicht erfüllt sein soll, wenn die Tätigkeit des Handelsvertreters eine Doppelprägung habe und er auf dem gleichen sachlichen Markt abseits der Vermittlertätigkeit ein wirtschaftliches Risiko trage.

Dass eine **Mehrfachvertretung** das Handelsvertreterprivileg nicht ausschließt, dürfte mittlerweile klargestellt sein. Denn schärfere kartellrechtliche Beschränkungen bei der Gestaltung von Verträgen mit Mehrfachvertretern gegenüber dem Einfirmervertreter wären wettbewerbspolitisch inkonsequent. Sie würden eine stärkere **vertikale Integration** fördern, was die Kommission gerade zu vermeiden sucht. Die Bemühungen der Kommission, im Kfz-Sektor den Mehrmarkenhändler zu fördern, wären konterkariert, auch wenn die Gefahr nicht von der Hand zu weisen ist, dass sich Hersteller über einen Mehrfirmenvertreter in ihrem Geschäftsverhalten abstimmen könnten. Jedoch wäre dieses Verhalten eine kartellrechtswidrige Abstimmung auf **horizontaler Ebene** der Hersteller bzw. Geschäftsherrn, wovon die vertikale Ebene – das Verhältnis des Prinzipals zum Vertreter – zu trennen ist.

Wichtig ist, dass die Betroffenen bei der **Beurteilung des Risikokriteriums** von einem verlässlichen Maßstab ausgehen können. Hier scheint sich die EU-Kommission auf den Standpunkt zurückzuziehen, dass die Aufnahme von unter der Ziffer 16 ihrer Mitteilung über **Leitlinien für vertikale Beschränkungen** vom 13.10.2000 aufgeführten Verpflichtungen in das Vertragsverhältnis zwischen Prinzipal und Handelsvertreter per se und unabhängig von ihrer Ausgestaltung im Einzelfall ein spürbares wirtschaftliches Risiko mit der Folge einer Beweislastumkehr begründen.

Was ergibt sich hieraus nun konkret für die Ausgestaltung von Handelsvertreterverträgen:

- **Wettbewerbsverbote:** Die Kommission spricht sich in den Leitlinien grundsätzlich gegen ihre Zulässigkeit aus. Zumindest für den Fall, dass das Wettbewerbsverbot marktabschottende Wirkung entfalten kann, will die Kommission die Zulässigkeit an den zu Art. 81 EGV entwickelten Grundsätzen messen. Nach der zuvor dargestellten Rechtsprechung können Wettbewerbsverbote des Handelsvertreters allerdings dann nicht gegen Art. 81 EGV verstoßen, wenn der betroffene Handelsvertreter kein erhebliches wirtschaftliches

Risiko trägt und damit wettbewerbsrechtlich nicht als **eigenständiges Unternehmen** anzusehen ist. Ansonsten müsste konsequenterweise auch das von der Konzernleitung der Tochtergesellschaft auferlegte Wettbewerbsverbot dem Art. 81 EGV unterfallen. Eine Vereinbarung von Wettbewerbsverboten zwischen Geschäftsherrn und „echtem“ Handelsvertreter ist allenfalls am Maßstab des **Art. 82 EGV** zu prüfen. Eine **selektive Verdrängung von Konkurrenten** durch den Einsatz von Wettbewerbsverboten kann möglicherweise einen Marktmachtmissbrauch darstellen.

- **Erbringung von Kundendienst-, Reparatur- und Garantiedienstleistungen:** Die Kommission will in der Erbringung derartiger Leistungen durch den Handelsvertreter nur dann **kein spürbares Risiko** für diesen erkennen, wenn er hierfür eine **vollständige Kostenerstattung** erhält. Hierbei sei auch nicht zwischen Gewährleistungsleistungen und sonstigen Kundendienstleistungen zu differenzieren. Der EuG hingegen hält grundsätzlich freie Abreden über die Vergütung des Handelsvertreters für geleistete Gewährleistungsarbeiten für zulässig. Sofern diese nicht von vornherein als kaufmännisch unangemessen erscheinen, müsse die Kommission konkret nachweisen, dass dem Vertragshändler aus dieser Tätigkeit ein erhebliches wirtschaftliches Risiko erwächst. Zudem unterscheidet das Gericht zwischen Gewährleistungsdiensten einerseits und sonstigen Serviceleistungen – wie die Vorhaltung eines Reparaturbetriebes – andererseits.

Ein erweitertes Dienstleistungsspektrum hat im Gegensatz zu den Gewährleistungsdiensten zu dem Verkauf von Fahrzeugen – der **eigentlichen Vermittlungstätigkeit** – **keinen unmittelbaren Bezug**. Deshalb dürfen diese Leistungen auch nicht ohne weiteres mit in die Beurteilung der Risikoverteilung zwischen Geschäftsherrn und Vertreter einbezogen werden. Würde man annehmen, die Vermittlertätigkeit begründe ein Bindeglied zu der Gesamtheit der Serviceleistungen, müsste der Geschäftsherr für alle diese Serviceleistungen einen hinreichenden Ausgleich an den Handelsvertreter zahlen.

- **Provisionsweitergabeverbot:** Ein solches Verbot wird beim „echten“ Handelsvertreter – wie auch immer der zu definieren ist – überwiegend als **zulässig** erachtet. Bei diesem fehlt es im Hinblick auf Art. 81 EGV schon an

dem tatbestandlichen Anknüpfungspunkt der Vereinbarung zwischen zwei Unternehmen. Es könnte allenfalls dann in Frage stehen, wenn der Geschäftsherr kein berechtigtes Interesse an der Beachtung seiner Preispolitik durch den Handelsvertreter nachweisen kann.

- **Delkrederehaftung:** Von der europäischen Rechtsprechung unbeantwortet ist bislang die Frage, ob die Vereinbarung einer solchen Haftung des Handelsvertreters, bei der dieser für die Erfüllung von Verbindlichkeiten durch Dritte (Kunde, Vertragspartner) einzustehen hat, kartellrechtlich zulässig ist. Die Kommission sieht hierin jedenfalls eine **Überwälzung eines erheblichen wirtschaftlichen Risikos** auf den Handelsvertreter. Von diesem Standpunkt will sie auch dann nicht abrücken, wenn der Handelsvertreter hierfür eine gesonderte Vergütung erhält, wie sie beispielsweise durch § 86 b HGB vorgeschrieben ist. Hier wird indessen übersehen, dass die Delkredere-Vereinbarung als ein separates Risikogeschäft anzusehen ist, dessen Risiko vom eigentlichen für die Abgrenzung zwischen „echtem“ und „unechtem“ Handelsvertreter relevanten Verkaufsrisiko zu trennen ist. Sofern der Vertreter die Haftung nicht generell für alle abgeschlossenen Verträge übernimmt, was im deutschen Recht nach § 86 b Abs. 1 Satz 2 HGB nicht zulässig wäre, steht der Aspekt des **zusätzlichen Risikogeschäfts** im Vordergrund, so dass durch eine Delkredereübernahme der „echte“ nicht zum „unechten“ Handelsvertreter wird.

Abschließend sei angemerkt, dass die europäische Entwicklung des Handelsvertreterrechts auch für das deutsche Kartellrecht von erheblicher Bedeutung ist. Nach der VO 1/2003 ist sie für Vereinbarungen, welche den zwischenstaatlichen Handel zu beeinflussen geeignet sind, auch hier unmittelbar zu berücksichtigen. Soweit nur das nationale Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) Anwendung findet, ist mit Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle zum 1. Juli 2005 eine weitgehende Anpassung an das europäische Recht herbeigeführt worden und dieses von daher ebenfalls maßgeblich zu berücksichtigen. Um insgesamt Widersprüche zu vermeiden, erscheint auf europäischer Ebene eine Anpassung der Leitlinie für vertikale Beschränkungen an die Rechtsprechung notwendig.

