

Mandanteninformation

September 2011

Inhalt

Gesellschaftsrecht	Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters	1
Steuerrecht	Schweiz und Deutschland paraphieren Steuerabkommen/ Informationsaustausch zwischen Deutschland und der Schweiz bzw. Liechtenstein	3
Steuerrecht	Neues zur „Steuerfalle“ Betriebsveranstaltung	4
Steuerrecht	Verpflichtung zur Übernahme der Schulungskosten des Betriebsrats	5
Arbeitsrecht	Anforderungen an die Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM)	7
Privates Baurecht	Streit um Nachträge	8
Bau- und Architektenrecht	Vorsicht mit Aufrechnungsverboten in Werkverträgen	10
Bürgschaften	Verzicht auf Einrede aus § 768 BGB: Sicherungsabrede unwirksam	11
Immobilienrecht	Grenzüberschreitende Bebauung zur Wärmedämmung	13
Sanierung/Insolvenz	Verwertung von Vermögenswerten im Ausland in der Insolvenz	14
Beihilferecht	Der zivilrechtliche Anspruch von Konkurrenten auf staatliche Rückforderung von rechtswidrig gewährten Beihilfen an Wettbewerber	15
Vergaberecht	Parallele Bieterbeteiligung an öffentlichen Ausschreibungen	16
Energierecht	Rechtliche und tatsächliche Restriktionen für den Ausbau regenerativer Energien	17

In eigener Sache

Wir freuen uns über einen Neuzugang: Seit dem 01.06.2011 ist Rechtsanwalt **Christoph Schmidt** in unserem Essener Büro tätig. Rechtsanwalt Schmidt verstärkt das Team um unseren Partner **Dr. Christian Stenneken** auf den Gebieten des **Energiewirtschafts- und Infrastrukturrechts**.

Unser Partner **Dr. Matthias Koch** hat seine langjährige Erfahrung und Expertise auf dem Gebiet des Miet- und Wohnungseigentumsrechts jetzt auch formal bestätigt. Im Juli 2011 ist er zum **Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht** zugelassen worden. Wir gratulieren!

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: Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters

Die Trennung von einem missliebigen Gesellschafter gegen dessen Willen führt regelmäßig zum Streit, weshalb sich immer wieder und trotz diverser höchstgerichtlicher Entscheidungen die Gerichte mit Ausschließungs- und Einziehungsfragen beschäftigen.

Der **Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters** und die **Einziehung seines Geschäftsanteils** müssen im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sein; dasselbe gilt für die Gründe, bei deren Vorliegen eine Beschlussfassung über die Einziehung auch gegen den Willen des betrof-

fenen Gesellschafters erfolgen kann. Ausschlussgründe sollten bereits bei der Abfassung des Gesellschaftsvertrags so präzise wie möglich formuliert werden.

Erfolgt die Ausschließung eines Gesellschafters durch Einziehung seines Geschäftsanteils, so geht dieser unter; die Anteile der verbleibenden Gesellschafter sind aufzustoßen. Der Gesellschafter, dessen Anteil eingezogen wird, hat einen **Anspruch auf Zahlung einer Abfindung aus dem Gesellschaftsvermögen**. Die Einziehung wird erst wirksam, wenn die Abfindung in voller Höhe geleistet ist. Da ein solcher außerplanmäßiger Liquiditätsabfluss oft nicht ohne Weiteres erfolgen kann, sehen Einziehungsklauseln häufig eine ratierliche Streckung der Abfindungszahlung vor. Gleichzeitig wird im Gesellschaftsvertrag vorgesehen, gleichwohl solle der Ausschließungsbeschluss bereits mit Beschlussfassung und Bekanntgabe gegenüber dem Auszuschließenden Wirksamkeit entfalten. Eine solche Gestaltung ist grundsätzlich auch zulässig und durchaus ratsam, da es im Interesse der Gesellschaft liegen dürfte, während eines Streits über Abfindungshöhen und Zahlungsmodalitäten zumindest Klarheit über den Gesellschafterbestand zu haben.

So weit, so gut. Allerdings kollidiert die Zahlung einer Abfindung häufig mit dem gesetzlichen **Gebot der Kapitalerhaltung**. Eine Abfindung aus dem Gesellschaftsvermögen darf nur geleistet werden, wenn sie aus „freiem Vermögen“ erbracht werden kann. Würde das **Stammkapital** einer GmbH durch die Zahlung der Abfindung **angegriffen** oder entstünde gar eine **rechnerische Überschuldung**, so ist ein **Einziehungsbeschluss** nach ständiger Rechtsprechung **nichtig**, wenn bereits im Zeitpunkt des Einziehungsbeschlusses absehbar ist, dass die Abfindung nicht aus freiem Vermögen geleistet werden kann. Maßgeblich hierbei ist allein eine **handelsbilanzielle Betrachtung ohne Ansatz stiller Reserven**. Ist aber die Abfindung wie im praktischen Regelfall am Verkehrswert des Geschäftsanteils zu bemessen oder unterschreitet sie diesen jedenfalls nicht wesentlich, so müssen solche Reserven bei der Berechnung der Abfindungshöhe berücksichtigt werden. Deshalb ergibt sich häufig das Dilemma, dass die Abfindung von der Gesellschaft nicht geleistet werden kann.

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat nun in einer aktuellen Entscheidung klar gestellt, in einer solchen Konstellation seien sowohl der Ausschließungs- als auch der Einziehungsbeschluss nichtig. Dies gelte – und insoweit präzisiert der BGH seine bisherige Rechtsprechung – auch dann, wenn die Ausschließung nach den Regelungen des Gesellschaftsvertrags wie oben dargestellt nicht erst mit der Zahlung der Abfindung und dem damit einhergehenden Vollzug der Einziehung erfolgen solle, sondern bereits mit Zugang des Ausschließungsbeschlusses

Wirksamkeit entfalten solle. Mit dieser Regelung werde nur ein längerer Schwebezustand vermieden, nicht aber der **Zusammenhang zwischen der Ausschließung und der Abfindung** aufgehoben. Es sei nicht ersichtlich, warum sich ein Gesellschafter einer Ausschließung unterwerfen solle, wenn feststehe, dass die geschuldete Abfindung nicht gezahlt werden kann.

In dem vom BGH entschiedenen Fall blieb es deshalb bei der Nichtigkeit des Ausschließungsbeschlusses, obwohl die Voraussetzungen für einen Zwangsauschluss vorlagen. Der ausschlusswillige Gesellschafter hatte nämlich Forderungen gegen die Gesellschaft erworben, für die die Auszuschließenden die persönliche Haftung übernommen und sich der Zwangsvollstreckung unterworfen hatten. Nach Erwerb der Forderung leitete der Gesellschafter die Zwangsvollstreckung gegen seine Mitgesellschafter ein und nutzte die von ihm selbst eingeleitete Vollstreckungsmaßnahme als Grundlage für den Ausschließungsbeschluss, da der Gesellschaftsvertrag vorsah, ein Gesellschafter könne durch Einziehung seines Anteils aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, wenn in seinen Anteil vollstreckt werde.

Letztendlich wird der Ausschlusswillige über diesen Umweg und in dieser besonderen Sachverhaltskonstellation sein Ziel, die missliebigen Mitgesellschafter loszuwerden, doch noch erreicht haben. Gleichwohl bleibt festzuhalten, dass die Einziehung eines Geschäftsanteils oftmals nicht von Erfolg gekrönt ist, weil sie immer die Verpflichtung der Gesellschaft mit sich bringt, die gesellschaftsvertraglich geschuldete Abfindung – unter Beachtung der Kapitalerhaltungsgrundsätze – zu leisten. Abhilfe schaffen gesellschaftsvertragliche Regelungen, wonach die **Ausschließung** nicht oder nicht nur durch eine Einziehung des Geschäftsanteils vollzogen werden kann, sondern **durch eine Übertragung des Geschäftsanteils** des Auszuschließenden auf einen oder mehrere der verbleibenden Gesellschafter oder einen Dritten. Solche Regelungen sind unzweifelhaft zulässig. Die Rechte des Auszuschließenden bleiben gewahrt, weil er selbstverständlich auch in diesem Fall eine Abfindung enthält. Diese ist aber nicht aus dem Gesellschaftsvermögen zu leisten, sondern in Form eines Entgelts durch den Übernehmer des Geschäftsanteils. Da das Gesellschaftsvermögen unangetastet bleibt, scheitert eine solchermaßen gestaltete Ausschließung jedenfalls nicht an Kapitalerhaltungsvorschriften. Voraussetzung ist aber, dass der Gesellschaftsvertrag eine entsprechende Anteilsübertragung zur Durchführung der Ausschließung voraussieht. In dem vom BGH entschiedenen Fall fehlte eine entsprechende Regelung; einmal mehr belegt dies, dass eine sorgfältige Strukturierung gesellschaftsvertraglicher Vereinbarungen nicht hoch genug geschätzt werden kann.

Dr. Markus Haggene

Schweiz und Deutschland paraphieren Steuerabkommen/Informationsaustausch zwischen Deutschland und der Schweiz bzw. Liechtenstein

Die Schweiz und Deutschland haben am 10.08.2011 in Bern die Verhandlungen über offene Steuerfragen abgeschlossen und ein Steuerabkommen paraphiert. Das Abkommen soll – nach Unterzeichnung durch die Regierungen und Übertragung in nationales Recht – **Anfang 2013** in Kraft treten.

Das Abkommen sieht vor, dass Personen mit Wohnsitz in Deutschland ihre bestehenden Bankbeziehungen in der Schweiz **nachbesteuern** können. Dazu soll einmalig die Möglichkeit der Zahlung einer pauschal bemessenen (Abgeltungs-)Steuer eingeräumt werden. Die Höhe der Steuerbelastung liegt zwischen **19%** und **34%** des Vermögensbestandes und wird aufgrund der Dauer der Kundenbeziehung sowie des Anfangs- und Endbetrages des Kapitalbestandes festgelegt. Um ein Mindestaufkommen der Vergangenheitsbesteuerung zu sichern, haben sich Schweizer Banken dazu verpflichtet, eine Garantiezahlung von 2 Mrd. Schweizer Franken zu leisten. Dieser Betrag wird mit eingehenden Steuerzahlungen verrechnet und zurückerstattet.

Darüber hinaus wird eine Abgeltungssteuer für die **Zukunft** geschaffen. Künftige Kapitalerträge und –gewinne sollen unmittelbar erfasst werden, wobei der Steuersatz einheitlich bei **26,375%** liegen soll. Dies entspricht dem in Deutschland geltenden Abgeltungssteuersatz. Um zu verhindern, dass neues Geld in der Schweiz angelegt wird, wurde vereinbart, dass die deutschen Behörden Auskunftsgesuche stellen können. Diese Gesuche müssen nur den Namen des Steuerpflichtigen, aber nicht den Namen der Bank enthalten. Zahlenmäßig sind die Gesuche auf bis zu **999 Gesuche** innerhalb der ersten zwei Jahre der Geltung des Abkommens begrenzt.

Unklar bleibt allerdings, ob die Abgeltungssteuer strafrechtliche (Abgeltungs-)Wirkung hat. Nach ersten Äußerungen in Fachkreise ist – **entgegen Medienberichten** – nicht klar, ob und in welchem Umfang (für welche Steuerarten) mit der Zahlung der Abgeltungssteuer die Erlangung von **Straffreiheit** einher geht. Darüber hinaus ist anzumerken, dass die Abgeltungssteuer erst **Anfang 2013** in Kraft treten wird. Bis zu diesem Zeitpunkt ist eine Strafverfolgung jedenfalls weiterhin möglich. Außerdem kann eine Selbstanzeige auch deshalb **günstiger** sein, da eine Berücksichtigung von **Verlusten** und **Werbungskosten** erfolgen kann. Im Rahmen der Abgeltungssteuer wird definitiv mit einem Steuersatz von 19 – 34 % besteuert. Endgültig kann eine belastbare Einschätzung der schweizerischen Abgeltungssteuer erst nach Veröffentlichung des Textes des Abkommens vorgenommen werden.

Bereits am 27.10.2010 wurde das Änderungsprotokoll zum **DBA Deutschland/Schweiz** (DBA D-CH) unterzeichnet, welches eine **erhebliche Erweiterung** der Möglichkeit der Amtshilfe durch schweizerische Behörden gegenüber deutschen Behörden in Steuersachen vorsieht. Die Schweiz leistete während langer Zeit nur unter engen Voraussetzungen Amtshilfe. Wesentlich beeinflusst durch die Finanzkrise beschloss der Bundesrat der Schweiz jedoch am 13.03.2009 die Möglichkeit, **uneingeschränkt** Amtshilfe zu leisten. Auf diesem Beschluss fußt die beabsichtigte Änderung des DBA D-CH, die noch nicht in Kraft getreten ist.

