

BATTKE BRIEF

MANDANTENINFORMATION

Juli 2011

Liebe Leserin, lieber Leser,

das griechische Parlament hat Ende Juni das Sparpaket auf den Weg gebracht, das Europa für die weitere Gewährung der Finanzhilfe verlangt hatte. Neben Steuererhöhungen gehört dazu aber auch die beabsichtigte Veräußerung von Immobilien und staatlichen Unternehmen bzw. Unternehmensbeteiligungen im Wert von rund 50 Mrd EUR, wie die Financial Times berichtet. Der Verkauf von Tafelsilber, vor allem die Privatisierung staatlicher Unternehmen gehört aber auch in Deutschland und besonders im kommunalen Bereich zu den Instrumenten der Entschuldung der öffentlichen Haushalte. In unserem heutigen Schwerpunktthema beleuchtet Ludger Meuten eine besondere Seite dieser Geschäfte, die oftmals übersehen wird: Bei dem Verkauf von Beteiligungen können vergaberechtliche Fragen eine wesentliche Rolle spielen, wenn zuvor dem Unternehmen ein öffentlicher Auftrag erteilt worden war.

Jenseits von Finanz- und Eurokrise beherrschen aber seit geraumer Zeit vor allem »Skandalmeldungen« aus und über Unternehmen immer mal wieder die Schlagzeilen. Ob Deutsche Bahn, Telecom, Siemens, Volkswagen, HSH-Nordbank oder zuletzt Ergo-Versicherung – immer geht es um spektakuläres Fehlverhalten von Mitarbeitern und Vorständen, die nicht nur beträchtliche materielle Nachteile sondern auch erhebliche Imageschäden zur Folge haben. Der Druck steigt: Die Öffentlichkeit wird immer sensibler und auch seitens der Behörden und Staatsanwaltschaften wächst der Verfolgungsdruck. Gleichzeitig wird der Gesetzesdschungel immer undurchdringlicher. Aus Sicht der Unternehmen kann es nur heißen, solche Verfehlungen zu vermeiden und zu verhindern. »Compliance« ist das neue Modewort, das eigentlich diese Selbstverständlichkeit umschreibt. Es geht für die Unternehmen aber nicht mehr nur um »innere Angelegenheiten« und darum, nachträglich Schaden zu liquidieren; es geht darum, von vornherein von den handelnden Personen in der Produktion, im Vertrieb bis hin zum Vorstand rechtmäßiges und ethisches Verhalten einzufordern, dies zu überwachen und Regeln und Systeme zu etablieren, die das effektiv ermöglichen. Es geht um modernes, vorausschauendes Rechtsmanagement, das einen wesentlichen Mehrwert für die Unternehmen schafft. BattkeGrünberg wird sich diesem Thema in Zukunft intensiv widmen. Im Herbst werden wir für interessierte Unternehmen ein »Compliance«-Frühstück zur Einführung in die Thematik anbieten; den Veranstaltungshinweis finden Sie in diesem Heft. Leider wirft die Rechtsprechung sinnvollen Ansätzen, die nicht nur im Interesse des einzelnen Unternehmens sondern im allgemeinen Interesse liegen sollten, immer wieder Steine in den Weg – auch darüber berichten wir in unserer Rubrik Gesellschaftsrecht.

Wir wünschen Ihnen eine angenehme Lektüre

Ihre Battke Grünberg Rechtsanwälte

BATTKE GRÜNBERG
RECHTSANWÄLTE

№ 2 / 2011

INHALT

| | |
|--------------------------------|----|
| Schwerpunktthema | 2 |
| Gesellschaftsrecht | 7 |
| Arbeitsrecht | 12 |
| Kommunalwirtschaftsrecht | 17 |
| Internes | 18 |
| Veranstaltungen | 19 |
| Impressum | 20 |



DIE KOLLISION VON VERGABERECHT UND GESELLSCHAFTSRECHT – EINE UNTERSCHÄTZTE PROBLEMATIK –

1. Ausgangslage

Neben dem Arbeitsrecht erscheint das Gesellschaftsrecht als eine der letzten Bastionen, die sich dem Zugriff des Vergaberechts haben erfolgreich widersetzen können. Kann sich jedoch das Arbeitsrecht auf eine europarechtlich abgesicherte Exemptionsklausel in § 100 Abs. 2 GWB stützen, gelten für das Gesellschaftsrecht die allgemeinen Grundsätze über den Anwendungsbereich des Vergaberechts. Dies hat zur Folge, dass je nach gesellschaftsrechtlicher Fragestellung im Einzelfall zu prüfen ist, ob vergaberechtliche Bestimmungen zu beachten sind oder nicht. Vor dem geschilderten Hintergrund ist festzustellen, dass insbesondere die Übertragung von Geschäftsanteilen an einer Kapitalgesellschaft – regelmäßig einer GmbH – die mit der Durchführung eines öffentlichen Auftrages nach § 99 Abs. 1 GWB beauftragt werden soll oder wurde, vergaberechtliche Implikationen auslöst.