Dr. Andreas Lotze

Privates Baurecht: Wann verjähren Ansprüche aus einer Bürgschaft?

Bauvertragliche Mängelansprüche werden regelmäßig durch eine Bürgschaft (sogenannte **Mängelbürgschaft**) gesichert. Die Ansprüche aus einer Bürgschaft und die durch die Bürgschaft gesicherten Ansprüche, die Hauptschuld, sind selbständig und verjähren voneinander unabhängig. Die gesetzliche Verjährungsfrist für Mängelansprüche beträgt fünf Jahre nach Abnahme. Die **Verjährungsfrist für Ansprüche aus einer Bürgschaft** beträgt lediglich **drei Jahre** und beginnt am Ende des Jahres, in dem der Anspruch entstanden, d. h. fällig geworden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Tatsachen Kenntnis erlangt hat. Liegen diese Voraussetzungen schon bald nach der Abnahme vor, kann Verjährung des Anspruchs gegen den Bürgen vor Verjährung der Hauptschuld, also des Mängelanspruchs eintreten.

Die Frage, **wann der Anspruch** aus einer Mängelbürgschaft **entsteht und fällig wird**, ist in Rechtsprechung und Literatur **umstritten**. Nach einer Auffassung ist ausschließlich auf die Fälligkeit der Hauptschuld abzustellen. Nach anderer Auffassung kommt es auf den Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Bürgschaft an.

Der **Bundesgerichtshof** (BGH) hat jetzt für den Regelfall der selbstschuldnerischen Bürgschaft entschieden, dass die **Fälligkeit des Anspruchs aus der Bürgschaft** – sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben – **mit der Fälligkeit der Hauptschuld** eintritt und **nicht von einer Inanspruchnahme der Bürgschaft abhängig** ist. Der BGH begründet dies damit, dass das Gesetz eine Leistungsaufforderung als Fälligkeitsvoraussetzung der Bürgschaftsforderung nicht voraussetze. Die Forderung aus der Bürgschaft gehöre auch nicht zu den sogenannten verhaltenen Ansprüchen, deren Verjährung erst mit ihrer Geltendmachung oder unter weiteren Voraussetzungen beginnt. Der Gesetzgeber sei davon ausge-

gangen, dass der Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen gleichzeitig mit der Hauptforderung entsteht. Auch der Grundsatz, dass die Forderung aus der Bürgschaft im Hinblick auf Entstehung, Durchsetzbarkeit und Erlöschen von der Hauptschuld abhängt (sog. Akzessorietät), spreche dafür, dass die Fälligkeit der Bürgschaftsforderung mit der Fälligkeit der Hauptschuld eintritt. Außerdem diene das Rechtsinstitut der Verjährung dem Schutz des Schuldners und der Herstellung des Rechtsfriedens nach Ablauf der Verjährungsfrist. Mit dieser Schutzintention sei es unvereinbar, die Fälligkeit der Bürgschaftsforderung von einer Leistungsaufforderung des Gläubigers abhängig zu machen und diesem damit die Möglichkeit zu eröffnen, den Verjährungsbeginn und die Notwendigkeit verjährungsunterbrechender Maßnahmen beliebig hinauszuzögern.

Das Urteil des BGH betrifft keine Mängelbürgschaft. Es trifft daher zu dem oben genannten Meinungsstreit keine ausdrückliche Aussage. Gleichwohl enthält das Urteil des BGH einige generelle Feststellungen. Deswegen wird man – vorbehaltlich einer definitiven Klärung der Streitfrage durch den BGH – davon ausgehen müssen, dass der BGH im Falle einer Mängelbürgschaft ebenfalls nicht auf den Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Bürgschaft, sondern auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Hauptschuld abstellen würde. Für den Beginn der Verjährung von Ansprüchen aus Mängelbürgschaften ergibt sich daraus Folgendes: Mängelbürgschaften sichern in der Regel nur Geldzahlungsansprüche. Die **Fälligkeit der Hauptschuld** tritt daher **bei Mängelbürgschaften ein, wenn ein auf Geldzahlung gerichteter Anspruch entstanden** ist. Dies ist der Fall, wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer eine **angemessene Frist zur Mängelbeseitigung** gesetzt hat und diese **fruchtlos abgelaufen** ist.

Dr. Marco Krenzer

Erbrecht: Nachlassinsolvenz und Nachlassverwaltung – Abwehr von Haftungsrisiken bei maroden Nachlässen

Der Erbe haftet für die Nachlassverbindlichkeiten. Zu diesen zählen die vom Erblasser herrührenden Schulden, also solche, die er noch zu Lebzeiten begründet hat (Erblasserschulden) sowie die den Erben treffenden Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen (Erbfallschulden). Bei Anfall der Erbschaft ist für den Erben oft nicht sicher zu beurteilen, welche Nachlassverbindlichkeiten der Nachlass besitzt und ob der Nachlass marode ist. Schlägt der Erbe die

Erbschaft nicht innerhalb von sechs Wochen nach Kenntnis vom Anfall der Erbschaft aus oder nimmt er innerhalb dieser Frist die Erbschaft an, so haftet er für die Nachlassverbindlichkeiten. Stellt der Erbe nachträglich fest, dass der Nachlass mit hohen oder unkalkulierbaren Verbindlichkeiten belastet ist, stellt sich für ihn die Frage, wie er der vollen Haftung mit dem eigenen Vermögen entgehen kann.

Grundsätzlich sind zwei Wege denkbar um den Nachlass und das eigene Vermögen des Erben zu trennen und eine Haftungsbeschränkung zu erreichen. Dabei handelt es sich um die **Nachlassverwaltung** und die **Nachlassinsolvenz**. Beide Wege führen zu einer dauerhaften Begrenzung der Erbenhaftung auf den Nachlass. Die Nachlassverwaltung sollte dann beantragt werden, wenn zu erwarten ist, dass alle Verbindlichkeiten aus einem ausreichenden Nachlass getilgt werden können, also alle Nachlassgläubiger befriedigt werden können. Dagegen ist die Nachlassinsolvenz vorzuziehen, wenn der Nachlass überschuldet ist, also die Passiva des Nachlasses die Aktiva übersteigen. Entscheidend für die Frage, auf welchem Wege eine Haftungsbegrenzung erfolgen sollte, ist daher die Feststellung der Werthaltigkeit des Nachlasses.

Den Antrag auf **Nachlassverwaltung** können sowohl die **Erben** als auch die **Nachlassgläubiger** beim Nachlassgericht stellen. Nur der Antrag der Nachlassgläubiger ist sachlich und zeitlich beschränkt. Im Gegensatz zu den Erben müssen die Nachlassgläubiger in ihrem Antrag darlegen, dass Grund zu der Annahme besteht, die Befriedigung der Nachlassgläubiger durch das Verhalten oder die Vermögenslage des Erben werde gefährdet. Weiterhin kann der Antrag durch die Nachlassgläubiger nicht mehr gestellt werden, wenn seit der Annahme der Erbschaft zwei Jahre verstrichen sind. Mit Anordnung der Nachlassverwaltung durch das Gericht haftet der Erbe nicht mehr mit seinem eigenen Vermögen. Auch nach Beendigung der Verwaltung bleibt die Haftungsbeschränkung bestehen. Sind mehrere Erben vorhanden, kann der Antrag auf Nachlassverwaltung nur gemeinschaftlich durch alle Miterben gestellt werden.