Nach dem neuen DBA D-CH werden „diejenigen Informationen ausgetauscht, die entweder zur Durchführung des DBA oder zur Anwendung oder Durchsetzung des innerstaatlichen Rechts betreffend sämtlicher Steuern **voraussichtlich erheblich** sind“. Diese Vorschrift wird auf Informationsgesuche anwendbar sein, die bei oder nach dessen Inkrafttreten gestellt werden. Das Gesuch darf sich dabei auf Informationen zu Einkünften, die **nach dem 01.01.2011 zugeflossen** sind, oder auf Informationen hinsichtlich der **Steuerjahre oder Veranlagungsperioden beginnend ab dem 01.01.2011** beziehen. Aus dem klaren Wortlaut ergibt sich, dass keine Beschränkung auf Steuern vorgenommen wird, die unter das DBA fallen. Mithin sind also **sämtliche** Steuern und damit auch Nachlass- und Erbschaftssteuern erfasst.

Auskünfte dürfen allerdings nur erteilt werden, wenn ein **konkretes** Gesuch existiert. Eine automatische oder spontane Auskunft bleibt weiterhin untersagt. Voraussetzung für die Gewährung der Amtshilfe ist nicht, dass der Informationsinhaber und die betroffene Person **explizit** mit Namen und Adresse benannt werden. Es kann schon ausreichen, wenn der Informationsinhaber und / oder die betroffene Person auf andere Weise **identifiziert** werden können. Weiterhin bleibt es notwendig, dass eine **zweifelsfreie** Identifikation durch konkrete, persönliche bzw. individuelle Merkmale möglich ist. Allein die Angabe einer Kontonummer wird voraussichtlich nicht zur zweifelsfreien Identifikation ausreichen. In der Praxis wird dieses Kriterium zur Limitierung des Informationsaustausches führen.

Weitere Voraussetzung für den Informationsaustausch ist, dass die Informationen **voraussichtlich erheblich** sein müssen für die Anwendung des DBA oder für die Durchsetzung des innerstaatlichen Rechts. Damit soll ebenso das Ersuchen „**ins Blaue hinein**“ ausgeschlossen werden. Im Gesuch muss die voraussichtliche Erheblichkeit hinreichend dargelegt werden.

Allerdings ist anzunehmen, dass an die Bejahung der Erheblichkeit keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Des Weiteren werden die Finanzbehörden wohl in der Regel hinreichend konkrete Anhaltspunkte darlegen können.

Eine gerade in Anbetracht der aktuellen Entwicklungen bestehende wichtige Ausnahme von der Pflicht zur Amtshilfe gilt für den Fall des **Ankaufs gestohlener Bankdaten**. Für Ersuchen, welche auf Grundlage von gestohlenen Bankdaten erfolgen, leistet die Schweiz keine Amtshilfe, da es sich – aus schweizerischer Sicht – um (z.B. unter Verstoß gegen das Bankgeheimnis) illegal beschaffte oder weitergeleitete Informationen handelt.

Auch **Liechtenstein** hat seine restriktive Haltung in Sachen Informationsaustausch aufgegeben und mit Deutschland ein steuerliches Informationsaustauschabkommen abgeschlossen. Grundlage dieser Regelung war das OECD-Musterabkommen zum Informationsaustausch.

Wie im Verhältnis zur Schweiz sieht das Abkommen Amtshilfe durch **Informationsaustausch**, d.h. Auskünfte, vor. Dabei sind Auskünfte umfasst, die für die Festsetzung und Erhebung dieser Steuern oder für die Ermittlung beziehungsweise Strafverfolgungsmaßnahmen in Steuersachen voraussichtlich erheblich sind. Im Unterschied zum Abkommen mit der Schweiz normiert das Informationsaustauschabkommen die erfassten Steuern wie die Einkommen-, Körperschaft-, Gewerbe-, Vermögen-, Erbschaft-, Umsatz- und Versicherungsteuer explizit und **abschließend**. Die Voraussetzungen für den Informationsaustausch entsprechen inhaltlich dem zur Schweiz Dargestelltem, insbesondere ist eine Namensnennung nicht zwingend erforderlich. Gleichzeitig verweigert Liechtenstein die Amtshilfe, wenn der ersuchende Staat die für das Ersuchen erforderliche Informationen aufgrund einer in Liechtenstein begangenen **strafbaren Handlung**, wie der Verletzung des Bankgeheimnisses, erlangt hat.

Dr. Marcel Leez

Steuerrecht: Neues zur „Steuerfalle“ Betriebsveranstaltung

Das Thema **Betriebsveranstaltung** stellt seit jeher einen beliebten Streitpunkt zwischen Finanzamt und Steuerpflichtigem dar. Dabei sind grundsätzlich zwei steuerrechtliche Problembereiche zu nennen, einerseits die **Umsatzsteuerbesteuerung** und andererseits die Ertragsbesteuerung durch die **Einkommensteuer** (im Rahmen des **Lohnsteuerabzugs**). Für beide Bereiche hat es Neuerungen gegeben.

Mit Urteil vom 09.12.2010 hat der Bundesfinanzhof (BFH) Stellung zur Möglichkeit der Vornahme eines **Vorsteuerabzugs** für eine Betriebsveranstaltung, hier einen Betriebsausflug, genommen. Der BFH änderte seine bisherige Rechtsprechung und versagt nunmehr den Vorsteuerabzug, wenn Leistungen **unmittelbar für private Zwecke** verwendet werden. In der Vergangenheit wurde stattdessen ein Vorsteuerabzug zugelassen und eine Umsatzbesteuerung der entsprechenden Ausgangsleistungen vorgenommen. Der BFH folgt damit Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), der in verschiedenen Streitigkeiten entschieden hatte, dass Leistungen, die nicht der wirtschaftlichen Tätigkeit eines Unternehmens dienen, nicht zum Vorsteuerabzug berechtigen.

Wann dient also eine Leistung, beispielsweise ein Betriebsausflug, **unmittelbar privaten Zwecken** des Personals und nicht der wirtschaftlichen Tätigkeit, so dass ein Vorsteuerabzug ausscheidet?

Im Bereich der **Lohnsteuer** beträgt die Freigrenze für Betriebsveranstaltungen **110 EUR** pro Arbeitnehmer, bei denen nicht von steuerpflichtigem Arbeitslohn ausgegangen wird (sog. Aufmerksamkeitsgrenze). Dies folgt daraus, dass in diesem Fall die Veranstaltungen als im überwiegend eigenbetrieblichen Interesse stehend angesehen werden. Zu bemerken ist, dass bei Überschreiten der **Freigrenze** (schon um einen EUR) die Zuwendungen des Arbeitgebers als in **vollem** Umfang steuerpflichtiger Arbeitslohn zu qualifizieren sind.

Im Bereich der **Umsatzsteuer** finden diese Grundsätze entsprechende Anwendung. Übliche Zuwendungen bis 110 EUR sind durch das überwiegende betriebliche Interesse des Arbeitgebers veranlasst. Der BFH hat ausdrücklich klargestellt, dass für Kosten von Betriebsveranstaltungen, die unterhalb der Aufmerksamkeitsgrenze von 110 EUR pro Arbeitnehmer liegen, der Vorsteuerabzug weiterhin gewährt werden

könne, da der unmittelbare Zusammenhang zu einer unentgeltlichen Wertabgabe und damit einer rein privaten Verwendung fehle. Klarstellend bedeutet dies: bis zu dieser Grenze berechtigten die Vorleistungen zum Vorsteuerabzug ohne eine Entnahmebesteuerung auszulösen.

Die zitierte Entscheidung des BFH sollte bei Unternehmen Anlass zur Überprüfung der Vorleistungen führen, die im Bereich von privaten Zwecken liegen könnten. Dabei kann es sich insbesondere um **private Bedürfnisse des Personals** handeln. Nach der geänderten Rechtsprechung des BFH darf für Leistungen von mehr als 110 EUR pro Arbeitnehmer kein Vorsteuerabzug mehr vorgenommen werden, zugleich entfällt aber auch die Besteuerung einer unentgeltlichen Wertabgabe. Das bedeutet, dass zwar kein Abzug der für die Vorleistung gezahlten Umsatzsteuer erfolgen kann, aber auch keine Umsatzsteuer mehr auf Abgabe an die Arbeitnehmer abgeführt werden muss. Im Prinzip kann es daher zu einem „Nullsummenspiel“ kommen.

In Einzelfällen kann diese Rechtsprechungsänderung sogar **vorteilhaft** sein. Dies gilt v.a. dann, wenn umsatzsteuerfreie (Vor-)Leistungen eingekauft und den Arbeitnehmern zugewendet werden. Hier unterbleibt in Zukunft die bisher vorzunehmende Besteuerung der unentgeltlichen Wertabgabe, wenn der Wert 110 EUR übersteigt. Als solche **umsatzsteuerfreie Vorleistungen** kommen Theater- und Konzertbesuche, Besuche von Museen, Tierparks, zoologischen und botanischen Gärten in Betracht.

Im Bereich der **Einkommensteuer/Lohnsteuer** hat das Finanzgericht (FG) Düsseldorf mit Urteil vom 17.01.2011 eine bedeutsame Entscheidung getroffen. Es ging dabei um die Frage, wie mit den Kosten einer Betriebsveranstaltung umgegangen wird, bei der eine erhebliche Anzahl der **eingepplanten Teilnehmer nicht gekommen** ist. Im zu entscheidenden Fall sind statt geplanter 600 Teilnehmer nur 348 Teilnehmer erschienen.

Bei der Berechnung der Kosten einer solchen Veranstaltung wird eine **Durchschnittsberechnung** durch-

geführt, wobei grundsätzlich die gesamten Kosten der Betriebsveranstaltung einschließlich des äußeren Rahmens auf die teilnehmenden Personen zu gleichen Teilen aufgeteilt werden. Falls auch Familienangehörige und Gäste der Arbeitnehmer teilnehmen, werden die auf sie entfallenden Kosten dem jeweiligen Arbeitnehmer zugerechnet.

Problematisch wird eine Durchschnittsberechnung dann, wenn der Betrag von 110 EUR pro Arbeitnehmer bei Berücksichtigung der **geplanten Teilnehmerzahl** nicht überschritten, aber bei Zugrundelegung der tatsächlichen Anzahl überschritten wird. Bei Überschreiten dieser Freigrenze würde ein **steuerpflichtiger Arbeitslohn** anfallen, bei Unterschreiten der Grenze liegt die Veranstaltung im **ganz überwiegenden eigenbetrieblichen Interesse** des Arbeitgebers und unterliegt daher nicht dem Lohnsteuerabzug.

Das FG hat entschieden, dass Sachleistungen, die weder den nicht teilnehmenden noch den teilnehmenden Arbeitnehmern zugewendet worden sind, nicht in die Durchschnittsberechnung einbezogen werden dürfen, selbst wenn dem Arbeitgeber dafür Betriebsausgaben entstanden sind. Dies folge daraus, dass der Arbeitnehmer die Kosten für den äußeren Rahmen nicht beeinflussen könne und insoweit auch **nicht bereichert** sei. Die Bereicherung des einzelnen Arbeitnehmers hänge nicht von der Teilnehmerzahl ab.

In der Praxis führt dies dazu, dass nicht nur die Kosten für Speisen und Getränke, sondern **sämtliche Kosten**, die auf die nicht teilnehmenden Arbeitnehmer entfallen, aus der Durchschnittsberechnung auszuscheiden sind. Dies können Teile der Kosten für Zelte, Musik, (Kinder-)Animation o.ä. sein. Anzumerken bleibt, dass mit diesem Urteil noch keine Rechtssicherheit eingekehrt ist. Vielmehr hat das FG die **Revision** zugelassen, so dass kein rechtskräftiges Urteil vorliegt. Daraus folgt aber, dass in absehbarer Zeit mit einer höchstrichterlichen Klärung durch den BFH zu rechnen ist.

Dr. Marcel Leez

Steuerrecht: Verpflichtung zur Übernahme der Schulungskosten des Betriebsrates

Um eine ordnungsgemäße und fachgerechte Betriebsratsarbeit sicherzustellen, ist der Arbeitgeber unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet, Betriebsräten die **Teilnahme an Schulungen** zu ermöglichen, also

sie hierfür freizustellen und für die dadurch entstehenden Kosten einzustehen. Diese Verpflichtungen des Arbeitgebers ergeben sich aus den §§ 40 Abs.1, 37 Abs. 6 des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG).

Streit entsteht in der betrieblichen Praxis allerdings immer wieder darüber, in welchen Fällen der Betriebsrat die **bezahlte Freistellung und Kostenübernahme** für eine solche Schulung verlangen kann.