2. Die Übertragung von Geschäftsanteilen – Vergaberecht »infiziert« Gesellschaftsrecht

Anerkannt und unbestritten ist, dass die bloße Übertragung der Anteile an einer Gesellschaft, die bis dahin ausschließlich von einem öffentlichen Auftraggeber gehalten wurden, auf ein privates Unternehmen nicht dem Vergaberecht unterliegt. Dies wurde zuletzt durch den Europäischen Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 6. Mai 2010 bestätigt. Ausdrücklich heißt es in der Entscheidung, dass die Veräußerung von Aktien an einen Bieter im Rahmen der Privatisierung eines öffentlichen Unternehmens nicht in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fällt (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Mai 2010, Rs.: C – 145/08 und C – 159/08). Dieser Befund findet seine Rechtfertigung in dem Umstand, dass das Vergaberecht Beschaffungsvorgänge der öffentlichen Hand erfasst. Die Übertragung von Anteilen an einem privaten Unternehmen stellt jedoch gerade das Gegenteil einer Beschaffung dar.

Eine andere Betrachtung ist jedoch dann angezeigt, wenn die Übertragung der Geschäftsanteile mit dem Neuabschluss, der Verlängerung oder der wesentlichen Änderung eines Vertrages über die Beschaffung

von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, verbunden ist. Bei letzterem handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 GWB, so dass die Transaktion in den Fokus des Vergaberechts gerät. Demgemäß hat das Oberlandesgericht Düsseldorf in Übereinstimmung mit der herrschenden Vergabespraxis in seinem Beschluss vom 21. November 2007 festgestellt, dass die Umstrukturierung eines Hafen- und Bahnbetriebes, der bislang als Eigenbetrieb des öffentlichen Auftraggebers geführt wurde, in eine gemeinsame Gesellschaft mit einem privaten Partner dann dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterfällt, wenn die zu gründende Gesellschaft zugleich mit der Erbringung von Dienstleistungen für den öffentlichen Auftraggeber beauftragt werden soll. Bei einer solchen Konstellation ist nicht nur die Veräußerung von Anteilen an der zu gründenden Gesellschaft beabsichtigt, sondern gleichfalls der Abschluss eines öffentlichen Auftrages nach § 99 GWB. Dies rechtfertigt es, den gesamten Transaktionsvorgang dem Vergaberechtsregime zu unterwerfen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. November 2007, Az.: VII – Verg 32/07). Der Abschluss des Dienstleistungsvertrages hat gleichsam die – eigentlich vergaberechtsneutrale – gesellschaftsrechtliche Transaktion vergaberechtlich infiziert.

Allerdings ist die Auswahl eines Partners für eine gemeinsame Gesellschaft regelmäßig mit höheren Anforderungen verbunden, als die Suche nach einem nur vertraglich gebundenen Dienstleister. Dieser Besonderheit wird vergaberechtlich dadurch Rechnung getragen, dass sich der öffentliche Auftraggeber für die europaweite Ausschreibung des flexiblen Verhandlungsverfahrens bedienen darf.

3. Vergaberecht droht nur bei »einheitlichen Verträgen«

Eine vergaberechtliche »Infizierung« der Übertragung von Geschäftsanteilen erfolgt jedoch nur dann, wenn die einzelnen Teile des beabsichtigten Vorhabens – also Übertragung von Geschäftsanteilen bzw. Grün-

zung einer gemeinsamen Gesellschaft auf der einen und Abschluss eines öffentlichen Auftrages nach § 99 GWB auf der anderen Seite – nach dem Willen des Auftraggebers untrennbar miteinander verbunden sind und somit ein unteilbares Ganzes bilden. Ungeachtet der einzelnen Regelungen und Bestandteile liegt dann ein einziger – wenn auch gemischter – Vertrag vor (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Mai 2010, Rs.: C – 145/08 und C – 149/08). Ob ein vergaberechtlich einheitlich zu beurteilender Vertrag vorliegt ist jeweils anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Als Indizien für einen einheitlichen Vertrag wird vom Europäischen Gerichtshof unter anderem herangezogen, ob die Übertragung der Geschäftsanteile und die Beauftragung als Einheit ausgeschrieben werden und ob die öffentliche Hand auf Grund der Struktur der Vergabe auf ein einziges Unternehmen als Vertragspartner angewiesen ist. In seiner so genannten »Kasino-Entscheidung« hatte der Europäische Gerichtshof darüber zu befinden, ob die Übertragung von 49 % des Kapitals eines öffentlichen Unternehmens auf ein privates Unternehmen und die Beauftragung mit der Erbringung von Dienst- und Bauleistungen einen einheitlichen Vertrag darstellt oder ob es sich um zwei gesondert zu beurteilende Vorgänge handelt. Der Europäische Gerichtshof hat hier entschieden, dass ein einheitlicher gemischter Vertrag vorliegt, da der öffentliche Auftraggeber notwendig darauf angewiesen ist, den Vertrag mit einem einzigen Partner abzuschließen, der nicht nur über die erforderliche Finanzkraft zum Erwerb der Geschäftsanteile verfügt, sondern zugleich die professionelle Erfahrung zur Erbringung der Dienstleistung – vorliegend der Betrieb eines Casinos – aufweist (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Mai 2010, Rs.: C – 145/08 und C – 149/08).