Der **Antrag auf Nachlassinsolvenz** kann von jedem einzelnen Miterben gestellt werden, betrifft aber auch in diesem Fall jeweils den gesamten Nachlass und nicht nur den Erbteil des Antragstellers. Neben dem oder den Erben sind auch der Nachlassverwalter, der Nachlasspfleger, ein Testamentvollstrecker und jeder Nachlassgläubiger antragsberechtigt. Für die Nachlassgläubiger besteht wie bei der Nachlassverwaltung die zeitli-

che Befristung des Antrags innerhalb von zwei Jahren nach Annahme der Erbschaft. Im Gegensatz zum Antrag auf Nachlassverwaltung ist der Antrag auf Nachlassinsolvenz auch dann zulässig, wenn der Erbe deshalb für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet, weil er nicht innerhalb einer vom Nachlassgericht bestimmten Frist ein Inventar über den Bestand des Nachlasses oder absichtlich ein unrichtiges Inventar erstellt.

Eröffnungsgründe für die Nachlassinsolvenz sind neben der **Überschuldung** auch die **Zahlungsunfähigkeit** und die **drohende Zahlungsunfähigkeit** des Nachlasses. Der Nachlass ist zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen oder die Zahlungen eingestellt hat.

Voraussetzung für die Durchführung des Nachlassinsolvenzverfahrens ist, dass zumindest die Verfahrenskosten für das Insolvenzverfahren gezahlt werden können. Ist das nicht der Fall, so lehnt das Insolvenzgericht den Antrag auf Eröffnung des Verfahrens ab. Zu berücksichtigen ist dabei, dass nur die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens zu einer Trennung der Vermögensmassen und einer Beschränkung der Erbenhaftung auf den Nachlass führt. Bei einer Ablehnung des Antrags bleibt dem Erben nur die Möglichkeit, über die sog. **Dürftigkeitseinrede** die Vollstreckung der Nachlassgläubiger auf den Nachlass zu beschränken und den Nachlass an die Gläubiger herauszugeben. Wie bei der Nachlassverwaltung bleibt die beschränkte Erbenhaftung auch nach Beendigung des Insolvenzverfahrens bestehen.

Die Einleitung sowohl der Nachlassverwaltung als auch des –insolvenzverfahrens stellt für viele Erben einen sicherlich einschneidenden Schnitt dar. Gleichwohl ist bei zweifelhafter Werthaltigkeit stets sorgsam zu prüfen, ob nicht die dargestellten Möglichkeiten zur Haftungsbegrenzung angezeigt erscheinen, um eine Haftungserstreckung auf das eigene Vermögen der Erben zu vermeiden.

Martin Plappert

Arbeitsrecht: Die richtige Berechnung der Kündigungsfrist – Europarechtliche Probleme

Bei der ordentlichen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber hat sich dieser grundsätzlich an Kündigungsfristen zu halten. Bestehen keine (zulässigen) vertraglichen Abweichungen, richtet sich die Frist für die Kündigung

nach den gesetzlichen Regelungen. Danach kommt es zunächst für die Berechnung darauf an, wie lange das Arbeitsverhältnis bestanden hat. Dem Arbeitnehmer kommt seine Betriebstreue

zugute; die Fristen verlängern sich mit zunehmender Dauer seines Arbeitsverhältnisses.

Allerdings bleiben im Rahmen der Berechnung der Beschäftigungsdauer Zeiten außer Ansatz, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmers liegen. Wird z.B. einem dreißigjährigen Arbeitnehmer mit zehnjährigem Bestand des Arbeitsverhältnisses ordentlich gekündigt, so ist für die Berechnung der Kündigungsfrist nur von einer fünfjährigen Beschäftigungsdauer auszugehen.

Dieser Rechtszustand wird in der arbeitsrechtlichen Literatur zumindest seit Dezember 2006 für problematisch gehalten. Denn damals lief die Umsetzungsfrist für die Richtlinie 2000/78/EG auch in Bezug auf das Merkmal Alter aus. Nach dieser europarechtlichen Vorgabe sind die Mitgliedstaaten der EU verpflichtet, einen nationalen Rechtszustand herbeizuführen, in dem **Diskriminierungen wegen des Alters** im Zusammenhang mit Beschäftigungsverhältnissen grundsätzlich **verboten** sind. Dabei entspricht es einhelliger Meinung, dass dadurch nicht nur Schlechterstellungen der älteren Arbeitnehmer im Vergleich zu den jüngeren Arbeitnehmern erfasst werden sollen. Vielmehr muss auch der jüngere Arbeitnehmer vor Benachteiligungen geschützt werden.

Bei der Berechnung der Kündigungsfristen kommt es zu einer jedenfalls mittelbaren Benachteiligung der jüngeren Arbeitnehmer. Die gesetzliche Regelung bevorzugt ältere Arbeitnehmer, da diese in der Regel längere Beschäftigungszeiten aufweisen. Die Berechnungsmethode unter Berücksichtigung der Dauer des Arbeitsverhältnisses wird aber überwiegend als grundsätzlich gerechtfertigte Schlechterstellung und damit weiterhin als zulässig angesehen. Denn hierdurch wird gerade die **Betriebstreue des Arbeitnehmers** honoriert.

Anders sieht die Lage bei der **Nichtberücksichtigung von Beschäftigungszeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres** aus. Hier sind sich die arbeitsrechtliche Literatur und Rechtsprechung geradezu ungewohnt einig, dass diese Norm nicht mit dem **Verbot der Altersdiskriminierung** zu vereinbaren sein dürfte. Denn die Nichtberücksichtigung tatsächlicher Beschäftigungszeiten stellt eine sachlich nicht zu rechtfertigende Schlechterstellung der jüngeren Arbeitnehmer dar. Dieser Regelung kann kein anderer Sinn zugesprochen werden als die Vorenthaltung von Vorteilen aus der Betriebstreue.

Für den privaten Arbeitgeber wäre all das grundsätzlich ohne Bedeutung, solange er sich darauf verlassen könnte, dass in rein privaten Arbeitsver-

hältnissen eine fehlerhafte Richtlinienumsetzung höchstens zu einem Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers gegen den nicht die Vorgaben umsetzenden Mitgliedstaat führt, nicht aber zu einer Nichtanwendung des Gesetzes. Mit seiner im November 2005 ergangenen Entscheidung in der Rechtssache Mangold hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) dieser Rechtssicherheit für private Arbeitgeber einen ersten Strich durch die Rechnung gemacht. Der EuGH geht in diesem Urteil davon aus, dass es unabhängig von der Richtlinie und ihrer Umsetzung ein **ungeschriebenes Verbot der Altersdiskriminierung im EG-Recht** gebe, das den nationalen Richter zwingt, dagegen verstößendes mitgliedstaatliches Recht im Rechtsstreit auch zwischen zwei Privaten (darum handelte es sich im Fall Mangold) unangewendet zu lassen. Trotz erheblicher Kritik an der Entscheidung aus dem Schrifttum ist der EuGH von dieser Annahme bisher jedenfalls nicht eindeutig erkennbar wieder abgerückt. Daher besteht gerade auch bei der Berechnung von Kündigungsfristen höchste Rechtsunsicherheit, die zur Vorsicht Anlass geben sollte.