Das **Bundesarbeitsgericht (BAG)** hat in einer Entscheidung vom 12.01.2011 erneut die Frage behandelt, ob der **Besuch eines Rhetorikkurses** durch ein Betriebsratsmitglied die Pflicht zur Freistellung und Kostentragung des Arbeitgebers auslösen kann. Noch in einer Entscheidung vom 20.10.1993 hatte das BAG dies verneint, wobei es damals sogar grundsätzliche Bedenken bekundet hatte, ob ein Rhetorikseminar überhaupt Fähigkeiten vermitteln könne, die für die Betriebsratsarbeit erforderlich sind. Im aktuellen Fall ging es nun um ein Rhetorikseminar für den Vorsitzenden eines 13-köpfigen Betriebsrats, eines ausgebildeten Koches, der seit 1989 als Kraftfahrer beschäftigt worden war. Seit April 2006 war er für die Betriebsrattätigkeit von der Arbeit freigestellt. Den Antrag auf Übernahme der Kosten für das Seminar begründete der Betriebsrat damit, dass dessen Vorsitzender nicht den rhetorischen Fähigkeiten des Personalleiters gewachsen sei, was sich insbesondere auf einer Betriebsversammlung gezeigt habe. An solchen Betriebsversammlungen nahmen regelmäßig 350 bis 400 Arbeitnehmer teil. Auch bei Betriebsvereinbarungsverhandlungen sehe der Betriebsratsvorsitzende sich immer wieder ihm rhetorisch überlegenen Geschäftsführern und deren Beratern gegenüber.

Das BAG hat nunmehr nicht mehr grundsätzlich ausgeschlossen, dass ein Rhetorikseminar erforderlich im Sinne des § 37 Abs. 6 BetrVG sein könne. Allerdings sei zu berücksichtigen, dass stets auf die konkreten Verhältnisse im Einzelfall zu schauen sei. Der Betriebsrat muss also konkret darlegen, warum ein Rhetorikseminar für eines seiner Mitglieder zur sachgerechten Erfüllung seiner Aufgaben des Betriebsrats erforderlich ist. Nach Auffassung des BAG handele es sich dabei auch nicht um ein Grundlagenseminar für Betriebsräte, so dass ein **aktueller, betriebsbezogener Anlass Voraussetzung für die Kostentragungspflicht** des Arbeitgebers sei. Vortrag hierzu sei – im Gegensatz zum hier vorliegenden Fall – nur für Schulungen entbehrlich, die erstmals gewählten Betriebsratsmitgliedern das Grundwissen für ihre Tätigkeit vermitteln sollen, also Grundkenntnisse des allgemeinen Arbeitsrechts, des Betriebsverfassungsrechts oder im Bereich der Arbeitssicherheit und Unfallverhütung.

Da die vom Betriebsrat gestellten Anträge bereits unzulässig waren, hat das BAG nicht abschließend in der Sache entschieden. Es hat jedoch klargestellt, dass nach den vorliegenden Eckdaten durchaus Anhaltspunkte gegeben seien, die eine Kostentragungspflicht des Arbeitgebers begründen könnten.

So sprächen schon die **Größe des Betriebsrats** sowie die **Teilnehmerzahl an Betriebsversammlungen** dafür, dass der Vorsitzende des Betriebsrats über rhetorische Fähigkeiten verfügen müsse.

Es dürfe allerdings nicht vergessen werden, dass – dies hatte der Betriebsrat hier unterlassen – bei einem Antrag auf Kostenübernahme **auch der konkrete Ort und der konkrete Zeitraum der Schulung** benannt werden müssten, da auch dies in die Erforderlichkeitsprüfung hineinspiele. Dem ist zuzustimmen, da der Betriebsrat bei der Auswahl der Schulungsveranstaltung zwar einen Beurteilungsspielraum hat und insbesondere keinen Preisvergleich betreiben, jedoch die betrieblichen Erfordernisse berücksichtigen muss. Dem steht nach Ansicht des BAG auch nicht entgegen, dass eine rechtskräftige Klärung der Erforderlichkeit der Betriebsratschulung vor der Schulung nahezu ausgeschlossen ist. Dieses Risiko sei bei nicht vorliegender Kostenübernahmezusage durch den Arbeitgeber von dem an der Schulung teilnehmenden Betriebsrat zu tragen. Verweigert der Arbeitgeber dann die Übernahme der Kosten, so muss der Betriebsrat dies nachträglich klären lassen.

Das BAG hat in einer weiteren Entscheidung vom 17.11.2010 noch einmal verdeutlicht, wie weit die Kostentragungspflicht des Arbeitgebers gehen kann. In dem zugrunde liegenden Fall sollte eine Arbeitgeberin die Schulungskosten eines erst kürzlich in den Betriebsrat eingetretenen Betriebsratsvorsitzenden für ein **Grundlagenseminar** tragen, welches **erst ca. 1 1/2 Monate vor Beendigung dessen Arbeitsverhältnisses** stattfand. Der Betriebsrat und sein Vorsitzender beriefen sich darauf, dass die Grundlagenschulung auch kurz vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses insbesondere deshalb erforderlich sei, weil ein Personalabbau bei der Arbeitgeberin anstehe und noch bis zum Ablauf des Arbeitsverhältnisses des Betriebsratsvorsitzenden über den Auslauf bzw. die Verlängerung von 19 befristeten Arbeitsverträgen zu entscheiden sei. Das BAG stellt zwar klar, dass ausnahmsweise auch eine Grundlagenschulungsveranstaltung nicht erforderlich im Sinne des § 37 Abs. 6 BetrVG und damit die Kosten dafür nicht erstattungsfähig seien, wenn kurzfristig das Ende der Amtszeit des Betriebsrats bevorstehe und daher die Schulung keinen Nutzen mehr haben könne. Auch könne nichts anderes gelten, wenn das Ende des Arbeitsverhältnisses des an der Schulung teilnehmenden Betriebsratsmitglieds kurz bevorstehe. Das BAG betont aber, dass **dem Betriebsrat hierbei ein Beurteilungsspielraum zukomme**, so dass ausreichend sei, wenn jedenfalls nicht abgesehen werden könne, dass die für die Betriebsratsarbeit notwendigen Grundkenntnisse in der Restlaufzeit des Arbeitsverhältnisses nicht mehr benötigt würden. Angesichts des Umstands, dass bis zum Ablauf des Arbeitsverhältnisses zahlreiche

Personalentscheidungen bei der Arbeitgeberin bevorzugen hätten, seien die geltend gemachten Kosten als erforderlich anzusehen.

Die beiden aktuellen Entscheidungen verdeutlichen, wie weitgehend das BAG die Kostentragungspflicht für Schulungsmaßnahmen des Arbeitgebers auslegt. **In Zweifelsfällen** muss daher damit gerechnet werden, dass ein Arbeitsgericht die **Kostentragungspflicht des Arbeitgebers** für die Schulung sowie die damit einhergehenden Kosten, also Übernachtungs-, Wege- und Lohnausfallkosten, eher bejahen als verneinen wird. In solchen Zweifelsfällen sollte ein

Arbeitgeber auch berücksichtigen, dass bei seiner Weigerung dem Betriebsrat die Möglichkeit zusteht, dies gerichtlich überprüfen zu lassen und der Arbeitgeber auch die dadurch entstehenden Kosten – unabhängig vom Ausgang des Verfahrens – einschließlich der Anwaltskosten des Betriebsrats zu tragen hat. Die Kostentragungspflicht in einem solchen Fall wäre lediglich ausgeschlossen, wenn die Rechtsverfolgung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hatte und daher mutwillig erfolgt ist, was jedoch höchstens in engen Ausnahmefällen angenommen werden kann.

Dr. Bastian-Peter Stenslik

Arbeitsrecht: Anforderungen an die Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM)

§ 84 Abs. 2 S. 1 Sozialgesetzbuch (SGB) IX enthält die Regelung, dass der Arbeitgeber bei Beschäftigten, die innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind, mit der zuständigen Interessenvertretung – bei schwerbehinderten Menschen außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung – mit Zustimmung und Beteiligung des Betroffenen die Möglichkeiten klärt, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen einer erneuten Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann (**betriebliches Eingliederungsmanagement**).

Das **Bundesarbeitsgericht (BAG)** hat in seiner Entscheidung vom 24.03.2011 die Gelegenheit genutzt, nochmals die **Grundsätze**, welche an eine **ordnungsgemäße Durchführung** des BEM zu stellen sind, hervorzuheben und seine bisherige Rechtsprechung zu bestätigen. Grundlage der Entscheidung war eine personenbedingte Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen. Der Kläger war seit dem 03.08.1998 als Lager- und Logistikarbeiter bei der Beklagten beschäftigt. In dem Zeitraum 2004 bis 2008 erkrankte er häufig kurzzeitig, 2008 zuletzt an 47 Tagen. Mit Schreiben vom 30.05.2008 kündigte die Beklagte schließlich das Arbeitsverhältnis ordentlich. Das BAG verwies die Sache zur neuen Verhandlung

und Entscheidung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht zurück. Dabei wies es ausdrücklich auf die nachfolgenden Punkte hin.

Zunächst stellte das BAG darauf ab, dass die Verpflichtung zur Durchführung des BEM für **jeden Arbeitgeber** gilt, also auch in einem **kündigungsschutzrechtlichen Kleinbetrieb**. Bereits im Jahr 2007 hat das BAG jedoch entschieden, dass die Durchführung des BEM **keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung** einer Kündigung ist, sondern den **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz konkretisiert**. Nach diesem Grundsatz muss der Ausspruch einer Kündigung für den Arbeitgeber das letzte Mittel („ultima ratio“) sein. Zuvor hat er alle ihm zumutbaren und geeigneten Mittel auszuschöpfen, um zukünftige Störungen im Arbeitsverhältnis zu vermeiden. Findet das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung, so bleibt die Nichtdurchführung des BEM demnach – kündigungsgesetzlich – folgenlos.

Sodann stellte das BAG fest, dass der Arbeitgeber sich nicht auf die von ihm entwickelten Grundsätze der **Darlegungs- und Beweislast** bei krankheitsbedingten Kündigungen berufen kann, wenn er das BEM entweder überhaupt nicht oder ein nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprechendes Verfahren durchführt. In beiden Fällen ist der Arbeitgeber vielmehr

gehalten, denkbare und vom Arbeitnehmer genannte Alternativen zu würdigen und im Einzelfall darzulegen, warum eine Anpassung des bisherigen Arbeitsplatzes an dem Arbeitnehmer zuträgliche Arbeitsbedingungen als auch eine Beschäftigung auf einem anderen – leistungsgerechten – Arbeitsplatz ausscheidet. Der **pauschale Vortrag** des Arbeitgebers, es bestehe kein alternativer oder leistungsgerechter Arbeitsplatz reicht dann **nicht** aus.

Nach einer Entscheidung des BAG aus dem Jahr 2009 entspricht jedes Verfahren, das die zu beteiligenden Personen, Stellen und Ämter mit einbezieht, welches keine mögliche Anpassungs- und Änderungsmöglichkeit ausschließt und in dem die Vorschläge der Teilnehmer sachlich erörtert werden, den Anforderungen des § 84 Abs. 2 SGB IX. In der vorliegenden Entscheidung geht das Gericht nun weiter auf dieses ein. Zwar trägt der Arbeitgeber die **Initiativlast** zur Durchführung eines BEM, er muss dem Beschäftigten, der innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig ist, das Verfahren anbieten. Lehnt der Arbeitnehmer dies jedoch ab, so ist der Arbeitgeber seiner **gesetzlichen Pflicht** in ausreichendem Maße nachgekommen. Dies allerdings nur, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über die **Ziele** des BEM sowie auf **Art und Umfang** der hierfür erhobenen und verwendeten **Daten** hingewiesen hat.

Wurde der Arbeitnehmer jedoch ordnungsgemäß über das BEM belehrt und stimmt er ihm nicht zu, so

ist das Unterlassen des BEM nach dem BAG „**kündigungsneutral**“. Voraussetzung für die Durchführung des BEM ist gerade die Zustimmung des Arbeitnehmers, ohne diese darf der Arbeitgeber an keine andere – ansonsten zu beteiligende – Stelle herantreten. In diesem Fall bleibt es in einem möglichen Prozess jedoch bei der klassischen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast bei einer krankheitsbedingten Kündigung.

Zwar kann der Arbeitgeber, wenn er die Durchführung des BEM unberechtigter Weise unterlassen hat, **später vortragen**, dass auch das BEM den Ausspruch einer personenbedingten Kündigung nicht hätte verhindern können. In diesem Fall muss er jedoch darlegen und beweisen, dass ein BEM in keinem Fall dazu beigetragen hätte, erneuten Krankheitszeiten des Arbeitnehmers vorzubeugen und ihm den Arbeitsplatz zu erhalten.