4. Wege aus dem Vergaberecht – die »Theorie des Hauptgegenstandes«

Mit der Feststellung, dass die Übertragung der Geschäftsanteile untrennbar mit der Beauftragung von Dienst- und/oder Bauleistungen verbunden ist, ist jedoch nur geklärt, dass es sich um einen einheitlichen gemischten Vertrag handelt, der auch vergaberechtlich einheitlich zu beurteilen ist. Mit diesem Befund ist jedoch nicht zwingend die uneingeschränk-

te Anwendbarkeit des Vergaberechts verbunden. Das Vergaberecht kann zwar grundsätzlich neutrale Geschäfte – wie die Übertragung von Geschäftsanteilen – infizieren, jedoch nur, wenn der Anteil des Vergaberechts an dem einheitlichen Vertrag hinreichend von Bedeutung ist. Es entspricht der gefestigten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, dass für die vergaberechtliche Beurteilung eines Vertrages, der sowohl Elemente einer ausschreibungspflichtigen Bau- oder Dienstleistung als auch Elemente eines vergaberechtsfreien Rechtsgeschäftes aufweist, der Hauptgegenstand des Vertrages maßgeblich ist. Wie sich wiederum der Hauptgegenstand eines Vertrages bestimmen lässt kann der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes allerdings nicht mit abschließender Sicherheit entnommen werden. Auch hier wird maßgeblich auf die Besonderheiten des Einzelfalles abzustellen sein. So hat der Europäische Gerichtshof in dem Vertragsverletzungsverfahren Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland im Jahr 2009 die Auffassung vertreten, dass bei der Ermittlung des Hauptgegenstandes eines einheitlichen Vertrages, der Elemente eines ausschreibungspflichtigen Bauauftrages und Elemente eines vergaberechtsfreien Mietvertrages über ein Grundstück enthielt, nicht die Höhe der Vergütung oder die Art und Weise ihrer Zahlung ausschlaggebend ist. Vielmehr ist das vorrangige Ziel, welches der öffentliche Auftraggeber mit dem Vertragsschluss verfolge, zu ermitteln (vgl. EuGH, Urteil vom 29. Oktober 2009, Rs.: C – 536/07). Demgegenüber hat der Europäische Gerichtshof in der bereits erwähnten »Kasino-Entscheidung« vom 6. Mai 2010 maßgeblich darauf abgestellt, dass die Einkünfte, welche das private Unternehmen infolge des Erwerbes der Aktien an dem öffentlichen Unternehmen erzielen werde, die Vergütung aus dem Dienstleistungsvertrag über die Betriebsführung des Casinos bei weitem übersteigen werde. Auch sei der Betriebsführungsvertrag und damit die zu erzielende Vergütung – anders als die Einkünfte als Aktionär der Gesellschaft – zeitlich befristet. Aus diesem Grunde sei es – so der Europäische Gerichtshof – gerechtfertigt, den Erwerb der Anteile an dem Unternehmen als Hauptgegenstand des einheitlichen Vertrages zu qualifizieren. Dies hatte zur Folge, dass die Übertragung der Anteile, obwohl

sie mit Elementen eines ausschreibungspflichtigen Bau- und/oder Dienstleistungsvertrages untrennbar verbunden war, nicht dem Vergaberecht unterfiel (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Mai 2010, Rs.: C – 145/08 und C – 149/08).

Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass die Übertragung von Geschäftsanteilen an einem öffentlichen Unternehmen nur dann vergaberechtlich infiziert ist, wenn zum einen die Übertragung untrennbar mit dem Abschluss eines Bau- und/oder Dienstleistungsauftrages verbunden ist und Letzterer den Hauptgegenstand des einheitlich zu beurteilenden Rechtsgeschäfts darstellt. Für die Ermittlung des Hauptgegenstandes sind sowohl die Vergütungen als auch die weiteren Vertragszwecke zu berücksichtigen.