In jüngerer Vergangenheit ergangene Urteile deutscher Arbeitsgerichte belegen die Rechtsunsicherheit. So hat das Landesarbeitsgericht Düsseldorf durch Beschluss vom 21.11.2007 den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens angerufen, um klären zu lassen, ob die Nichtberücksichtigung von Beschäftigungszeiten junger Beschäftigter gegen Europarecht verstößt. Da der EuGH nicht gerade für schnelle Rechtsfindung bekannt ist, wird seine Antwort vermutlich noch eine ganze Weile auf sich warten lassen. Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg sah sich in einer Entscheidung vom 24.07.2007 dagegen sogar berufen, die Zügel selbst in die Hand zu nehmen. Es erklärte die gesetzliche Regelung für unanwendbar und berücksichtigte die volle Dauer des Arbeitsverhältnisses bei der Berechnung der Kündigungsfristen. Hierbei berief es sich auf die Mangold-Entscheidung des EuGH.

Wenn sich die Lösung des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg durchsetzen sollte, hätte dies zur Konsequenz, dass das Arbeitsverhältnis unter Zugrundelegung der vollen Beschäftigungsdauer auslaufen würde. Die Wirksamkeit der Kündigung selbst bliebe nach herkömmlichem Verständnis unberührt, auch wenn der Arbeitgeber im Kündigungsschreiben selbst eine zu kurze Frist mitteilt. Dies entspricht dem bisherigen Grundsatz im deutschen Recht, dass eine zu kurze mitgeteilte Kündigungsfrist die richtige Frist in Gang setzt, ohne die Kündigung unwirksam zu machen. Einzelne Stimmen in der arbeitsrechtlichen Literatur betrachten eine **Kündigung unter Angabe einer**

altersbedingt zu kurzen Kündigungsfrist aber als vollständig **unwirksam**. Sie verweisen darauf, die Richtlinie erfordere effektive Sanktionen für Diskriminierungen. Diesem Erfordernis könne nur durch die Unwirksamkeit einer falsch berechneten Kündigung genüge getan werden. Ein paralleles Problem ergibt sich, wenn eine der gesetzlichen Regelung entsprechende vertragliche Vereinbarung, etwa durch Tarifvertrag, existiert. Auch hier ist bislang nicht abschließend geklärt, ob diese weiterhin Geltung beanspruchen kann.

Die Auffassung, Kündigungen mit infolge der nicht vollständig berücksichtigten Beschäftigungsdauer zu kurzer Frist seien unwirksam, ist sicherlich we-

der europarechtlich notwendig noch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen haltbar. Gleichwohl lautet die Devise angesichts der derzeit bestehenden Unsicherheiten: Nichts ist unmöglich! Es kann Arbeitgebern nur dringend angeraten werden, bei der **Berechnung der Kündigungsfrist** die **volle Beschäftigungsdauer** anzusetzen. Die längere Restlaufzeit des Arbeitsverhältnisses ist ein weitaus geringeres Übel, als sich dem Risiko auszusetzen, bis zur obergerichtlichen Klärung des Problems in den unteren Instanzen eine unangenehme Überraschung zu erleben. Gleiches gilt für entsprechende vertragliche Klauseln.

Bastian-Peter Stenslik

Arbeitsrecht: Sozialauswahl trotz Widerspruchs beim Betriebsübergang

Bei Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils sieht das Arbeitsrecht in Form des weithin bekannten **§ 613 a BGB** vor, dass die Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber übergehen. Dieser muss an den bisherigen Vertragsbedingungen festhalten. So wird der Bestand des Arbeitsverhältnisses zu Gunsten des Arbeitnehmers geschützt. Der Arbeitnehmer muss den **Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber** aber nicht zwingend hinnehmen. Er kann vielmehr dem Übergang widersprechen, was zur Aufrechterhaltung der Vertragsbeziehung zum ursprünglichen Arbeitgeber führt. Dies war schon früher anerkannt und ist inzwischen ausdrücklich normiert. Wird ein Betrieb vollständig veräußert, ist die **Kündigung** des Arbeitnehmers, der dem Übergang widerspricht, häufig die unausweichliche Folge des Widerrufs. Ist nur ein Betriebsteil veräußert worden, also an sich noch Arbeit beim bisherigen Arbeitgeber vorhanden, gilt dieser Grundsatz nur mit erheblichen Einschränkungen.

Nach Veräußerung eines Betriebsteiles werden regelmäßig ebenfalls betriebsbedingte Entlassungen notwendig, wenn es zu Widersprüchen gegen den Übergang von Arbeitsverhältnissen auf den Erwerber kommt. Bei solchen **betriebsbedingten Kündigungen** ist eine **soziale Auswahl unter den Arbeitnehmern** nach den Vorgaben des **Kündigungsschutzgesetzes** (KSchG) vorzunehmen. Sinn und Zweck ist es, die soziale Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers angemessen bei der Kündigungsauswahl zu berücksichtigen. Offensichtlich „beißt“ sich dieser Zweck der Vorschrift mit der Tatsache, dass der den Widerspruch aussprechende Arbeitnehmer ja bewusst den Wegfall seines konkreten Arbeitsplatzes in Kauf nimmt, anstatt diesen beim Betriebserwerber weiter zu bekleiden. Andererseits mag es sicher-

lich nachvollziehbare und zu respektierende Gründe für einen Arbeitnehmer geben, nicht für den Erwerber arbeiten zu wollen.

Diese beiden widerstreitenden Aspekte führten nach der Gesetzesfassung bis zum 31.12.2003 dazu, dass bei der Sozialauswahl zu differenzieren war: Der widersprechende Arbeitnehmer verlor zwar nicht generell das Recht, sich auf eine fehlerhafte Sozialauswahl bei einer betriebsbedingten Kündigung zu berufen. Allerdings wurde der Widerspruch selbst berücksichtigt. Ein widersprechender Arbeitnehmer konnte sich nur dann auf seine besseren Sozialdaten gegenüber einem originär im Betrieb verbleibenden Arbeitnehmer berufen, wenn er für die Ausübung des Widerspruchs berechnete Gründe anführen konnte.

In der Neufassung des KSchG sind die zu berücksichtigenden sozialen Gesichtspunkte anders als in der Altfassung ausdrücklich normiert. Der Arbeitgeber hat die **Dauer der Betriebszugehörigkeit**, das **Lebensalter**, etwaige **Unterhaltungspflichten** und eine ggf. bestehende **Schwerbehinderung** des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Es wird überwiegend angenommen, dass diese vier Aspekte für die Sozialauswahl abschließend seien. Für den Fall einer Sozialauswahl bei Widersprüchen gegen den Betriebsübergang wurde teilweise gefolgert, es könne nicht mehr auf einen berechtigten Grund des Widersprechenden ankommen. Vielmehr sei er in der Sozialauswahl des Betriebsveräußerers in jedem Fall anhand der üblichen Kriterien mit einzubeziehen, ohne dass der Widerspruch negativ zu berücksichtigen sei.

Diese Auffassung hat nunmehr das Bundesarbeitsgericht in einem Urteil vom 31.05.2007 bestätigt. Aufgrund der Änderung des KSchG kom-

me eine **Berücksichtigung des Widerspruchs zu Lasten des Arbeitnehmers** bei der Sozialauswahl auch dann **nicht** mehr in **Betracht**, wenn für dessen Widerspruch keine berechtigten Gründe ersichtlich seien. Der Wortlaut des KSchG stehe dem eindeutig entgegen. Auch aus der Normierung des Widerspruchsrechts in § 613a BGB lasse sich dieses Ergebnis belegen, da auch hier die Gründe und Motive für die Ausübung des Widerspruchs belanglos seien. Nur in engen Ausnahmen sei eine andere Betrachtung denkbar, wenn eine Einbeziehung des widersprechenden Arbeitnehmers in die Sozialauswahl zu tiefgreifenden Umorganisationen nötigen würde, welche zu **schweren betrieblichen Ablaufstörungen** führen könnten. Auf diese Ausnahme sollte ein Arbeitgeber sich aber lieber nicht verlassen.