Das BAG fasst in der hier vorliegenden Entscheidung noch einmal alle **Voraussetzungen**, die an das BEM zu stellen sind zusammen. Gerade bei großen Unternehmen wird es nur mit erheblichen Anstrengungen möglich sein, dieser Anforderung für jeden Arbeitsplatz gerecht zu werden. An diese Belehrung sollten jedoch keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden, allein mit datenschutzrechtlichen Einwänden sollte ein BEM nicht zu Fall gebracht werden können.

Ralf Heine

Privates Baurecht: Streit um Nachträge

Kaum ein größeres Bauvorhaben wird abgewickelt, ohne dass es zu finanziellen Nachforderungen des Auftragnehmers, den „**Nachträgen**“, kommt. Auslöser dieser Ansprüche nach Mehrvergütung sind oft unvollständige Leistungsbeschreibungen, nachträgliche Änderungswünsche des Auftraggebers oder unvorhergesehene Erschwernisse bei der Bauausführung. Das kann etwa ein Baugrund sein, der sich anders als ausgeschrieben erweist. Oft besteht dann zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer **Streit** darüber, welche der erbrachten Leistungen mit der vereinbarten Vergütung abgegolten sind und für welche Leistungen dem Auftragnehmer eine zusätzliche Vergütung zusteht. Der Streit mündet nicht selten in **Arbeitseinstellungen** und

zieht mitunter sogar **Kündigungen des Vertrages** durch eine oder auch beide Parteien nach sich.

Entscheidend für die Frage, ob der Auftragnehmer eine zusätzliche Vergütung verlangen kann und zumeist Kern des Streites ist, ob die nach dem Vertrag geschuldete Leistung – das sogenannte **Bau-Soll** – von der tatsächlich erbrachten Leistung – dem sogenannten **Bau-Ist** – abweicht. Liegt eine **Abweichung** vor und fällt sie nicht in den Risikobereich des Auftragnehmers, besteht grundsätzlich **Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung**.

Die Bestimmung des Bau-Solls ist maßgeblich davon abhängig, wie die Leistung beschrieben worden ist.

Die **Leistungsbeschreibung** weicht bei den in der Praxis – selten in ihrer Reinform – auftauchenden Vertragstypen erheblich voneinander ab. Beim **Einheitspreisvertrag** liegt regelmäßig ein vom Auftraggeber erstelltes **detailliertes Leistungsverzeichnis** mit – vorläufigen – Mengenangaben vor. Beim **Detailpauschalpreisvertrag** ist typischerweise ebenfalls ein **vom Auftraggeber erstelltes Leistungsverzeichnis** vorhanden, auf dessen Grundlage vom Auftragnehmer zunächst ein Einheitspreisangebot abgegeben und dann später die Vergütung pauschaliert wird. Im Falle eines **Globalpauschalpreisvertrages** existiert hingegen in der Regel kein Leistungsverzeichnis, sondern lediglich eine **funktionale Leistungsbeschreibung**.

Grundsätzlich gilt: Je detaillierter und konkreter die Leistungsbeschreibung ist, umso besser lässt sich feststellen, welche Leistungen vom Bau-Soll umfasst sind und welche nicht. Um Streit von vornherein zu vermeiden gilt die „**wasserdichte**“ **Vertragsgestaltung** landläufig als für den Auftraggeber effektivste Methode, **Nachtragsforderungen** abzuwehren, oder besser gesagt, **erst gar nicht entstehen zu lassen**. Ist das Leistungsverzeichnis bei einem Einheitspreisvertrag vollständig und richtig und werden durch den Auftraggeber auch sonst keinerlei Änderungsanordnungen getroffen oder zusätzliche Leistungen verlangt, besteht in der Regel keine Möglichkeit für den Auftragnehmer, Nachträge geltend zu machen. Ebenso sind Nachtragsforderungen zumeist ausgeschlossen, wenn beim Pauschalpreisvertrag rein funktional ausgeschrieben wurde. Soweit die **Theorie**.

In der **Praxis** gelingt es jedoch kaum einem Auftraggeber, das Leistungsverzeichnis so aufzustellen, dass darin alle zur Erreichung des Werkerfolges tatsächlich notwendigen Arbeiten lückenlos beschrieben werden. Dies hat zur Folge, dass ein **erheblicher Spielraum für Nachtragsforderungen** besteht. Der Globalpauschalpreisvertrag bietet dem Auftraggeber zwar **maximale Kostensicherheit**, wird in der Praxis aber oft nicht gewählt, da dieser Vertragstyp wegen der lediglich funktionalen Leistungsbeschreibung den Nachteil hat, dem Auftraggeber **kaum Einfluss auf die konkrete Ausführung** der Leistung zu geben. Dies gilt zum Beispiel für die technische Lösung der Bauaufgabe oder die eingesetzten Baustoffe.

Auftraggeber versuchen deswegen in ihren Verträgen immer wieder mit sogenannten **Höchstpreis- oder Komplettheitsklauseln** Nachtragsrisiken auf den Auftragnehmer zu verlagern. So wird beispielsweise bei Einheitspreisverträgen die vorläufige Auftragssumme zum Höchstpreis erklärt oder beim Pauschalpreisvertrag bestimmt, dass der Auftragnehmer für den Pauschalpreis alle Leistungen zu erbringen hat, die für die vollständige Herstellung des Werkes erforderlich sind. Und dies selbst dann, wenn sie in den Vertrags-

unterlagen nicht erwähnt sind. Diese Versuche sind indes nicht immer von Erfolg gekrönt.

Denn die entsprechenden Klauseln stellen in den meisten Fällen **Allgemeine Geschäftsbedingungen** dar und unterliegen daher einer **Inhaltskontrolle**. Führt die mit einer solchen Klausel bezweckte Risikoverlagerung zu einer **unangemessenen Benachteiligung des Auftragnehmers**, ist die Klausel unwirksam. Tendenziell gilt, dass eine Höchstpreis- oder Komplettheitsklausel nur dann Gültigkeit hat, wenn die Planung dem Auftragnehmer übertragen wird, was praktisch nur beim Globalpauschalpreisvertrag der Fall ist. Beim Einheitspreisvertrag und beim Detailpauschalpreisvertrag, bei denen die Planungsleistungen meist vom Auftraggeber erbracht werden, sind Höchstpreis- oder Komplettheitsklauseln grundsätzlich unwirksam.

Höchst praxisrelevant ist die Frage, wie die Parteien sich am besten verhalten sollten, wenn es während der Bauausführung zum Streit um Nachträge kommt. Lehnt der Auftraggeber etwa einen berechtigten Nachtrag bereits dem Grunde nach ab, hat der Auftragnehmer das Recht, die Leistung zu verweigern. Er sollte das **Leistungsverweigerungsrecht** jedoch erst nach vorheriger rechtzeitiger – schriftlicher – Ankündigung ausüben. Der Auftragnehmer kann dem Auftraggeber in diesem Fall auch eine angemessene Frist zur Anerkennung des Nachtrages dem Grunde nach setzen und ihm für den fruchtlosen Fristablauf die **Kündigung des Vertrages androhen**. Von der Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts und erst recht von der Kündigung des Vertrages ist dem Auftragnehmer dringend abzuraten, wenn er sich nicht sicher ist, dass ein berechtigter Nachtrag vorliegt. Anderenfalls droht ihm die **schadensersatzbegründende Kündigung durch den Auftraggeber**.

Dies gilt selbstverständlich auch in umgekehrter Richtung: Auch der Auftraggeber sollte eine Kündigung des Vertrages nur dann aussprechen, wenn er sich sicher ist, dass der vom Auftragnehmer geltend gemachte Nachtrag unberechtigt ist. Denn kündigt der Auftraggeber und der Nachtrag stellt sich als berechtigt heraus, muss er die **vereinbarte Vergütung, abzüglich ersparter Aufwendungen und anderweitigem Erwerb**, dennoch **bezahlen**.

Deshalb ist wichtig: Absolut sicher kann man sich über die Berechtigung des Nachtrages nicht immer sein. Bei Streitigkeiten um Nachträge sollte daher die Schaffung von vollendeten Tatsachen wie Arbeitseinstellung oder Kündigung grundsätzlich vermieden und stattdessen in beiderseitigem Interesse eine **Interimslösung** gesucht sowie die **Bauausführung fortgesetzt** werden.

Dr. Marco Krenzer

Bau- und Architektenrecht: Vorsicht mit Aufrechnungsverboten in Werkverträgen!

Der **Bundesgerichtshof (BGH)** hat am 07.04.2011 ein für die Baupraxis höchst relevantes Urteil erlassen. Gegenstand des Urteils ist ein **Aufrechnungsverbot in einem Architekten-Formularvertrag**.

In Bau- und Planerverträgen findet sich häufig die Regelung, dass eine Aufrechnung gegen den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers nur mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung zulässig ist. Mit einem solchen Aufrechnungsverbot versuchen Auftragnehmer zu verhindern, dass die Zahlung ihrer Vergütung durch zweifelhafte und letztlich unberechtigte Mängelansprüche des Auftraggebers verzögert wird. Der Auftraggeber soll **gehindert** werden, gegen den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers **mit Schadensersatzforderungen** aus Planungs- oder Bauausführungsmängeln **aufzurechnen**. Er soll verpflichtet werden, die Vergütung zunächst ungekürzt an den Auftragnehmer zu zahlen und darauf verwiesen werden, seine Ansprüche sodann in einem gesonderten Rechtsstreit, dem sog. Rückforderungsprozess, geltend zu machen. Durch das Aufrechnungsverbot soll mithin der **Mittelfluss für den Auftragnehmer gesichert** und sollen **Liquiditätsprobleme vermieden** werden.

Ein solcher Sachverhalt lag dem eingangs genannten Urteil des BGH zugrunde: Ein Architekt und sein Bauherr hatten einen „Einheits-Architektenvertrag für Gebäude“ – nach dem von der Bundesarchitektenkammer herausgegebenen Muster – abgeschlossen. In den Allgemeinen Vertragsbedingungen zu diesem Vertrag war folgende Klausel enthalten: **„Eine Aufrechnung gegen den Honoraranspruch ist nur mit einer unbestritten oder rechtskräftig festgestellten Forderung zulässig“**. Der Architekt hatte gegen den Bauherrn Klage auf Zahlung von Honorar erhoben. Der Bauherr rechnete gegen den Honoraranspruch mit Schadensersatzansprüchen auf. Er machte geltend, dass es wegen fehlerhafter Planung und Bauüberwachung zu Schallschutzmängeln, Rissbildungen und Feuchtigkeit im Keller gekommen sei. Der Architekt war dem unter Berufung auf das vertragliche Aufrechnungsverbot entgegengetreten.

Der BGH entschied entgegen einer vielfach in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte vertretenen Auffassung, dass das **formularvertragliche Aufrechnungsverbot unwirksam** sei, da es den **Bauherrn entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteilige**. Die unangemessene Benachteiligung ergebe sich daraus, dass der Bauherr gezwungen werde, eine mangelhafte oder unfertige Leistung in vollem Umfang zu vergüten, obwohl ihm Gegenansprüche in Höhe der Mängelbeseitigungs- oder Fertigstellungskosten zustünden. Hierdurch werde das durch den Vertrag

geschaffene **Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung** in für den Bauherrn unzumutbarer Weise **gestört**. Infolge der Unwirksamkeit der Klausel könne der Bauherr mit seinen Gegenansprüchen wirksam aufrechnen.

Was bedeutet die Entscheidung des BGH für die **Baupraxis**?

Eines dürfte in jedem Fall feststehen: Das Urteil betrifft zwar ein formularmäßiges Aufrechnungsverbot in einem Architektenvertrag. Die Argumentation des BGH lässt sich jedoch ohne Weiteres auf **Bau- bzw. Werkverträge allgemein** übertragen. Damit dürfte eine Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), die eine Aufrechnung gegen den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers nur mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen für zulässig erklärt, nicht nur in Architektenverträgen, sondern auch in sonstigen Bauverträgen unwirksam sein. Ob mit einer entsprechenden Argumentation allerdings auch ein formularvertragliches Aufrechnungsverbot zulasten des Auftragnehmers für unwirksam erklärt werden könnte, dürfte hingegen offen sein.

Was bedeutet dies insbesondere für die **Vertragsgestaltung**?