5. Der Faktor Zeit

Die zuvor geschilderten Konstellationen waren dadurch geprägt, dass die Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft beziehungsweise die Übertragung der Anteile an einer öffentlichen Gesellschaft zeitlich mit der Beauftragung von Bau- und/oder Dienstleistungen zusammenfiel und daher die Annahme eines einheitlichen Rechtsgeschäftes nahe liegt. Zur Vermeidung der vergaberechtlichen Infizierung der Übertragung von Geschäftsanteilen ist der Gedanke daher nicht allzu fernliegend, eine zeitliche Zäsur zwischen der Übertragung der Geschäftsanteile und der Beauftragung der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft mit der Erbringung von Bau- und/oder Dienstleistungen vorzunehmen. Jedoch gilt es auch hier zu differenzieren:

Erfolgt die Gründung der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft beziehungsweise die Übertragung der Geschäftsanteile zeitlich vor der beabsichtigten Beauftragung kann dies zwar darauf hindeuten, dass zwischen dem gesellschaftsrechtlichen und dem vergaberechtlichen Rechtsgeschäft kein untrennbarer Zusammenhang besteht. Mangels einheitlichen Vertrages ist es gerechtfertigt, die Übertragung der Geschäftsanteile nicht auszuschreiben. Dies hat aber keinen Einfluss darauf, dass die Beauftragung der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft dann dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterfällt.

Nicht ausgeschlossen ist daher die Konstellation, dass der öffentliche Auftraggeber mit dem privaten (Wunsch-)Partner zwar vergaberechtsfrei eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft gründet, diese sich dann jedoch im europaweiten Ausschreibungsverfahren gegenüber ihren Mitbewerbern nicht durchzusetzen vermag und ein anderes Unternehmen zu beauftragen ist.

Bei der zweiten denkbaren Variante gründet der öffentliche Auftraggeber in einem ersten Schritt eine Gesellschaft, deren sämtliche Geschäftsanteile in seinem Besitz verbleiben, und beauftragt diese Gesellschaft mit der Erbringung von Dienst- und Bauleistungen. Die Beauftragung der öffentlichen Gesellschaft unterfällt regelmäßig als sogenanntes In-House-Geschäft nicht dem Anwendungsbereich des Vergaberechts und muss daher nicht europaweit ausgeschrieben werden. In einem zweiten Schritt, der dem ersten zeitlich nachgelagert ist, überträgt der öffentliche Auftraggeber dann Geschäftsanteile der beauftragten Gesellschaft auf ein privates Unternehmen. Diese rein gesellschaftsrechtliche Transaktion ist grundsätzlich vergaberechtlich nicht relevant. Hier scheint mithin eine Möglichkeit zu bestehen, sich dem Anwendungsbereich des Vergaberechts zu entziehen.

Über einen mit der hier geschilderten Konstellation vergleichbaren Sachverhalt hatte der Europäische Gerichtshof in dem Verfahren Kommission gegen die Republik Österreich zu befinden. In diesem Verfahren hatte eine österreichische Gemeinde im Juni 1999 eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung gegründet und diese im September 1999 mit der Erbringung von Leistungen auf dem Gebiet der Abfallwirtschaft betraut. Im Oktober 1999 trat die Gemeinde dann 49% der Geschäftsanteile der gegründeten Gesellschaft an ein privates Unternehmen ab. Das nunmehr gemischtwirtschaftliche Unternehmen nahm seine operative Tätigkeit ab dem 1. Dezember 1999 auf. In dem von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren verteidigte sich die Republik Österreich unter anderem mit dem Argument, zum Zeitpunkt der Beauftragung der Gesellschaft hätten sich noch sämtliche Geschäftsanteile im Besitz der öffentlichen Hand

befunden, so dass Vergaberecht nach den Grundsätzen des In-House-Geschäftes keine Anwendung finden würde. Der Europäische Gerichtshof ist – wenig überraschend – in seiner Entscheidung vom 10. Januar 2005 dieser Ansicht entgegengetreten. In den Entscheidungsgründen weist der Europäische Gerichtshof darauf hin, dass die Abtretung der Geschäftsanteile kurz nach dem Zeitpunkt erfolgte, zu dem die Gesellschaft mit der Erbringung der abfallwirtschaftlichen Dienstleistungen beauftragt worden sei. Auch sei zu berücksichtigen, dass die Gesellschaft ihre operative Tätigkeit erst dann aufgenommen habe, als der private Partner Mitgesellschafter geworden sei. Diese Umstände – so der Europäische Gerichtshof – lassen die Schlussfolgerung zu, dass es sich bei der Beauftragung der Gesellschaft um einen Dienstleistungsauftrag handelt, der über eine mehrere Schritte umfassende künstliche Konstruktion an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen vergeben wurde. Die Vergabe des Auftrages sei daher unter Berücksichtigung der Gesamtheit der Schritte sowie der Zielsetzung zu prüfen und nicht anhand der rein zeitlichen Abfolge (vgl. EuGH, Urteil vom 10. November 2005, Rs.: C – 29/04). Folgerichtig hat der Europäische Gerichtshof festgestellt, dass die Beauftragung der Gesellschaft durch die Gemeinde unter Verstoß gegen die Bestimmungen des Vergaberechts erfolgt ist.