Der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist in dogmatischer Hinsicht zuzustimmen, da die

Arbeitsrecht: Das neue Pflegezeitgesetz

Am **01.07.2008** ist das **Pflegezeitgesetz (PflegeZG)** in Kraft getreten. Es hat zum Ziel, Beschäftigten die Möglichkeit zu eröffnen, pflegebedürftige nahe Angehörige in häuslicher Umgebung zu pflegen und damit die Vereinbarkeit von Beruf und Pflege zu verbessern.

Das neue Gesetz gewährt den darin genannten Beschäftigten (Arbeitnehmer, zu ihrer Berufsbildung Beschäftigte, arbeitnehmerähnliche Personen einschließlich der in Heimarbeit Beschäftigten) sowohl ein bis zu zehn Arbeitstage andauerndes Leistungsverweigerungsrecht wegen kurzzeitiger Arbeitsverhinderung als auch einen Anspruch auf Gewährung von Pflegezeit bis zu sechs Monaten. Nahe Angehörige, deren Pflegebedürftigkeit Ansprüche begründen kann, sind Großeltern, Eltern, Schwiegereltern, Ehegatten, (gleichgeschlechtliche) Lebenspartner, Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft, Geschwister, Kinder, Adoptiv- oder Pflegekinder, die Kinder, Adoptiv- oder Pflegekinder des Ehegatten oder Lebenspartners, Schwiegerkinder und Enkelkinder. Für den Begriff der Pflegebedürftigkeit verweist das Gesetz auf Bestimmungen des elften Sozialgesetzbuches.

Das **Leistungsverweigerungsrecht** steht einem Beschäftigten zu, wenn die Notwendigkeit besteht, für einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in einer akut auftretenden Pflegesituation eine bedarfsgerechte Pflege zu organisieren oder eine pflegerische Versorgung in dieser Zeit sicherzustellen. Eine vorherige Ankündigung für die

Rechtsprechung an das Gesetz gebunden ist. Durch die Neuformulierung des KSchG hat der Gesetzgeber abschließend festgelegt, welche Gesichtspunkte in der Sozialauswahl zu berücksichtigen sind. Der Widerspruch gegen einen Betriebsübergang fällt nicht hierunter. Demgemäß verbietet sich seine Berücksichtigung in der Sozialauswahl von vornherein. Rechtspolitisch gelungen ist dies aber nicht. Die bisherige **Differenzierung** führte zu **sachgerechteren Ergebnissen**. Warum derjenige, der sich ohne berechtigten Grund seines bisherigen Arbeitsplatzes entledigt, denselben Bestandsschutz haben soll wie ein Arbeitnehmer, der diese Möglichkeit nie hatte und dessen Betriebsteil nicht veräußert wurde, wird Letzterem wohl schwerlich verständlich gemacht werden können.

Bastian-Peter Stenslik

höchstens zehn Tage andauernde Freistellung ist nicht nötig, die Verhinderung an der Arbeitsleistung und deren voraussichtliche Dauer ist dem Arbeitgeber lediglich unverzüglich mitzuteilen. Der Arbeitnehmer muss aber auf Verlangen eine **ärztliche Bescheinigung** über die Pflegebedürftigkeit des nahen Angehörigen und die Erforderlichkeit der kurzfristigen Maßnahme vorlegen. Einen Anspruch auf Vergütung für diese Zeit hat der Arbeitnehmer nach dem PflegeZG nicht. Unabhängig davon ist aber an Vergütungsansprüche aus Tarifvertrag, Betriebsvereinbarungen oder Arbeitsvertrag zu denken. Letztlich kann auch § 616 BGB eingreifen, wonach Vergütungsansprüche im Falle einer vorübergehenden und in der Person des Beschäftigten liegenden Verhinderung bestehen bleiben, falls die Verhinderung nur einen verhältnismäßig nicht erheblichen Zeitraum betrifft.

Ein Anspruch auf **Pflegezeit von höchstens sechs Monaten** für jeden pflegebedürftigen Angehörigen besteht hingegen nur gegenüber **Arbeitgebern, die in der Regel mehr als fünfzehn Personen beschäftigen**. Der Arbeitnehmer hat spätestens zehn Arbeitstage vor der gewünschten Freistellung ein Gesuch an den Arbeitgeber richten. Sollte der Arbeitnehmer eine – grundsätzlich mögliche – teilweise Freistellung, also Teilzeitbeschäftigung für einen bestimmten Zeitraum verlangen, so ist er gehalten, auch die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit zu benennen. Außerdem muss er die Pflegebedürftigkeit des nahen Angehörigen durch Vorlage einer **Bescheinigung der Pflegekasse** oder des **medizinischen**

Dienstes der Krankenversicherung nachweisen. Eine ärztliche Bescheinigung reicht insoweit nicht aus. Eine Vergütungspflicht trifft den Arbeitgeber ebenso wie beim Leistungsverweigerungsrecht grundsätzlich nicht, es sei denn, dies ergibt sich aufgrund von Sondervereinbarungen oder Sondervorschriften.

Sowohl das Leistungsverweigerungsrecht als auch der Anspruch auf Pflegezeit bestehen unabhängig davon, ob der Arbeitgeber einen wichtigen Grund dafür hat, den Arbeitnehmer nicht freizustellen. Lediglich bei der Geltendmachung einer teilweisen Freistellung wegen Inanspruchnahme von Pflegezeit kann der Arbeitgeber dem Verlangen widersprechen, wenn dringende betriebliche Gründe dafür vorliegen.

Ab Ankündigung der Inanspruchnahme von Pflegezeit oder von kurzzeitiger Arbeitsverhinderung bis zu deren Beendigung kann das Arbeitsverhältnis durch den Arbeitgeber nicht ohne Zustimmung der für den Arbeitsschutz zuständigen Landesbehörde wirksam gekündigt werden. Dies birgt eine **Missbrauchsgefahr** in sich, weil ein Arbeitnehmer lediglich spätestens zehn Tage vor Inanspruchnahme der Pflegezeit diese ankündigen muss, dies aber schon unbegrenzt früher kann. Ob und inwieweit sich solche Gefahren realisieren, wird erst die Anwendungspraxis zeigen.

Bastian-Peter Stenslik

Vergaberecht: Gesetzentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts 2008

Das Bundeskabinett hat am 21. Mai 2008 den Gesetzentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts beschlossen. Der Referentenentwurf vom 3. März 2008 hat damit Einzug in das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren erhalten. Es ist daher noch in diesem Jahr mit der seit langem angekündigten Novellierung des (Kartell-)Vergaberechts zu rechnen. Die absehbaren wesentlichen Neuerungen seien an dieser Stelle vorgestellt:

Eines der wesentlichen Ziele der Bundesregierung hinsichtlich der Novellierung des Vergaberechts ist es, die **Mittelstandsförderung** weiter voranzutreiben. Daher soll die bisherige Regelung in § 97 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) dahingehend erweitert und verschärft werden, dass demnächst **grundsätzlich eine losweise Vergabe stattzufinden hat** und nur noch in begründeten Ausnahmefällen hiervon eine Abweichung zulässig sein soll. Nach § 97 Abs. 3 GWB-E soll es demnach heißen: „Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillöse) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern“. Die Bundesregierung erhofft sich hierdurch eine **Wettbewerbsintensivierung**. Aus Effizienzgesichtspunkten bleibt aber abzuwarten, ob eine grundsätzlich vorgeschriebene Teilung eines Auftrags es weiterhin zulässt, beispielsweise Skaleneffekte in Form von Preisreduzierungen aus der Bearbeitung des gesamten Auftrags auf Seiten der Vergabestellen erwirken zu können.