In jedem Fall sollten Auftragnehmer von Bau- und Planerverträgen prüfen, ob sie ein entsprechendes Aufrechnungsverbot in ihren AGB verwenden. Ist dies der Fall, ist zu überlegen, ob die **Reichweite des Aufrechnungsverbot eingeschränkt werden** sollte. Denn: Ob möglicherweise ein enger gefasstes Aufrechnungsverbot wirksam ist, hat der BGH offen gelassen. Denkbar wäre es, das Aufrechnungsverbot so zu formulieren, dass Ansprüche des Auftraggebers auf Mängelbeseitigungs- oder Fertigstellungsmehrkosten unberührt bleiben. Zu beachten ist allerdings, dass der BGH den Schutz des Vertragspartners des Verwenders von AGB tendenziell großzügig interpretiert. Ob vor diesem Hintergrund Aufrechnungsverbote, die nicht in das vertragliche Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung eingreifen, einer Inhaltskontrolle standhalten, bleibt daher abzuwarten. Es liegt allerdings auf der Hand, dass eine Beschränkung des Aufrechnungsverbot auf derartige Ansprüche **nicht geeignet** ist, den **Mittelfluss** für den Auftragnehmer **zu sichern**, eine entsprechende Klausel für den Auftragnehmer also kaum einen nennenswerten Wert besitzt.

Als Lösung in Betracht kommt die **individualvertragliche Vereinbarung des Aufrechnungsverbot** mit dem bisherigen Inhalt. Individualvereinbarungen unterliegen – anders als AGB – keiner Inhaltskontrolle.

Bei ihnen sind die Grenzen der Unwirksamkeit wesentlich weiter gezogen. Unwirksam sind Individualvereinbarungen erst dann, wenn sie sittenwidrig oder wucherisch sind, der Inhalt gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen Treu und Glauben verstößt. Aber auch hier ist Vorsicht geboten: Selbst ein Auftragnehmer, der ein entsprechendes Aufrechnungsverbot als individuelle vertragliche Regelung aushandelt, kann nicht vollkommen sicher sein, dass dies einer gerichtlichen Überprüfung auch wirklich standhält. Es mag nämlich bezweifelt werden, ob es noch **interessengerecht** und **mit dem Gebot von Treu und Glauben vereinbar** ist, wenn der Auftragnehmer die Möglichkeit hätte, seine Vergütungs-

forderung ohne Erbringung einer mangelfreien und fertigen Leistung in vollem Umfang durchzusetzen.

Für **laufende Rechtsstreitigkeiten** ist zu berücksichtigen, dass die Entscheidung des BGH für deren Ausgang erhebliche Bedeutung haben kann. Denn: Nach der Rechtsprechung genießt der Verwender von AGB grundsätzlich **keinen Vertrauensschutz** dahingehend, dass seine Klausel zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auch mit der damals aktuellen Rechtsprechung in Einklang stand, d. h. als wirksam angesehen wurde.

Dr. Marco Krenzer

Bürgschaften: Verzicht auf Einrede aus § 768 BGB: Sicherungsabrede unwirksam

§ 768 BGB gibt dem Bürgen die Möglichkeit, die dem **Hauptschuldner zustehenden Einreden** selbst gegenüber der Forderung des Gläubigers geltend zu machen.

Zu der Frage der **Wirksamkeit von Einredevorzichten in Sicherungsabreden** ist bereits in der Vergangenheit eine Vielzahl von Entscheidungen ergangen, ohne dass dabei eine einheitliche Linie in der Rechtsprechung erkennbar war. Nunmehr hatte der **Bundesgerichtshof (BGH)** – Urteil vom 28.07.2011 – VII ZR 207/09 – diese Frage erneut zu entscheiden.

In dem von dem BGH entschiedenen Fall übertrug die Auftraggeberin (AG) der Auftragnehmerin (AN) Rohbau- und Erdarbeiten. Die Auftragserteilung erfolgte unter Einbeziehung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) sowie zusätzlicher Vertragsbedingungen (ZVB). In den ZVB wurde unter anderem Folgendes geregelt:

„12.2 Für die vertragsgemäße Abwicklung der Leistungen nach der Abnahme, insbesondere für die Gewährleistung, hat der Auftragnehmer Sicherheit in Höhe von 5 % der Abrechnungssumme einschließlich Mehrwertsteuer zu leisten. Diese Sicherheit wird nach Ablauf der Gewährleistungsfrist zurückgegeben, sofern das Werk zu diesem Zeitpunkt mangelfrei ist.

12.3 Bürgschaften sind entsprechend dem Muster des Auftraggebers auszustellen unter Verzicht auf die Einreden aus den §§ 770, 771 und 772 BGB und auf Hinterlegung. Bürgschaften sind entsprechend § 17 Abs. 4 unbefristet auszustellen.“

In dem beigefügten Bürgschaftsformular fand sich folgende Regelung:

„Auf die Einrede der Anfechtbarkeit, der Aufrechenbarkeit und Vorklage gemäß §§ 770, 771 BGB, auf die Einrede gemäß § 768 BGB sowie auf das Recht gemäß § 776 BGB wird verzichtet.“

Die Bürgin übernahm unter Verwendung des Musters eine Gewährleistungsbürgschaft. Nachdem die AN in Insolvenz geraten war, nahm die AG die Bürgin aus der Bürgschaft wegen Ersatzvornahmekosten für Mangelbeseitigung in Anspruch und machte ihre Forderung klageweise geltend.

Der BGH wies die Klage ab. Als Begründung führte er an, dass die **Sicherungsabrede unwirksam** und die **Sicherheit – Bürgschaft – deshalb ohne Rechtsgrund** geleistet worden sei. Denn der **formulärmäßig** vereinbarte Einredevorzicht des Bürgen sei unwirksam.

Die Sicherungsabrede ist nach der Ansicht des BGH dahin auszulegen, dass die AN eine Bürgschaft zu

leisten hat, die den Verzicht auf die Einrede gemäß § 768 BGB beinhaltet. Das **Bürgschaftsmuster**, welches den Verzicht enthält, gehört kraft Bezugnahme in der Sicherungsabrede unter Nr. 12.2 ZVB zum **Inhalt der Sicherungsvereinbarung**.

Der Unwirksamkeit der Sicherungsabrede steht nach der Entscheidung des BGH auch nicht entgegen, dass der AN in dem zu entscheidenden Fall ein **Wahlrecht** im Hinblick auf **verschiedene Sicherungsmöglichkeiten** zustand. Vorliegend konnte die AN die Sicherheit durch auf ein Sperrkonto einzuzahlenden Einbehalt oder Hinterlegung von Geld oder eben durch Gestellung einer Bürgschaft leisten, § 17 Abs. 2 VOB/B. Ein solches Wahlrecht bietet jedoch **keinen Vorteil**. Denn diese Wahlmöglichkeit führt nicht dazu, dass die AN den ihr nach der Abnahme gesetzlich zustehenden Werklohn ausgezahlt bekommt und damit **Liquidität** erlangt. Liquidität erhält die AN lediglich durch Gestellung einer Bürgschaft.

Nach dem vorliegenden Vertrag sollte eine solche Bürgschaft allerdings einen Einredeverzicht enthalten. Die Gestellung einer Bürgschaft mit einem Einredeverzicht stellt aber **keinen angemessenen Ausgleich** für die AN dar. Dies soll an folgendem **Beispiel** verdeutlicht werden:

Die AN löst den vertraglich vereinbarten 5% Sicherheitseinbehalt in Höhe von 20.000,00 € nach Schlussabrechnung durch Gestellung einer Bürgschaft mit Einredeverzicht ab. Die 20.000,00 € bekommt sie daraufhin von der AG ausbezahlt. In der Folgezeit rügt die AG Mängel und macht gegenüber der AN einen Kostenvorschussanspruch in Höhe von 18.000,00 € zur Mängelbeseitigung geltend. Die AN weist den Kostenvorschussanspruch aufgrund einer ihr zustehenden Einrede – beispielsweise einem Zurückbehaltungsrecht – zu Recht zurück. Die AG nimmt daraufhin die Bürgin auf Zahlung der 18.000,00 € in Anspruch. Die Bürgin kann sich aufgrund des Verzichts nicht auf die Einrede der AN berufen. Die AG bekommt die 18.000,00 € daher von der Bürgin ausbezahlt. Die Bürgin nimmt als Konsequenz ihrerseits die AN auf Erstattung der 18.000,00 € in Anspruch. Im Verhältnis zur Bürgin ist die AN wiederum zur Zahlung der 18.000,00 € aus dem Bürgschaftsverhältnis verpflichtet. Da die AN an die Bürgin zahlen muss, verliert sie die Liquidität, welche sie durch Gestellung der Bürgschaft und Auszahlung des Sicherheitseinhaltes erst erhalten hatte.

Die Gestellung einer Bürgschaft mit Einredeverzicht hätte also zur Folge, dass die Bürgin aufgrund des sich aus der Klausel ergebenden Verzichtes eine der AN zustehende **Einrede** gegenüber der AG **nicht erheben kann**. Sie müsste die Forderung der AG **aus der Bürgschaft erfüllen**, auch wenn dieser Forderung eine Einrede der AN entgegensteht. Als

Konsequenz würde die Bürgin ihrerseits die AN mit der Forderung belasten. Durch diese **Rückbelastung der AN** könnte dieser – jedenfalls vorübergehend – die **Liquidität** zu Unrecht – da der AN ja eine Einrede gegenüber der der Forderung der AG zusteht – **wieder entzogen** werden. Eine der AN zustehende Einrede gegenüber der Forderung der AG, welche auch die Bürgin erheben könnte, würde dagegen möglicherweise verhindern, dass die AN den durch die Gestellung der Bürgschaft erhaltenen Werklohn – in Höhe der von der AG geltend gemachten Forderung – wieder an die AG ausbezahlen muss. Durch die **Erhebung der Einrede** wäre somit die **Liquidität der AN bewahrt**.

Ferner hat der BGH die in den ZVB enthaltenden Regelungen zur Sicherungsabrede und die Regelung in dem Bürgschaftsmuster selbst als **eine einzige Sicherungsabrede** verstanden. Auch der Umstand, dass die einzelnen Bestandteile der streitgegenständlichen Sicherungsabrede einer **sprachlichen und räumlichen Trennung** unterliegen, steht einer **geschlossenen Konzeption** der Sicherungsabrede nach der Entscheidung des BGH nicht entgegen. Die geschlossene Konzeption zwingt zu einer einheitlichen, die wirtschaftlichen Interessen der Vertragsparteien berücksichtigenden Gesamtbeurteilung des Regelungsgefüges. Die Sicherungsabrede kann vorliegend durch die Abtrennung sprachlich und räumlich abgesetzter Teile nicht aufrecht erhalten werden, weil damit die **untrennbare Einheit** aufgelöst würde.

Konsequenz der Unwirksamkeit des formularmäßigen Verzichts auf die Einrede ist die **Unwirksamkeit der Sicherungsabrede insgesamt**. Die AG konnte die Bürgin nicht aus der Bürgschaft in Anspruch nehmen, sondern war vielmehr verpflichtet, die **Bürgschaft**, welche ohne Rechtsgrund geleistet wurde, an diese **herauszugeben**.

Die Frage der Wirksamkeit von Sicherungsabreden ist von großer **praktischer Bedeutung**. Häufig werden auftraggeberseits Vertragsformulare verwendet, die eine unwirksame Sicherungsabrede enthalten. Dies hat schwerwiegende Konsequenzen, da der Auftraggeber dann keine **Absicherung** seiner Ansprüche gegenüber dem Auftragnehmer hat. Damit trägt er letztlich das **Insolvenzrisiko** des Auftragnehmers.

Die Entscheidung des BGH verdeutlicht ferner, dass auch die räumliche und sprachliche Trennung der einzelnen Bestandteile von Sicherungsabreden nicht weiterhilft. Sicherungsabreden sind als eine einheitliche Konzeption zu betrachten. Soweit also nur ein Teil bzw. eine Bestimmung der Abrede unwirksam ist, läuft der AG Gefahr, dass die gesamte Sicherungsabrede unwirksam ist.

Silke Herbst

Immobilienrecht: Grenzüberschreitende Bebauung zur Wärmedämmung

Nunmehr ist die gesetzgeberische Absicht, von der wir bereits zuvor (Mandanteninformation 2/2011) berichtet hatten, als **neues Landesgesetz** realisiert. Für Zwecke der **Wärmedämmung** darf man, unter näheren einschränkenden Voraussetzungen, das eigene Gebäude, wenn es direkt oder allzu nah an der Grenze steht, **über die Grenze hinaus auf das Nachbargrundstück „ausbauen“**.

Und umgekehrt: Der Grundstückseigentümer, in dessen Grundstück hinein die Wärmedämmmaßnahmen über die Grundstücksgrenze hinaus eingebaut werden sollen, muss dies dulden.