6. Privatisierung und Vergabe – ein untrennbarer Zusammenhang

Ausschlaggebend für die geschilderte Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 10. November 2005 war der Umstand, dass die Beteiligten durch eine künstliche rechtliche Konstruktion den Versuch unternommen haben, sich dem Anwendungsbereich des Vergaberechts zu entziehen. Es stellt sich nunmehr noch die Frage, wie die Sachverhalte zu beurteilen sind, in denen eine Absicht, das Vergaberecht zu umgehen, nicht vorliegt oder nicht festgestellt werden kann. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn sich ein öffentlicher Auftraggeber gegebenenfalls Jahre nach der – zulässigen – Beauftragung einer öffentlichen Eigengesellschaft dazu entschließt, deren Geschäftsanteile vollständig oder teilweise auf einen Dritten zu übertragen. Hier ist es durchaus nachvollziehbar,

dass der öffentliche Auftraggeber zum Zeitpunkt der Beauftragung keinen Gedanken an eine mögliche spätere Privatisierung der Gesellschaft verschwendet hat.

Um diese Frage sachgerecht beurteilen zu können, empfiehlt es sich, sich einen der »Grundpfeiler« des Vergaberechts in Erinnerung zu rufen. Dieser besagt, dass ein einmal europaweit ausgeschriebener Vertrag von den Vertragsparteien so abzuwickeln und durchzuführen ist, wie er ausgeschrieben wurde. Spätere Änderungen des Vertrages sind vergaberechtlich nur dann zulässig, wenn sie entweder bereits im Rahmen von Anpassungsklauseln im Vertragswerk angelegt sind oder es sich ausschließlich um unwesentliche Änderungen handelt. Eine unwesentliche Änderung eines Vertrages liegt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes beispielsweise dann vor, wenn der ursprünglich in der nationalen Währung ausgedrückte Preis in Euro umgerechnet und diese Umrechnung mit einer geringfügigen Verringerung des Preises – vorliegend um 0,3 % – zur besseren Rundung verbunden wird. Auch die Bezugnahme auf einen neuen Preisindex, der den Preisindex ersetzt, der ursprünglich im Vertrag vorgesehen war, ist eine vergaberechtlich unschädliche unwesentliche Vertragsänderung (vgl. EuGH, Urteil vom 19. Juni 2008, Rs.: C – 454/06). Hingegen ist die Erhöhung des vertraglich vereinbarten Entgeltes oder die Verlängerung der Vertragslaufzeit regelmäßig eine vergaberechtswidrige wesentliche Änderung des ausgeschriebenen Vertrages, wenn diese Änderungen nicht bereits durch entsprechende Klauseln, zum Beispiel in Gestalt von Preisanpassungsregeln oder Verlängerungsoptionen, in dem ursprünglichen Vertrag angelegt waren. Auch die Ersetzung des Vertragspartners, dem der öffentliche Auftraggeber ursprünglich den Auftrag erteilt hatte, durch ein anderes Unternehmen, ist grundsätzlich als wesentliche Vertragsänderung zu qualifizieren, wenn der Vertragseintritt des neuen Unternehmens nicht bereits in den Bedingungen des ursprünglichen Auftrages vorgesehen war (vgl. EuGH, Urteil vom 19. Juni 2008, Rs.: C – 454/06). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz akzeptiert der Europäische Gerichtshof jedoch dann, wenn der neu ein tretende Vertragspartner eine Tochtergesellschaft des ursprünglichen Vertragspartners ist und dieser infolge

bestehender Weisungsrechte und vertraglicher Abreden den neu eintretenden Vertragspartner beherrscht. In einem solchem Fall, handele es sich – so der Europäische Gerichtshof – um eine vergaberechtsneutrale interne Neuorganisation des Vertragspartners, die die Bedingungen des ursprünglichen Vertrages nicht wesentlich ändert.

Die hier interessierende Fragestellung unterscheidet sich jedoch von den geschilderten Konstellationen dadurch, dass bei der Übertragung der Geschäftsanteile des bereits beauftragten Unternehmens die rechtliche Identität des Vertragspartners – anders als bei dem Eintritt eines neuen Unternehmens in den Vertrag – gewahrt bleibt. Nur der »Eigentümer« des Vertragspartners des öffentlichen Auftraggebers hat gewechselt.