Ebenfalls für viel Diskussionsstoff wird die Neuformulierung des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB-E sorgen.

Sie eröffnet den Auftraggebern die Möglichkeit, **zusätzliche Anforderungen an den Auftraggeber** zu stellen, die soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen. Derartige **vergabefremde Aspekte** werfen üblicherweise in der Praxis eine Reihe von Schwierigkeiten auf, da oftmals fraglich ist, wie Ausschreibungskriterien wie bspw. Frauenförderung, Ausbildung von Lehrlingen oder die Einhaltung von Umweltklauseln in die Eignungsprüfung und Zuschlagsentscheidung Einzug finden können. Mit Blick auf **Tariftreueerklärungen** hat es zuletzt sogar eine Entscheidung des EuGH (Urteil vom 03.04.2008. Rs. C 346/06) zur Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Tariftreueregelungen im niedersächsischen Landesvergabegesetz gegeben. Hiernach steht fest, dass die Tariftreue nicht ohne weiteres als zulässiges vergabefremdes Kriterium anerkannt werden kann.

Der Gesetzentwurf **verzichtet auf die Einführung eines Primärrechtsschutzes für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte**. Die amtliche Begründung zieht hierfür heran, dass es nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 13. Juni 2006 nicht erforderlich sei, für Vergaben solcher Aufträge einen spezifischen Rechtsschutzweg seitens des Gesetzgebers zur Verfügung zu stellen. Vor dem Hintergrund der **immensen Bedeutung von Unterschwellenvergaben** (ca. 90% aller Auftragsvergaben liegen unterhalb der EU-Schwellenwerte), ist es zu bedauern, dass der Gesetzgeber hier keine klaren Regelungen zu schaffen beabsichtigt. Es bleibt damit als einzige Möglichkeit, den Zuschlag im Rahmen einer Vergabe unterhalb der Schwellenwerte zu verhindern, nur der **Weg zu den Zivilgerichten**, die nach der Entscheidung des Bundesver-

waltungsgerichtes vom 2. Mai 2007 für derartige Auseinandersetzungen zuständig sein sollen.

Die Vorschrift des § 99 GWB soll durch den Gesetzentwurf in verschiedener Hinsicht neu gestaltet werden. Zunächst sieht die Bundesregierung nunmehr eine **Definition von Inhouse-Vergaben** in § 99 Abs. 1 Satz 2 GWB-E vor. Hiernach soll ein öffentlicher Auftrag nicht vorliegen, wenn „*ein öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 1, 2 oder 3 GWB Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen durch eine oder mehrere juristische Personen erbringen lassen [lässt? Eickhoff], die selbst öffentliche Auftraggeber sind und an denen privates Kapital nicht beteiligt ist, sofern diese juristischen Personen die zu erbringende Leistung überhaupt nicht auf dem Markt anbieten oder im wesentlichen für öffentliche Auftraggeber tätig sind*“. Interessanter Weise wird mit dieser Legal-Definition nicht das sogenannte **Kontroll-Kriterium** aus der Rechtsprechung des EuGH berücksichtigt, nach der nur dann eine Inhouse-Vergabe vorliegen soll, wenn die Vergabestelle über den Auftragnehmer eine „**Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle**“ ausüben kann. Hier stellt sich die Frage, ob die beabsichtigte Regelung europarechtswidrig ist.

Mit Blick auf § 99 Abs. 3 GWB-E wird seitens der Bundesregierung – insbesondere auf Druck der kommunalen Spitzenverbände – der **Versuch** unternommen, die sog. **Ahlhorn-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf** zurückzudrehen. Mit der Formulierung, dass Bauaufträge Verträge über die Ausführung einer dem Auftraggeber **unmittelbar wirtschaftlich zugute kommenden Bauleistung** seien, befindet sich die Bundesregierung im deutlichen Widerspruch zur aktuellen Rechtsprechungsentwicklung, nach der insbesondere **Grundstücksveräußerungsgeschäfte bereits bei mittelbaren Stadtentwicklungsinteressen zu einer Ausschreibungspflicht führen können**. Außerdem stellt sich die Frage, ob sich dieser Regelungsansatz mit der Rechtsprechung des EuGH vereinbaren lässt.

Ein weiterer wesentlicher Aspekt des Gesetzesentwurfes ist erstmalig ein Rechtsfolgenkonzept für den Fall, dass die Vergabestelle versäumt, vor Zuschlagserteilung eine entsprechende Vorab-Information (heute: § 13 VgV; demnächst: § 101 a GWB-E) zu versenden. Die Bundesregierung übernimmt hiermit **Regelungen zur Unwirksamkeit von sog. De-facto-Vergaben** aus der Europäischen Rechtsmittelrichtlinie. Die Entwurf des § 101 b Abs. 1 GWB-E statuiert insoweit, dass ein Vertragsschluss nach einer De-facto-Vergabe **schwebend unwirksam** ist, aber seine **endgültige Wirksamkeit** dann eintritt, wenn kein Nachprüfungsantrag bei Kenntnis der Vergaberechts-

widrigkeit innerhalb von 30 Tagen oder spätestens sechs Monate nach Vertragsschluss gegen diese Vorgehensweise eingelegt worden ist. Wichtig ist ferner, dass eine De-facto-Vergabe selbst dann mangels Nachprüfungsantrag endgültig wirksam werden soll, wenn der Auftraggeber die Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht hat; in diesen Fällen soll die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit 30 Kalendertage nach Veröffentlichung der Bekanntmachung der Auftragsvergabe enden. Diese Regelungen werden in der Praxis **für Rechtssicherheit auf Seiten der Unternehmen und öffentlichen Auftraggeber** sorgen, gerade im Hinblick auf Inhouse-Geschäfte der öffentlichen Hand sowie auf langfristig laufende Dienstleistungsverträge.

Bieter sollen demnächst deutlich **erweiterten Rückgeobliegenheiten** ausgesetzt werden. Vorgesehen ist in § 107 Abs. 3 GWB-E nunmehr eine detaillierte Aufzählung, wann zu rügen ist. Nachprüfungsanträge sollen hiernach auch dann unzulässig sein, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht unverzüglich nach Erhalt, spätestens aber bis zum Ablauf der Angebotsfrist, gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden. Zudem muss demnächst ein Nachprüfungsantrag innerhalb von 15 Kalendertagen nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, gestellt werden.

Der Gesetzgeber hat weitere – zu kritisierende – **Einschränkungen des Rechtsschutzes im Nachprüfungsverfahren** vorgesehen. So wird der Grundsatz der Amtsermittlung dahingehend begrenzt, dass die Vergabekammer sich bei der Erforschung des Sachverhalts darauf beschränken kann, **was von den Beteiligten vorgebracht wird** oder ihr sonst bekannt sein muss. Zu einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle soll die Vergabekammer nicht mehr verpflichtet sein (§ 110 Abs. 1 GWB-E). Zusätzlich soll mit § 110 Abs. 2 GWB-E die Möglichkeit geschaffen werden, auch vorsorglich durch die Vergabestelle bei der Vergabekammer **Schriftsätze (sogenannte Schutzschriften) zu hinterlegen**.