Die Voraussetzungen nach dem neuen **§ 23 a des NRW-Nachbarrechtsgesetzes** lassen sich so auflisten:

- Das fragliche Gebäude muss schon bestehen. Mit anderen Worten: Man darf jetzt nicht so scharf an die Grenze heranbauen, dass der Platz für eine Wärmedämmung fehlt, und dann mutwillig zusätzlich über die Grenze hinweg eine Wärmedämmung anbringen. Es geht also um eine Begünstigung von **Altbauten**.
- Es muss sich um eine **Maßnahme** an einem bestehenden Gebäude handeln, die „**für Zwecke der Wärmedämmung** vorgenommen“ wird.
- Diese Wärmedämmmaßnahme darf nicht über die Bauteileanforderungen in der jeweils maßgeblichen **Energieeinsparverordnung** hinausgehen. Dabei handelt es sich um eine bundesrechtliche Verordnung.
- Eine vergleichbare Wärmedämmung kann nicht auf andere Weise mit vertretbarem Aufwand vorgenommen werden. Zu dieser Voraussetzung zeigen die Materialien, dass schon von technischer Beratung her eine „**Innen-Wärmedämmung**“ als vielfach problematisch beurteilt wird und im Hause Schimmelbildung und Schäden drohen. Im Übrigen soll es als nicht vertretbarer Aufwand gelten, wenn im Gebäudeinneren merklich Wohnfläche verloren geht.
- Die Überbauung, also mit den Wärmedämmmaterialien, darf die **Benutzung des überbauten Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigen**. Hier ist eine Beurteilung im konkreten Fall erforderlich. Der Gesetzgeber setzt aber eine klare Grenze: Eine wesentliche Beeinträchtigung ist nach der gesetzlichen Vorschrift auf jeden Fall dann anzunehmen, wenn die Überbauung die Grenze in der Tiefe um **mehr als 0,25 m** überschreitet.

Nicht nur die eigentlichen Wärmedämmmaterialien dürfen angebracht werden, sondern auch über die Grenze hinaus **Anpassungen an Bauteilen** wie Dach, Fensterbänken, vorgenommen werden.

Der Eigentümer des in Anspruch genommenen Grundstücks darf einen **finanziellen Ausgleich** verlangen, und wenn man sich nicht anderweitig einigt, nach den Grundsätzen einer dauerhaften sog. „**Überbaurente**“. Mehr an Ausgleichszahlung jedenfalls als den Grundstückswert der überbauten Fläche gemäß dem Bodenrichtwert kann er auf keinen Fall verlangen.

Der Eigentümer des Gebäudes, der den Wärmeschutz anbringen lässt, ist dann auch verpflichtet, diesen und die Nachbarwand dauerhaft ordnungsgemäß instand zu halten. Daran wird er ohnehin interessiert sein, damit der Wärmeschutzeffekt auch erhalten bleibt.

Streitanfällig ist gewiss und vorhersehbar die Frage, ob denn nun die Anbringung der Wärmedämmung nur unwesentlich oder doch wesentlich beeinträchtigt. Die Erwägungen in Begründung und Parlament deuten darauf hin, dass mindestens bei einer knappen Zufahrt deren weitere Verschmälerung durch Wärmedämmmaterialien eine nicht hinzunehmende wesentliche Beeinträchtigung darstellen dürfte. Wenn freilich eine Einfahrt 3 m breit ist, üblicherweise Kraftfahrzeuge aber kaum mehr als 2 m breit sind, so wird es sehr auf eine **wertende Betrachtung** des Einzelfalls ankommen. Ist das überbaute Nachbargrundstück ungenutzt, oder nur ein Garten oder sonstige Freifläche, so wird wohl eine wesentliche Beeinträchtigung kaum anzunehmen sein.

Wie stets in nachbarlichen Verhältnissen – Streit sollte tunlichst vermieden werden. Vielleicht gibt es, auch bei technischen Varianten, Kompromisslösungen. Allerdings – durch die gesetzliche Änderung hat jetzt der Energiesparwillige und an Wärmedämmung interessierte Gebäudeeigentümer grundsätzlich ein Recht zum Überbau. Das ist neu. Der Gesetzgeber hat durchaus gesehen, dass darin ein Eingriff in das Grundeigentumsrecht des Nachbarn liegt. Er gilt aber als gerechtfertigt, weil er die Sozialpflichtigkeit des Eigentums konkretisiert.

Wenn allerdings der Nachbar des wärmegeprägten Gebäudes später seinerseits ein **Gebäude bis direkt an die Grundstücksgrenze neu errichten** will, so darf er das. In diesem Fall muss in diesem Anbaubereich die **vorhandene Wärmedämmung** beseitigt werden.

Und schließlich gilt, wie bei vergleichbarer Ausübung des sog. „Hammerschlagsrechts“ Folgendes: Die

Absicht, über die Grenze hinauszubauen und Wärmedämmung anzubringen, ist mit der allgemeinen Frist **rechtzeitig vorab** dem Grundstückseigentümer des Nachbargrundstücks **bekanntzuge-**

ben. Dabei ist auch Art und Umfang der Baumaßnahme mitzuteilen, und zwar schriftlich.

Dr. Egon A. Peus

Sanierung / Insolvenz: Verwertung von Vermögenswerten im Ausland in der Insolvenz

Das **Insolvenzverfahren** dient in der Regel dazu, die Vermögenswerte des Schuldners zu sichern und eine möglichst umfängliche und gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger zu erreichen. Dabei ist in jedem europäischen Land das Insolvenzverfahren individuell geregelt. Ein einheitliches Insolvenzverfahren für alle **Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU)** gibt es nicht.

Zuständig für das Insolvenzverfahren sind die Gerichte des Landes, in dem der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners liegt. Dabei ist die Definition der hauptsächlichen Interessen vom Einzelfall abhängig und insbesondere weder an die Staatsangehörigkeit einer natürlichen Person oder an den Sitz einer Gesellschaft gebunden.

Eine Gesellschaft oder eine natürliche Person, über deren Vermögen in Deutschland ein Insolvenzverfahren eröffnet wird, besitzt oder besaß nicht selten auch **Immobilien**, die **im Ausland** gelegen sind. Soweit der Schuldner die Immobilien nicht im Vorfeld der Insolvenz veräußert hat, können diese nach dem deutschen Insolvenzrecht ohne Weiteres zur Masse gezogen und vom Insolvenzverwalter zugunsten der Gläubiger verwertet werden. Dass die Immobilie im Ausland gelegen ist, stellt kein Hindernis dar.

Sofern jedoch der Schuldner das Eigentum an der Immobilie vor Insolvenzantragstellung auf einen Dritten übertragen hat, ist sie nicht mehr Bestandteil der Insolvenzmasse, eine unmittelbare Verwertung durch den Insolvenzverwalter ist nicht möglich. Die Übertragung kann gegebenenfalls jedoch im Wege der **Insolvenzanfechtung** rückgängig gemacht werden. Aus Sicht des **erwerbenden Dritten** können die Risiken einer Insolvenzanfechtung durch eine sorgfältige Vertragsgestaltung bereits gemindert werden. Die Prüfung der Möglichkeiten einer Insolvenzanfechtung kann auch aus Sicht eines **Insolvenzgläubigers** sinn-

voll sein, denn er hat im Insolvenzverfahren grundsätzlich das Recht, auf den Insolvenzverwalter einzuwirken und ihn zur bestmöglichen Verwertung des Schuldnervermögens anzuhalten.

Maßgeblich für die Bewertung der Risiken oder Möglichkeiten einer Insolvenzanfechtung ist, nach dem **Recht welchen Staates** sich die Insolvenzanfechtung richtet. Dies ist wesentlich, da die Staaten der EU die Insolvenzanfechtung individuell geregelt haben.

Soweit die Immobilie im EU-Ausland gelegen ist, regelt die Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren (EuInsVO), die internationalen Zuständigkeiten. Gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. m) EuInsVO gilt zunächst einmal das Recht des Staates, in dem das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Für den Fall einer Insolvenzeröffnung in Deutschland richtet sich die Anfechtbarkeit also nach dem **deutschen Insolvenzanfechtungsrecht**.

Es besteht allerdings für den Anfechtungsgegner gemäß Art. 13 EuInsVO die Möglichkeit, eine Anfechtung abzuwenden, wenn er nachweist, dass für die benachteiligende Handlung – also die Veräußerung oder die Übertragung der Immobilie – das **Recht eines anderen Mitgliedsstaats** als des Staates der Verfahrenseröffnung maßgeblich und in diesem Falle die Handlung in keiner Weise nach diesem Recht angreifbar ist.

Die Frage, welches Recht auf die **Grundstücksübertragung** anwendbar ist, richtet sich wiederum nach dem internationalen Privatrecht. Gemäß Art. 43 Abs. 1 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB) unterliegen Rechte an einer Sache dem Recht des Staates, in dem sich die Sache befindet. Maßgeblich ist also das Recht des Landes, in dem die Immobilie liegt.

Der Insolvenzverwalter könnte jedoch anstelle der Eigentumsübertragung an sich den der Übertragung zugrundeliegenden **Vertrag** – in der Regel ein Kauf- oder Schenkungsvertrag – anfechten mit der Folge, dass der Eigentumsübertragung eine rechtliche Grundlage fehlt und das übertragene Grundstück nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung an die Insolvenzmasse zurückzugewähren ist. Es stellt sich dann wiederum die Frage, ob der Anfechtungsgegner auf das mildere Anfechtungsrecht eines anderen Staates verweisen kann. Dies richtet sich nach der Verordnung Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (ROM I).

Gemäß Art. 3 ROM I steht es den Parteien grundsätzlich zu, das Recht, dem der Vertrag unterliegen soll, frei zu wählen. Die **Rechtswahl** kann auch nachträglich erfolgen oder nachträglich geändert werden gemäß Art. 3 Abs. 2 ROM I. Allerdings können die Parteien gemäß Art. 3 Abs. 3 und 4 ROM I nicht zwingende Vorschriften des Staates, dessen Recht ohne eine Rechtswahl anzuwenden wäre, umgehen. Diese sind trotz der Rechtswahl anwendbar.

Wenn die Parteien keine Rechtswahl vornehmen, ist auf den Vertrag gemäß Art. 4 Abs. 1 c ROM I das Recht des Staates anzuwenden, in dem die Immobilie gelegen ist. Demzufolge muss auch hier eine Prüfung vorgenommen werden, ob nach dem Anfechtungsrecht dieses Landes die Immobilie zurückgewährt werden müsste.

Fazit: Der Erwerber einer Immobilie im Ausland, dem die Möglichkeit bekannt ist, dass sich der Veräußerer in der Krise befindet, sollte bei der Gestaltung des Veräußerungsvertrages das Risiko einer Insolvenzanfechtung nicht unbeachtet lassen und die internationalen Bezüge des Rechtsgeschäftes berücksichtigen und für sich nutzen.

Der Insolvenzgläubiger, dem bekannt ist, dass der Schuldner eine Immobilie im Ausland besitzt oder besaß, sollte seine Verfahrensrechte mit Blick auf die oftmals erheblichen Vermögenswerte nutzen, um sicherzustellen, dass Ansprüche der Insolvenzmasse nicht übersehen oder unzutreffend beurteilt werden.

Heike Middendorf

Beihilferecht: Der zivilrechtliche Anspruch von Konkurrenten auf staatliche Rückforderung von rechtswidrig gewährten Beihilfen an Wettbewerber

Beihilfen führen regelmäßig zu **Wettbewerbsverzerrungen** zwischen den Wirtschaftsteilnehmern und beeinträchtigen das Ziel der Europäischen Union, einen einheitlichen europäischen Binnenmarkt herzustellen. Sie müssen daher ab einer gewissen Größenordnung – 200.000 Euro **De-Minimis-Schwellenwert** – grundsätzlich bei der EU-Kommission vor ihrer Gewährung durch die jeweilige staatliche Stelle (z.B. Bund, Länder oder Kommunen) angemeldet werden. Hierzu können unter anderem gehören: Vergabe von Krediten zu vergünstigten Konditionen, Befreiung von Steuern und Abgaben, Übernahme von Bürgschaften, Übernahme von Verlusten, Kapitalzuführungen, unentgeltliche oder unter Marktpreis liegende Überlassung von Grundstücken und Lieferung von Gütern oder Dienstleistungen zu Vorzugsbedingungen. Die Kommission entscheidet dann über die Zulässigkeit der Maßnahme. Flankiert wird diese Vorabkontrolle

durch ein **Durchführungsverbot** (auch „stand still“-Klausel genannt). Danach ist bis zur positiven Entscheidung der Kommission die tatsächliche Gewährung der Beihilfe untersagt.