Von wesentlicher Bedeutung ist daher, ob die gesellschaftsrechtliche Transaktion – Übertragung der Geschäftsanteile – auf das Vertragsverhältnis zwischen beauftragter Gesellschaft und öffentlichem Auftraggeber durchschlägt. Hiergegen ist einzuwenden, dass bei einem Wechsel oder Ergänzung der Gesellschafter der beauftragten Gesellschaft kein Wort oder Komma an dem bestehenden Vertrag geändert wird. Eine wesentliche Vertragsänderung ist daher bei formaler Betrachtung der getrennten Rechtsverhältnisse eher fernliegend. Allerdings hat der Europäische Gerichtshof in der bereits erwähnten Entscheidung vom 19. Juni 2008 angemerkt, dass eine Übertragung von Geschäftsanteilen während der Laufzeit eines ausschreibungspflichtigen Vertrages keine bloße interne Neuorganisation des ursprünglichen Vertragspartners mehr darstellt, sondern als tatsächliche Änderung des Vertragspartners zu qualifizieren ist. Die Änderung des Vertragspartners ist jedoch grundsätzlich eine wesentliche Änderung einer Vertragsbestimmung mit der Folge, dass ein vergaberechtsrelevanter Sachverhalt vorliegt (vgl. EuGH, Urteil vom 19. Juni 2008, Rs.: C – 454/06).

Die in der Entscheidung vom 19. Juni 2008 skizzierte Rechtsauffassung hat der Europäische Gerichtshof dann in seinem Urteil vom 10. September 2009 weiter fortgeführt und präzisiert. In der Entscheidung weist der Europäische Gerichtshof darauf hin, dass bei einer Gesellschaft, deren Geschäftsanteile zum Zeit-

punkt der Vergabe vollständig von dem öffentlichen Auftraggeber gehalten werden, die bloße Möglichkeit, dass zu einem späteren Zeitpunkt die Geschäftsanteile vollständig oder zum Teil an ein privates Unternehmen veräußert werden, nur dann zu berücksichtigen ist, wenn zum Zeitpunkt der Beauftragung der Gesellschaft bereits eine konkrete Aussicht auf eine baldige Übertragung der Geschäftsanteile besteht. Eine andere Bewertung ist aber dann angezeigt, wenn – so der Europäische Gerichtshof – zu einem späteren Zeitpunkt, aber noch innerhalb der Gültigkeitsdauer des Vertrages – Geschäftsanteile an der beauftragten Gesellschaft auf ein privates Unternehmen übertragen werden. Die Übertragung der Geschäftsanteile stellt eine wesentliche Vertragsänderung dar, mit der Folge, dass der künftige (Mit-)Gesellschafter der beauftragten Gesellschaft erst nach Durchführung eines europaweiten Ausschreibungsverfahrens ausgewählt werden darf (vgl. EuGH, Urteil vom 10. September 2009, Rs.: C – 573/07).

Diese Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ist von dem Oberlandesgericht Naumburg in seinem Beschluss vom 29. April 2010 aufgegriffen worden. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts Naumburg ist zwar nicht per se jede Übertragung von Geschäftsanteilen durch einen öffentlichen Auftraggeber, die nicht unmittelbar mit einer Auftragsvergabe zusammenhängt, aus Sicht des Vergaberechts ausschreibungspflichtig. Ist die Beauftragung der öffentlichen Gesellschaft jedoch im Rahmen eines zulässigen In-House-Geschäfts erfolgt, stellt die spätere Übertragung von Geschäftsanteilen an der beauftragten Gesellschaft eine wesentliche Änderung des bestehenden Vertrages dar. Eine solche vertragswesentliche Änderung des bestehenden Vertrages muss aber – so das Oberlandesgericht Naumburg – zu einer Ausschreibungspflicht führen (OLG Naumburg, Beschluss vom 29. April 2010, Az.: 1 Verg 3/10).

Fazit:

► Grundsätzlich ist die Übertragung von Geschäftsanteilen vergaberechtlich ohne Relevanz. Eine andere Bewertung ist jedoch dann angezeigt, wenn die Übertragung der Geschäftsanteile mit der Vergabe eines öffentlichen Auftrages in einem untrennbaren

Zusammenhang steht und beide Vorgänge als einheitliches Rechtsgeschäft zu qualifizieren sind.

- ▶ Bilden Übertragung der Geschäftsanteile und Vergabe des Auftrages ein einheitliches Rechtsgeschäft, findet Vergaberecht nur dann Anwendung, wenn die Beauftragung mit der Erbringung von Bau- und/oder Dienstleistungen den Hauptgegenstand des Rechtsgeschäfts bildet.
- ▶ Die bloße Möglichkeit, dass zeitlich nach Beauftragung einer Gesellschaft deren Geschäftsanteile zu einem späteren Zeitpunkt an ein privates Unternehmen übertragen werden können, ist nur dann zu berücksichtigen, wenn zum Zeitpunkt der Beauf-

tragung der Gesellschaft bereits eine konkrete Aussicht auf eine baldige Übertragung der Geschäftsanteile besteht.