Auch mit Blick auf die **Kostenerhebung** für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens sieht der Gesetzentwurf zur Vergaberechtsnovelle 2008 Neuerungen vor. Diese sind nicht bieterfreundlich. Insbesondere soll mit § 128 Abs. 4 GWB-E die bisherige Praxis abgeschafft werden, dass auch bei Rücknahme eines Nachprüfungsantrages allenfalls die eigenen notwendigen Aufwendungen (insbesondere für die Einschaltung eines Rechtsanwaltes) und (teilweise) Kosten der

Vergabekammer zu tragen sind. Demnächst soll der Antragsteller bei einer **Rücknahme** des Antrags **auch die gegnerischen Rechtsanwaltskosten zu erstatten** haben. Hiermit wird Antragstellern die bisherige Attraktivität des Nachprüfungsverfahrens, keine gegnerischen Kosten im Falle der Antragsrücknahme tragen zu müssen, genommen. Bezieht man in diese Betrachtung schließlich noch mit ein, dass der **Gebührenrahmen für Nachprüfungsverfahren** vor der Vergabekammer mit § 128 Abs. 2 GWB-E **verdoppelt** werden soll (demnächst Mindestgebühr: 5.000,00 Euro), wird erkennbar, dass die Bundesregierung mit ihrem vorgelegten Gesetzentwurf offensichtlich

lich auch eine Beschneidung des Rechtsschutzes betreibt.

Als erstes Fazit kann nach alledem festgehalten werden, dass der Gesetzesentwurf zur Novelle des Vergaberechts 2008 an verschiedenen Stellen **handwerkliche Schwächen** aufweist und **zur Kritik herausfordert**. Die Bundesregierung wird die selbst gesteckten Ziele (Modernisierung und Vereinfachung des Vergaberechts) mit diesem Gesetzentwurf nicht erreichen.

*Dr. Stefan Mager /
Carsten Kießling, Mag.rer.publ.*

Energierecht: Die neue Biogas-Einspeiseverordnung

Seit dem 14.04.2008 ist die so genannte **Biogas-Einspeiseverordnung** in Kraft. Mit dieser wurde ein neuer Teil 11a in die Gasnetzzugangsverordnung (**GasNZV**) aufgenommen, der sämtliche **biogasspezifischen Sonderregelungen zur Einspeisung von Biogas** in das Erdgasnetz enthält. Zweck dieser Sonderregelungen ist es, den derzeitigen Erdgasverbrauch in wachsendem Umfang durch Biogas (6 Mrd. m³ jährlich bis zum Jahr 2020 bzw. 10 Mrd. m³ jährlich bis zum Jahr 2030) zu substituieren.

Gasnetzbetreiber sind nunmehr verpflichtet, Biogasanlagen auf Antrag vorrangig an die Gasversorgungsnetze anzuschließen. Die **Kosten für den Netzanschluss** – dieser besteht aus der Verbindungsleitung, der Gasdruck-Regel-Messanlage, der Verdichteranlage und der Anlage zur eichgerechten Messung des einzuspeisenden Biogases – haben der Netzbetreiber und der Biogasanlagenbetreiber grundsätzlich hälftig zu tragen. Mehrkosten, die daraus resultieren, dass die Verbindungsleitung länger als 10 km ist, trägt der Anschlussnehmer allein. Damit sollen Anreize für eine Optimierung der Standortwahl gesetzt werden. Sofern innerhalb von zehn Jahren nach dem Netzanschluss weitere Anschlüsse hinzukommen, sind die individuellen Anschlusskosten neu zu kalkulieren und zu verteilen. Der Verordnung zufolge ist der Netzbetreiber **Eigentümer des Netzanschlusses** und für dessen **Wartung sowie Betrieb** verantwortlich; die Kostentragungspflicht hierfür wird ebenfalls dem Netzbetreiber auferlegt.

Damit sich potentielle Anschlussnehmer auf einfache Art und Weise einen Überblick über die Anschlussmöglichkeiten und -bedingungen verschaffen können, hat der Netzbetreiber bestimmte **Informationen auf seiner Internetseite** zu veröffentlichen. Innerhalb von zwei Wochen nach Eingang eines Netzanschlussbegehrens muss der

Netzbetreiber den Anschlussnehmer darüber informieren, welche **Prüfungen zur Vorbereitung einer Entscheidung über das Netzanschlussbegehren** notwendig sind und welche Kosten die Prüfungen, die der Anschlussnehmer zu tragen hat, verursachen. Nach Zahlungen eines Vorschusses ist der Netzbetreiber verpflichtet, die erforderlichen Prüfungen durchzuführen, deren Ergebnis spätestens drei Monate nach Eingang der Vorschusszahlung mitzuteilen ist.

An ein **positives Prüfungsergebnis** ist der Netzbetreiber sodann drei Monate gebunden und muss dem Anschlussnehmer ein **verbindliches Vertragsangebot** vorlegen. Die Wirksamkeit des Netzanschlussvertrages steht unter der aufschiebenden Bedingung, dass mit dem Bau der Anlage innerhalb von 18 Monaten begonnen wird. Der **Netzanschlussantrag** darf nur bei tatsächlichen, physikalischen Netzengpässen nicht aber mit dem Hinweis auf bestehende Verträge **abgelehnt** werden. Grundsätzlich ist der Netzbetreiber verpflichtet, alle erforderlichen und wirtschaftlich zumutbaren Maßnahmen (z.B. Verdichtung in eine höhere Druckstufe bzw. Druckerhöhungen im Netz, Erstellung eines zusätzlichen Verknüpfungspunktes) zu ergreifen, um den Netzanschluss zu ermöglichen. Im Falle der Verweigerung des begehrten Anschlusses hat der Netzbetreiber einen alternativen Anschlusspunkt vorzuschlagen.

Die **vorrangige Anschlusspflicht** wird ergänzt durch die **Pflicht zur vorrangigen Einspeisung** von Biogas in das Erdgasnetz und ferner den ebenfalls vorrangigen Transport von Biogas. Der Netzbetreiber kann die Einspeisung nur verweigern, wenn das einzuspeisende Biogas nicht netzkompatibel ist; dies ist nur dann der Fall, wenn das Biogas nicht Erdgasqualität aufweist. Allein tatsächliche, physikalische Netzengpässe

können insofern wiederum einen Ablehnungsgrund darstellen. Auch in diesem Zusammenhang hat der Netzbetreiber alle wirtschaftlich zumutbaren Maßnahmen durchzuführen, um die technische Aufnahmefähigkeit seines Netzes zu optimieren. Insbesondere muss auch in den Sommermonaten die Einspeisung des Biogases möglich sein.

Zusätzlich zum Basisbilanzausgleich haben Bilanzkreisnetzbetreiber einen **erweiterten Bilanzausgleich** für die Biogas-Einspeisung anzubieten (besonderer Biogas-Bilanzkreisvertrag). Der Austausch von Gasmengen zwischen Bilanzkreisen sowie eine Verrechnung von Differenzmengen erfolgt mittels besonderer Biogasbilanzverträge. Eine Übertragung von Mengen in Erdgasbilanzkreise ist dabei möglich, umgekehrt jedoch nicht. Der Bilanzierungszeitraum umfasst zwölf Monate mit einem **Flexibilitätsrahmen** in Höhe von 25%, der sich auf die Differenz der kumulierten Ein- und Ausspeisemengen im Verhältnis zur Jahresmenge bezieht. Der Bilanzkreisverantwortliche ist dafür verantwortlich, dass die Ein- und Ausspeisemengen innerhalb des Flexibilitätsrahmens verbleiben und am Ende des Bilanzierungsrahmens ausgeglichen sind.