Die **Kontrolle** über die Einhaltung dieses Durchführungsverbotes hat der Europäische Gerichtshof seit einer grundlegenden Entscheidung im Jahre 1993 in ständiger Rechtsprechung in die Hände der **nationalen Gerichte** gelegt und Wettbewerbern von Beihilfeempfängern das Recht eingeräumt, den Staat als Beihilfegeber auf Rückforderung der Beihilfe zuzüglich Zinsen vom Empfänger zu verklagen. Diese Vorgaben sind in der Vergangenheit von den zivilen Instanzgerichten in Deutschland unzureichend beachtet worden. Mit der Begründung, dass das Durchführungsverbot nicht die Funktion hätte, die Gegebenheiten eines bestimmten Marktes festzulegen und

gleiche Voraussetzungen für die auf diesem Markt tätigen Wettbewerber zu schaffen, wurden Rückforderungsansprüche der Wettbewerber verneint und ihre Klagen als unbegründet abgewiesen.

Dieser bisherigen Entscheidungspraxis hat nun der **BGH** in gleich zwei Urteilen vom 10.02.2011 widersprochen und Wettbewerbern das Recht eingeräumt, die **Rückforderung** von **Beihilfen** samt **Zinsen** zu verlangen. Geklagt hatten die Fluggesellschaften Lufthansa und Air Berlin gegen die Betreibergesellschaften der Flughäfen Frankfurt-Hahn und Lübeck. Diese hatten ihrem Wettbewerber Ryanair unterschiedliche Begünstigungen u.a. in Form eines Marketing-Support (Bereitstellung von bevorzugten Leistungen und Diensten im Zusammenhang mit der Flugdurchführung/ -abfertigung und Abwicklung, Verkauf, Administration und Nutzung von Flughafeneinrichtungen) bzw. ermäßigter Flughafentgelte (allein im Fall Frankfurt-Hahn betrug der Vorteil 2,679 Mio. Euro) gewährt.

Wie das höchste deutsche Zivilgericht ausführt, hat das Durchführungsverbot nach der Rechtsprechung des EuGH gerade die Funktion, die **Interessen** derjenigen zu schützen, die von der **Verzerrung** des **Wettbewerbs betroffen** sind, die durch die Gewährung der – schon allein wegen der Verletzung des Durchführungsverbots – rechtswidrigen Beihilfe hervorgerufen wurde. Daher sind die nationalen Gerichte verpflichtet, entsprechend ihrem nationalen Recht die notwendigen Maßnahmen sowohl bezüglich der Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfemaßnahme als auch bezüglich der Rückforderung der finanziellen Unterstützung zu treffen. Sie haben grundsätzlich einer **Klage auf Rückzahlung von unter Verstoß** gegen diese Vorschrift **gezahlten Beihilfen stattzugeben**. Jede andere Auslegung würde dem Verbotstatbestand seine prak-

tische Wirksamkeit nehmen und seine Missachtung durch den staatlichen Beihilfegeber aufrechterhalten.

Die Folgen dieser als **Paradigmenwechsel** zu bezeichnenden Entscheidung sind **erheblich**. **Konkurrenten** von Unternehmen, die nicht notifizierte Beihilfen erhalten haben, haben nun die Möglichkeit selbst die dadurch bedingte Wettbewerbsverzerrung durch gerichtliche Entscheidung beseitigen zu lassen. Die **öffentliche Hand** und **etwaige Beihilfeempfänger** werden in Zukunft zusätzlich zu beachten haben, dass die Gewährung von Vergünstigungen nicht allein der Kontrolle der EU-Kommission im „fernen“ Brüssel, sondern auch der Überprüfung durch das jeweils örtlich zuständige Zivilgericht unterliegt. Die Gewährung von Vorteilen seitens staatlicher Stellen sollte daher sorgfältig auf beihilferechtliche Implikationen untersucht werden. Sind sie erst einmal gewährt und werden diese später von einem Gericht als Beihilfe, die unter Verstoß gegen die „stand still-Klausel“ durchgeführt wurden, qualifiziert, droht eine Verurteilung der öffentlichen Hand zur Rückforderung derselben inklusive Zinsen. Die **Abwehr** dieser Konkurrentenklage ist nach dem BGH selbst dann nicht möglich, wenn die Rückforderung, zu der der staatliche Beihilfegeber verurteilt werden soll, gegenüber dem Beihilfeempfänger aufgrund etwaig eingetretener **Verjährung nicht durchgesetzt** werden kann. Der Rückgriff hierauf ist dem Beihilfeempfänger aus Treu und Glauben grundsätzlich versagt.

Die beiden Entscheidungen des BGH belegen deutlich, dass das Beihilferecht eine Rechtsmaterie ist, die in Anbetracht des immer härter werdenden Wettbewerbs zwischen Unternehmen, weiter an Bedeutung gewinnen wird.

Dr. Andreas Lotze / Dr. Markus Segeth

Vergaberecht: Parallele Bieterbeteiligung an öffentlichen Ausschreibungen

Parallele Bieterbeteiligungen führen immer wieder zu Streitigkeiten zwischen Auftraggebern und Bietern. Hintergrund ist der Verdacht wettbewerbswidriger Preisabsprachen, beispielsweise bei der parallelen Beteiligung konzernverbundener Unternehmen oder bei der Beteiligung eines Bieters, der zugleich Mitglied einer Bietergemeinschaft ist. In der Vergangenheit führten derartige Beteiligungsformen in der Regel zum sofortigen Verfahrensausschluss der

betroffenen Unternehmen. Das OLG Düsseldorf hat nun in einer Reihe von Entscheidungen die Rechte der Bieter gestärkt.

Das OLG Düsseldorf bestätigt in seinen jüngsten Entscheidungen zu **Parallelbewerbungen konzernverbundener Unternehmen**, dass die Angebotslegung von zwei oder mehreren miteinander verbundenen Unternehmen – beispielsweise zwei Tochtergesell-

schaften derselben Konzernmutter – allein im Hinblick auf die zwischen ihnen durch die Konzernverbundenheit vorhandenen möglichen Schnittstellen und Berührungspunkte zwar eine objektiv erhöhte Gefahr wettbewerbswidriger Absprachen begründet (Beschluss vom 13.04.2011, Verg 4/11; ebenso Beschluss vom 11.05.2011, Verg 1/11). Eine derartige Beteiligung an ein und demselben Vergabeverfahren ist aber zulässig. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich bei den beiden Biestern um rechtlich selbständige juristische Personen handelt und konkrete Anhaltspunkte für eine wettbewerbsbeschränkende oder unlautere Verhaltensweise nicht ersichtlich sind. **Ein automatischer Ausschluss der Bieter würde in diesem Fall gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen** und zu einer Verringerung von Wettbewerb führen, die dem Sinn und Zweck des Vergaberechts entgegensteht.

Den Biestern muss danach die Gelegenheit gegeben werden, die Vermutung wettbewerbswidriger Absprachen zu widerlegen. Abweichend von der üblichen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast obliegt den Biestern danach der Nachweis und die Darlegung, dass Umstände und Vorkehrungen vorliegen, die die Unabhängigkeit und Vertraulichkeit der Angebote gewährleisten. Diese Verschiebung der Obliegenheiten ist dem OLG Düsseldorf zufolge geboten, da die vorgenannten Umstände und Vorkehrungen schließlich aus der Sphäre der Bieter herrühren. Soweit die Bieter davon Kenntnis haben, dass sich auch ein verbundenes Unternehmen um denselben Auftrag bewirbt, hat der **Nachweis bereits mit dem Angebot**, andernfalls **spätestens auf Aufforderung** des Auftraggebers zu erfolgen.

Das OLG Düsseldorf überträgt in dem vorgenannten Beschluss seine Rechtsprechung zu **Doppelbewerbungen von Einzelbiestern, die zugleich Mitglieder einer Bietergemeinschaft** sind. Nachdem diese Konstellation von der überwiegenden Rechtsprechung lange Zeit für unzulässig erachtet wurde mit der Folge, dass Bieter, die sich parallel beteiligten, unmittelbar vom Verfahren ausgeschlossen wurden, verbietet das OLG Düsseldorf auch in dieser Konstellation einen automatischen Ausschluss (Beschluss

vom 13.09.2004, VI-W (Kart) 24/04). Zwar bestätigt das OLG Düsseldorf, dass die Kenntnis des Einzelbieters von dem Angebot oder den Angebotsgrundlagen der Bietergemeinschaft oder andersherum mit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgebot schlechterdings nicht vereinbar sei. Dem Bieter bzw. der Bietergemeinschaft müsse aber in ihren Angeboten ebenfalls die Gelegenheit gegeben werden, sich zu den **Maßnahmen und Vorkehrungen** zu erklären, die in ihrem Fall den Geheimwettbewerb wahren. Ist danach ein Verstoß gegen den Geheimwettbewerb nicht ersichtlich, wäre ein Ausschluss unverhältnismäßig und würde die Bieter in ihren Rechten verletzen.

Auch bei der Konstellation einer **parallelen Beteiligung als Einzelbieter und als Nachunternehmer eines anderen Bieters** genügt der bloße Umstand, dass ein Bieter ein eigenes Angebot einreicht und daneben in dem Angebot eines anderen Bieters als Nachunternehmer genannt wird, nicht für einen Angebotsausschluss. Denn dieser Umstand begründet nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung nicht ohne Weiteres die erforderliche Kenntnis beider Angebote und damit einen Verstoß gegen den Geheimwettbewerb. Vielmehr müssen weitere Tatsachen hinzukommen, die nach Art und Umfang des Nachunternehmereinsatzes sowie mit Rücksicht auf die Begleitumstände eine sichere Kenntnis des Konkurrenzangebotes annehmen lassen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.04.2008, Verg 2/08). Der Bieter bzw. der Nachunternehmer kann sich daher auch in diesem Fall von dem Verdacht einer unzulässigen Absprache exkulpieren. Gleiches gilt in dem Fall, in dem ein **Unternehmen als Nachunternehmer zweier verschiedener Bieter** eingesetzt wird.

Die Entscheidungspraxis geht nach alledem mittlerweile in interessengerechter Weise auf die jeweiligen Verantwortungssphären der Beteiligten ein. Dem öffentlichen Auftraggeber kommt eine erhöhte Aufklärungsfunktion, den betroffenen Biestern paralleler Beteiligungsformen die Nachweisfunktion zu.

Dr. Stefan Mager / Barbara v. der Recke

Energierecht: Rechtliche und tatsächliche Restriktionen für den Ausbau regenerativer Energien

Die **Reaktorkatastrophe** von Fukushima, die sich infolge des „**Tōhoku-Erdbebens 2011**“ in Japan ereignete, hat die Welt verändert. Dies ist schon in Anbetracht der durch das Erdbeben **freigesetzten**

Energie von unvorstellbaren $3,9 \times 10^{22}$ Joule, was etwa dem **83-fachen Weltenergiebedarf** des Jahres 2009 entspricht, nicht verwunderlich. Sowohl gesellschaftlich als auch rechtlich stellen die Ereignisse von

Fukushima eine **Zäsur in der Energiepolitik** dar. Besonders deutlich wurde dies im Bereich der Atomenergie, als unmittelbar nach dem Reaktorunfall in Japan alle deutschen Kernkraftwerke (KKW) vorübergehend abgeschaltet und Sicherheitsüberprüfungen unterzogen wurden, die sieben ältesten KKW sogar ganz abgeschaltet blieben und auch nicht mehr ans Netz gehen werden. Der in rasantem Tempo (und dafür durch den Bundespräsidenten gerügte) über Partei- und Koalitionsgrenzen hinweg vor der Sommerpause verabschiedete **endgültige Atomausstieg** sieht nunmehr eine stufenweise Abschaltung aller deutschen KKW bis zum Jahr 2022 vor.

Diese Entscheidung des Gesetzgebers strahlt auch in den **Bereich der regenerativen Energien** aus. Die „Brückentechnologie Atomkraft“ fällt als Stromerzeuger weg – kompensiert werden soll dies durch den massiven Ausbau der „Zieltechnologie erneuerbare Energien“ und die **Verdoppelung des Ökostrom-Anteils bis 2020** auf mindestens 35 %. Die **Windkraft** ist im Bereich Stromerzeugung das Zugpferd – sie liegt mit 36,5 TWh (Terrawattstunden) bereitgestellter Energie im Jahr 2010 nach wie vor an der **Spitze der regenerativen Stromerzeuger** und soll weiter gefördert werden. Hierfür wurden bereits jetzt erleichterte Voraussetzungen für den Bau von **Offshore-Windanlagen** im **Erneuerbare-Energien-Gesetz** (EEG) normiert, das **Baugesetzbuch** (BauGB) wurde Ende Juli durch das „Gesetz zur Stärkung der klimagerechten Entwicklung in den Städten und Gemeinden“ novelliert, um unter anderem „angemessene Regelungen zur Absicherung des **Repowering von Windenergieanlagen**“ zu schaffen. In Nordrhein-Westfalen ist am 11.07.2011 der **Windenergieerlass** in Kraft getreten, der erhebliche Hürden für die Planung abschaffen und einen beschleunigten Ausbau der Windenergie in NRW ermöglichen soll. Schließlich ist das **Netzausbaubeschleunigungsgesetz** (NABEG) verabschiedet worden, das die Planungs- und Bauzeiten von „Stromautobahnen“ verkürzen soll.