- ▶ Hingegen findet bei der Übertragung von Geschäftsanteilen an einer beauftragten Gesellschaft während der Laufzeit des Vertrages Vergaberecht grundsätzlich Anwendung. Die Übertragung der Geschäftsanteile stellt eine wesentliche Vertragsänderung dar, mit der Folge, dass der künftige Gesellschafter erst nach Durchführung eines europaweiten Ausschreibungsverfahrens ausgewählt werden darf.

Dr. Ludger Meuten

Gesellschaftsrecht

VON DER UG ZUR GMBH MIT SACHEINLAGEN

Eine seit der Einführung der sog. »Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)« (UG) in § 5a GmbHG sehr umstrittene Frage hat der BGH nun entschieden: Die zum Erreichen des für die »Voll-GmbH« nötigen Stammkapitals notwendige Einlage kann auch durch Sacheinlage (Forderungen, Anlagen, Unternehmen usw.) wirksam erbracht werden.

Zum Hintergrund: Seit der GmbH-Reform zum 1. November 2008 ist es möglich, praktisch ohne Stammkapital eine UG zu gründen. Die UG ist eine GmbH, bietet also dieselben Möglichkeiten, insbesondere die Haftungsbegrenzung für die Gesellschafter, und auf sie sind auch die Bestimmungen des GmbH-Gesetzes anwendbar. Nur die Kapitalaufbringungsregeln sind zugunsten der Gründer gelockert: Sie brauchen nicht das an sich für die GmbH-Gründung nötige Mindestkapital von EUR 25.000 aufzubringen; die UG kann schon mit einem Kapital ab EUR 1,00 gegründet werden. Dafür muss das Kapital bar aufgebracht und voll eingezahlt werden.

Die UG ist weiter verpflichtet, ihren jeweiligen Jahresgewinn zu thesaurieren. Dieses darf nur für eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln verwendet werden. Wird das Stammkapital später im Wege einer Kapitalerhöhung auf mindestens EUR 25.000 erhöht, kann die Gesellschaft zu einer »Voll-GmbH« erstarren, muss also nicht mehr den Firmenzusatz »UG

(haftungsbeschränkt)« führen und auch die Gewinne nicht mehr thesaurieren.

Da bei der UG die Sachgründung und auch die Sachkapitalerhöhung unterhalb der 25.000 EURO-Schwelle ausgeschlossen sind, war nun umstritten, ob dies auch für eine Kapitalerhöhung gilt, mit der das Stammkapital auf EUR 25.000 erhöht werden soll, um die Gesellschaft in die »Voll-GmbH« umzuwandeln, oder ob in diesem Fall der Erhöhungsbetrag auch durch Sacheinlage erbracht werden kann.

Der BGH hat diese offene Frage nun dahingehend entschieden, dass die Sachkapitalerhöhung bereits zum Erreichen der Mindeststammkapitalziffer der GmbH zulässig ist und das Sacheinlageverbot nach § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG hierfür nicht mehr gilt.

Fazit:

- ▶ Gute Nachricht also für UG-Gesellschafter: Künftig kann das fehlende Kapital auch durch Sacheinlagen erbracht werden, um das Mindeststammkapital von EUR 25.000 zu erreichen und in den Status der GmbH zu wachsen. Ob das nun auch für das Hin- und Herzahlen gilt – der Übernehmer zahlt die Bareinlage ein und erhält sie umgehend von der Gesellschaft als Darlehen wieder zurück – ist damit noch nicht entschieden.

Dr. Ekkehard Nolting

KEINE GRÜNDUNG DER UNTERNEHMERGESELLSCHAFT (HAFTUNGSBESCHRÄNKT) IM WEGE DER UMWANDLUNG

Die sog. »Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)« – auch »UG (haftungsbeschränkt)« – ist eine GmbH, die ohne das eigentlich nach dem GmbHG vorgesehene Mindeststammkapital von EUR 25.000 gegründet werden kann. Theoretisch genügt die Einlage von EUR 1,00. Diese neue Form zur Gründung einer GmbH ist durch den Gesetzgeber anlässlich der Reform des GmbH-Gesetzes 2008 eingeführt worden, um Unternehmensgründern ohne genügend Kapital den Einstieg in die Rechtsform der GmbH zu erleichtern. Auf sie sind grundsätzlich alle Vorschriften des GmbHG anwendbar. Hinzu kommen einige spezielle Einschränkungen, die dem Umstand Rechnung tragen sollen, dass die Gesellschaft eben nicht – wie die Voll-GmbH – über ein anfangs auskömmliches Mindeststammkapital verfügt.