Für **Abweichungen** innerhalb des Flexibilitätsrahmens hat der Bilanzkreisverantwortliche an den Bilanzkreisnetzbetreiber einen gegenüber den tatsächlichen Kosten reduzierten Pauschalpreis von 0,1 Cent/kWh zu zahlen. Hierdurch sollen die Kosten für den erweiterten Bilanzausgleich und die Biogaseinspeisung ins Erdgasnetz verringert und zugleich Anreize zur Optimierung des Abnahmepportfolios gesetzt werden. Die im Vergleich zu Marktpreisen niedrigere Pauschale für die Nutzung des Bilanzkreises trägt Subventionscharakter. Abweichungen, die über 25% der vereinbarten Kapazität hinausgehen, sind vom Biogaseinspeiser genauso zu vergüten, wie von jedem anderen Gasnetznutzer.

Damit das Biogas dem im Gasnetz befindlichen Erdgas entspricht, hat die **Gasqualität** des eingespeisten Biogases den Voraussetzungen der Arbeitsblätter G260 und G262 des DVGW zu ent-

sprechen. Die Verantwortung hierfür sowie die Kosten trägt der Biogaseinspeiser. Aufgrund der verschiedenen Verfahren zur Aufbereitung von Biogas ist eine Bereitstellung des Gases in unterschiedlicher Druckhöhe vorgesehen. Ferner ist ein ökologischer Aspekt im Rahmen der Biogasaufbereitung zu beachten: die **maximale Methanemission** in die Atmosphäre darf in den ersten drei Jahren nicht mehr als 1,0 % sowie ab dem vierten Jahr nach Inkrafttreten der Verordnung nicht mehr als 0,5 % je Normkubikmeter Rohgas betragen. Sanktionen, die greifen, wenn diese Vorgaben nicht eingehalten werden, sieht die GasNZV allerdings nicht explizit vor. Der Netzbetreiber wiederum ist dafür verantwortlich, dass das Gas am Ausspeisepunkt den eichrechtlichen Vorgaben des Arbeitsblattes G685 des DVGW entspricht. Ferner hat er die Odorierung (Hinzufügen von Riechstoffen) und die Messung der Gasbeschaffenheit vorzunehmen.

Der Biogaseinspeiser erhält vom Netzbetreiber eine **Vergütung von 0,7 Cent/kWh** eingespeistes Biogas unabhängig von der Netzebene (Druckstufe) für vermiedene Netzentgelte. Die durch die Biogaseinspeisung entstehenden Mehrkosten können vom jeweiligen Netzbetreiber auf alle Netze innerhalb des Marktgebietes, in dem das Netz liegt, umgelegt werden. Einzelheiten dieses Umlageverfahrens sind allerdings nicht näher geregelt. Sofern Zusatzkosten trotz der Umlage beim jeweiligen Netzbetreiber verbleiben, werden diese im Rahmen der Anreizregulierung als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile anerkannt.

Die Bundesnetzagentur hat erstmals zum 31.05.2011 und sodann jährlich einen Bericht zur Erreichung der normierten Ziele, zur Kostenstruktur für die Einspeisung von Biogas, zu den erzielbaren Erlösen sowie zur Kostenbelastung der Netze und Speicher zu erstellen. Dieses Monitoring dient der Bundesregierung zur Evaluierung und möglichen Anpassungen der dargestellten Regelung.

*Dr. Christian Stenneken /
Dr. Hans-Christoph Thomale*

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

Am **Mittwoch, den 17. September 2008**, 18.00 Uhr referiert Rechtsanwalt **Dr. Achim Tempelmann** im Rahmen einer Veranstaltung der IHK Bochum unter dem Titel „Die Besten binden“ über Instrumente, mit denen im Rahmen anstellungsvertraglicher Vereinbarungen wertvolle Mitarbeiter motiviert werden können. Anfragen richten Sie bitte an stefanie.grzeschik@aulinger.eu.

Am **Mittwoch, den 30. Oktober 2008**, veranstalten wir ein ganztägiges Seminar unter dem Arbeitstitel „Aktuelles zum Recht der kommunalen Unternehmen“ in Essen. Gegenstand dieser Veranstaltung werden Problemstellungen aus vielen Rechtsgebieten sein. So werden die Teilnehmer etwas über die Möglichkeit interkommunaler Kooperationen, die Energiepreiskontrolle, vergaberechtliche Aspekte oder über Anforderungen an die Corporate Governance in öffentlichen Unternehmen erfahren. Einladungen dazu werden kurzfristig versandt; Sie finden dann entsprechende Hinweise auch auf unserer Homepage.

Am **Dienstag, den 18. November 2008**, wird Rechtsanwalt **Dr. Stefan Mager** einen Vortrag zum Thema „Aktuelle Entwicklungen im Vergaberecht bei der Altlastensanierung“ im Rahmen der Veranstaltung „Altlastensanierung – Aktuelle Aspekte zur Konzeption und Durchführung sowie Erfahrungen mit (innovativen) Sanierungsverfahren halten. Veranstalter: LANUV NRW, BEW Duisburg. Anfragen richten Sie bitte an christine.urmann@aulinger.eu.

Am **Montag, den 24. November 2008**, referiert Rechtsanwalt **Dr. Andreas Eickhoff** wiederum bei der IHK Bochum über die aus Sicht von Unternehmern besonders wichtigen Aspekte des modernisierten GmbH-Rechts. Anfragen richten Sie bitte an heike.gehrke@aulinger.eu.


Aktuelle Veröffentlichungen von AULINGER Rechtsanwälte:

Dr. Egon A. Peus	Anmerkung zum Urteil des Landgerichts München I vom 26.07.2007 („Zulässigkeit des Ausschlusses eines Aufsichtsratsmitgliedes von Teilnahme an Personalausschusssitzung bei vertraulichen Themen; Prozessvertretung der Gesellschaft“), Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht 2008, Seite 193 f.

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 / Dr. Markus Hageney

Büro Bochum: ABC-Straße 5 44787 Bochum Telefon: +49 (234) 68 77 9-0 Telefax: +49 (234) 68 06 42 eMail: info-bochum@aulinger.eu Internet: www.aulinger.eu	Dr. Leonhard Aulinger, Notar a.D. Reinhard Knälmann, Notar Hans-Jochen Hütter, Notar Dr. Karlheinz Lenkaitis, Notar Dr. Egon A. Peus, Notar Dr. Matthias Koch Dr. Andreas Eickhoff, Notar	Dr. Volker Weinreich, Notar Dr. Achim Tempelmann Dr. Thomas Huesmann Inken Hansen Dr. Marco Krenzer	Büro Essen: "Villa Bredene" Frankenstraße 348 45133 Essen Telefon: +49 (201) 95 98 6-0 Telefax: +49 (201) 95 98 6-99 eMail: info-essen@aulinger.eu Internet: www.aulinger.eu	Dr. Andreas Lotze Dr. Martin Alberts Dr. Christian Stenneken Dr. Markus Hageney Dr. Stefan Mager Dr. Hans-Christoph Thomale Dr. Melanie Verstege
				
Partnerschaftsgesellschaft, Sitz Essen, Amtsgericht Essen PR 1671				