In diesen Kontext fällt eine **Entscheidung des OLG Hamm** vom 03.05.2011, in der es um die **Anschlusspflicht eines Windkraftwerks an das Netz durch den Stromnetzbetreiber** ging. Wesentlich für die Entscheidung war die Frage, ob eine **gesamtwirtschaftliche Kostenanalyse**, also der technische und wirtschaftliche Vergleich zwischen zwei möglichen Verknüpfungspunkten, auch nach dem EEG 2009 in demselben Netz, entsprechend der BGH-Rechtsprechung zu den Vorschriften des EEG 2000 und 2004, vorzunehmen sein soll.

Das EEG 2009 bestimmt unter anderem, wie und unter welchen Voraussetzungen Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien an die Netze für die allgemeine Versorgung mit Elektrizität

angeschlossen werden müssen. Es privilegiert die regenerativen Stromerzeuger im Hinblick auf den Anschluss, da diese Anlagen vorrangig an das Netz angeschlossen werden müssen. In § 5 Abs. 1 S. 1 EEG 2009 heißt es hierzu ausdrücklich: *„Netzbetreiber sind verpflichtet, Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien und aus Grubengas **unverzüglich vorrangig** an der Stelle an ihr Netz **anzuschließen** (Verknüpfungspunkt), die im Hinblick auf die Spannungsebene geeignet ist, und die in der Luftlinie **kürzeste Entfernung zum Standort der Anlage aufweist**, wenn nicht ein anderes Netz einen **technisch und wirtschaftlich günstigeren Verknüpfungspunkt aufweist**“.* Aus Abs. 2 folgt die Berechtigung des Anlagenbetreibers, einen anderen Verknüpfungspunkt dieses oder eines anderen im Hinblick auf die Spannungsebene geeigneten Netzes zu wählen. Auch kann der Netzbetreiber unter der Voraussetzung, dass eine vollständige Abnahme des Stroms gesichert ist, einen weiteren Verknüpfungspunkt bestimmen, dies jedoch nicht aus dem Grund, dass das Netz vollständig ausgelastet ist. Sollte dies der Fall sein, hat der Netzbetreiber die **Netzkapazität zu erweitern**.

In letztgenanntem Fall hat der **Netzbetreiber die Kosten der Optimierung, Verstärkung und des Ausbaus des Netzes zu tragen**. Den zuvor genannten Absätzen ist gemein, dass anfallende Mehrkosten immer von demjenigen getragen werden müssen, der diese veranlasst hat. Für den eigentlichen **Netzanschluss** von regenerativen Stromerzeugungsanlagen an den Verknüpfungspunkt ist immer der **Anlagenbetreiber verantwortlich**, soweit es sich um notwendige Kosten handelt.

Die Klägerin in der genannten Entscheidung des OLG Hamm ist **Betreiberin von Windkraftanlagen** und machte **Schadensersatzansprüche** gegen die Beklagte, eine Stromnetzbetreiberin, aufgrund des **fehlerhaften Anschlusses einer Windkraftanlage** an deren Netz geltend. Sie beabsichtigte, vier Windkraftanlagen (WEA) zu errichten und diese an das Stromnetz der Beklagten anzuschließen. Zwei WEA wurden an eine Sonderkundenstation angeschlossen, eine Anlage nicht verwirklicht und die streitgegenständliche WEA 5 an die weiter entfernt liegende Ortsnetzstation im gleichen Netz angeschlossen. Zuvor hatte die Klägerin die Beklagte aufgefordert, WEA 5 ebenfalls an die Sonderkundenstation anzuschließen. Ihren Anspruch stützte die Klägerin hierbei sowohl auf § 5 Abs. 1 EEG 2009 als auch auf § 5 Abs. 2 EEG 2009. Im Prozess hat sie von der Beklagten Ersatz der unter Vorbehalt gezahlten Anschluss-Mehrkosten von **rund 200.000 €** verlangt. Erstinstanzlich wurde die Beklagte antragsgemäß verurteilt.

Die Beklagte war der Auffassung, dass auch **nach dem EEG 2009** weiterhin die BGH-Rechtsprechung

Bestand habe, dass eine **gesamtwirtschaftliche Kostenanalyse** auch vorgenommen werden müsse, wenn die **verschiedenen Verknüpfungspunkte in einem Netz** liegen. Weiterhin habe an dem von der Klägerin begehrten Anschlusspunkt eine Überlastung gedroht – der Ausbau des Anschlusspunktes sei wegen zu hoher Kosten unzumutbar gewesen.

Das OLG Hamm hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und der Klägerin den Schadensersatzanspruch zugebilligt. In der Begründung führt es aus, dass durch den veränderten Wortlaut des EEG 2009 nun **nicht mehr eine gesamtwirtschaftliche Analyse in demselben Netz anzustellen** sei. Die BGH-Rechtsprechung sei nicht zu übertragen, da der **Wortlaut des § 5 Abs. 1 EEG 2009** von einem „anderen“ Netz spreche und nicht, wie Abs. 2 dies vorsieht, zwischen „diesem“ und einem „anderen“ Netz differenziert. Dem **Gesetzgeber** war zudem die höchstrichterliche Rechtsprechung bekannt, sodass davon auszugehen sei, dass diese **bewusst nicht übernommen** werden sollte. Die Ausnahme des § 5 Abs. 1 EEG 2009 a.E. wäre folglich nur zum Tragen gekom-

men, wenn in einem anderen Netz ein technisch und wirtschaftlich günstigerer Verknüpfungspunkt gelegen hätte. Dies war vorliegend nicht der Fall. Auch konnte sich die Beklagte nicht auf die Unwirtschaftlichkeit des Ausbaus berufen.

Das Gericht hat am Wortlaut und anhand der Entstehungsgeschichte der Norm unter Einbeziehung der alten BGH-Rechtsprechung eine Begründung aufgebaut, die die **Anwendung des § 5 Abs. 1 EEG 2009 erheblich erleichtert**. Die Norm ist nunmehr **eindeutig formuliert** und lässt so eine interessengerechtere, da rechtssichere Beratung zu. Netzbetreiber sollten prüfen, ob nach Inkrafttreten der Norm in ähnlich gelagerten Fällen ebenfalls die alte BGH-Rechtsprechung in der Bewertung von Anschlussfragen herangezogen wurde. In diesem Fall ist eine **Schadensersatzklage des Anlagenbetreibers nach der Rechtsprechung des OLG Hamm nicht aussichtslos**, da der Anspruch erst nach drei Jahren verjährt.

Dr. Christian Stenneken / Christoph Schmidt

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

Am **16.11.2011** wird unser Partner **Dr. Egon A. Peus** bei der **Forschungsstelle Anwaltsrecht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Münster** einen Vortrag halten. Der Titel des Vortrages, in den Rechtsanwalt Dr. Peus seine langjährige Erfahrung als Vorsitzender des Anwaltsgerichts für den Bezirk der Rechtsanwaltskammer Hamm einfließen lassen wird, lautet **„Anwaltliches Berufsrecht – Der Berufsstand und seine Gerichtsbarkeit“**

Auch in diesem Jahr findet wieder unser beliebtes **Arbeitsfrühstück Immobilienrecht** statt. Auf vielfachen Wunsch der Teilnehmer vergangener Veranstaltungen, werden unser Partner **Hans-Jochen Hütter** und Salary Partner **Dr. Marco Krenzer** zur **Gestaltung und Abwicklung von Architektenverträgen auf Grundlage der HOAI 2009** vortragen. Das Arbeitsfrühstück Immobilienrecht findet am **17.11.2011** im **Hotel park inn** in Bochum statt. Weitere Einzelheiten zu der Veranstaltung sowie die Möglichkeit zur Anmeldung per E-Mail finden Sie demnächst auf unserer bekannten Internetseite www.aulinger.eu.

Ebenfalls **Mitte November 2011** wird ein **Arbeitsfrühstück des Fachbereichs Vergaberecht** stattfinden. Das genaue Datum und der Veranstaltungsort folgen ebenfalls in Kürze auf unserer Internetseite. Über Ihr Interesse an dieser Veranstaltung würden wir uns sehr freuen. Anmeldungen per eMail nimmt Frau Urmann (christine.urmann@aulinger.eu) bereits jetzt gerne entgegen.

Für das Wintersemester 2011/2012 hat Rechtsanwalt **Christoph Schmidt** einen **Lehrauftrag an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf** erhalten. Er veranstaltet dort mit zwei weiteren Lehrbeauftragten das Berufsfeldprojekt **„PR-Kampagne zur Energiewende in Deutschland“**.

Aktuelle Veröffentlichungen von AULINGER Rechtsanwälte:

Dr. Achim Tempelmann / Dr. Bastian-Peter Stenslik	„Staffelung von Arbeitgeberleistungen nach dem Lebensalter“, Deutsches Steuerrecht 2011, Seite 1183 bis 1386
Dr. Bastian-Peter Stenslik	BB-Entscheidungsreport und BB-Kommentar zu BAG, Urteil vom 9.1.2011 – 10 AZR 873/08 –, Betriebs-Berater 2011, Seite 1535 bis 1536, Seite 1662
Ralf Heine	BB-Kommentar zu BAG, Urteil vom 27.1.2011 – 2 AZR 825/09 –, Betriebs-Berater 2011, Seite 2174 bis 2175
Ralf Heine	BB-Entscheidungsreport zu BAG, Urteil vom 19.1.2011 – 10 AZR 738/09 –, Betriebs-Berater 2011, Seite 2048
Dr. Marcel Leez	„Auswirkungen der Neuregelungen der Selbstanzeige auf den Teilnehmer an einer Steuerhinterziehung“, Steuerrecht kurz gefasst 2011, Seite 339
Dr. Stefan Mager / Barbara Freifrau von der Recke	„Die Beachtung des Geheimwettbewerbs im Vergabeverfahren bei Parallelangeboten konzernverbundener Unternehmen“, Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 2011, Seite 541
Dr. Andreas Lotze	„Die zivilrechtliche Feststellungsklage als Instrument der Geltendmachung von Beihilfeverstößen durch Wettbewerber“, Zeitschrift für Beihilferecht, Ausgabe September 2011
Inken Hansen	„Aushilfen anheuern“, PERSONAL Zeitschrift für Human Ressource Management Ausgabe Juli/August 2011, Seite 66 f.
Dr. Marco Krenzer	„Streit um Nachträge besser vermeiden als austragen“, Deutsches Baublatt, Ausgabe September/Okttober 2011, Seite 30

In den einzelnen Beiträgen können die angesprochenen Themen nur schlagwortartig und in gedrängter Kürze dargestellt werden. Die Lektüre ersetzt also in keinem Fall eine gründliche Rechtsberatung! Sollten Sie feststellen, dass Sie im Einzelfall Beratungs- oder Handlungsbedarf haben, so bitten wir Sie, Ihren vertrauten Anwalt bei AULINGER Rechtsanwälte anzusprechen oder sich an eines unserer Büros in Bochum oder Essen zu wenden.

Für Fragen, Anregungen und Kritik zu diesem Mandantenrundschreiben stehen wir alle Ihnen gern zur Verfügung.

Redaktion: Dr. Markus Haggenev / Dr. Marco Krenzer

<p>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</p>	<p>Reinhard Knälmann, Notar a.D. Hans-Jochen Hütter, Notar Prof. Dr. Karlheinz Lenkaitis, Notar Dr. Egon A. Peus, Notar Dr. Matthias Koch Dr. Andreas Eickhoff, Notar Dr. Volker Weinreich, Notar Dr. Achim Tempelmann, Notar</p>	<p>Dr. Thomas Huesmann, Notar Inken Hansen Dr. Marco Krenzer Dr. Stephan Löwisch, LL.M. Cornelius Kruse, LL.M. Dr. Bastian-Peter Stenslik Markus Winnacker, LL.M.</p>	<p>Büro Essen: "Villa Bredenev" 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</p>	<p>Dr. Andreas Lotze Dr. Martin Alberts, Notar Dr. Christian Stenneken Dr. Markus Haggenev Dr. Stefan Mager Dr. Melanie Verstege Sebastian Hauptmann Stephanie Feurstein</p>
<p>Partnerschaftsgesellschaft Sitz Essen Amtsgericht Essen PR 1671 Partner ist, wer als Partner im Partnerschaftsregister eingetragen ist</p>				