Zu diesen Einschränkungen gehört der Umstand, dass die versprochenen Einlagen nur durch Barzahlung erfolgen können, Sacheinlagen also ausgeschlossen sind. Das rechtfertigt sich vor dem Hintergrund, dass die Gesellschafter das »Startkapital« beliebig niedrig und damit ihrer Geldbörse entsprechend ansetzen können. Dann soll der Vorgang nicht noch durch aufwändige Bewertungsverfahren für die Sacheinlagen belastet werden.

Langsam gelangen die Streitfragen, die in der wissenschaftlichen Diskussion um die Gesetzesreform entstanden waren, vor den Bundesgerichtshof und werden nun höchstrichterlicher Klärung zugeführt. Dazu gehört auch die Frage, ob eine UG auch durch Umwandlung einer bereits bestehenden Gesellschaft

gegründet werden kann. In dem Fall, der am 11. April 2011 vom BGH zu entscheiden war (II ZB 9/10) ging es konkret um die Abspaltung von einer GmbH: Die UG sollte durch Abspaltung von einer GmbH mit einem Stammkapital von EUR 1,00 gegründet werden. Auf sie sollte aus der Kasse der GmbH ein Betrag von EUR 1,00 übertragen werden. Der BGH stellt zutreffend fest, dass die Abspaltung eines Teils des Vermögens eines Rechtsträgers zur Neugründung einer GmbH nach dem Gesetz nur im Wege der Sachgründung erfolgen kann. Das Gesetz verlangt zwingend – auch wenn nur, wie hier, ein Kassenbestand von EUR 1,00 übertragen wird – einen Sachgründungsbericht mit Wertnachweisunterlagen. Das zeigt, dass nach dem gesetzgeberischen Konzept die Gründung der UG auch im Wege der Umwandlung, vor allem der Abspaltung, nicht möglich sein soll.

Fazit:

Es ist schon sehr fraglich, ob es für die »UG« überhaupt eine Rechtfertigung gibt. Sie sollte aber tatsächlich auf die Neugründung im Wege der Bargründung strikt begrenzt bleiben. Für eine Ausweitung der Gründungsmöglichkeiten auch auf Umwandlungsfälle besteht auch kein echtes Bedürfnis. Im vorliegenden Fall wäre das Ergebnis auch durch Bargründung einer 100%igen Tochter-UG und anschließender Abtretung des Anteils an die Gesellschafter der Muttergesellschaft erreichbar gewesen.

Dr. Ekkehard Nolting

BERATUNGSVERTRÄGE MIT AUFSICHTSRATSMITGLIEDERN

Will eine Aktiengesellschaft einen Rechtsanwalt, der zugleich Mitglied ihres Aufsichtsrats ist, einen über das Aufsichtsratsmandat hinaus gehenden Beratungsauftrag erteilen, bedarf sie dazu der Zustimmung ihres Aufsichtsrats. Ohne Zustimmung ist der Auftrag unwirksam (§ 114 AktG), es entsteht insbesondere keine Vergütungspflicht. Umstritten war bisher, ob die

Zustimmung auch nachträglich erteilt werden kann, oder ob dies zwingend vor Auftragserteilung geschehen muss. Das Oberlandesgericht Frankfurt hat die Frage in einem Urteil vom 15. Februar 2011 (Az. 5 U 30/10) in letzterem Sinne entschieden: Die Zustimmung muss vor Vertragsabschluss vorliegen, eine nachträgliche Genehmigung soll danach ausgeschlossen sein.

Der durchaus üblichen Praxis nachträglicher Genehmigung ist dadurch nun ein Riegel vorgeschoben worden. Das Oberlandesgericht Frankfurt vertritt die Auffassung, dass die nachträgliche Genehmigung nicht mit § 114 Abs. 1 AktG vereinbar sei. Aus dieser Vorschrift ergebe sich eine an den Aufsichtsrat gerichtete Verhaltensregel, die eine (wirtschaftliche) Abhängigkeit des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds von dem Vorstand, den es überwachen soll, verhindern soll. Insbesondere Zahlungen des Vorstandes an ein Aufsichtsratsmitglied für Beratungsleistungen seien vor dem Hintergrund dieses Regelungszwecks nur bei einer vorherigen Zustimmung durch den Aufsichtsrat erlaubt.

Wenngleich der Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt ein Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft zu Grunde lag, strahlt diese Entscheidung auch auf den freiwilligen (fakultativen) und den Pflicht-Aufsichtsrat einer GmbH aus. Dies folgt aus der »Klammerwirkung« des § 52 GmbHG, der für den

Aufsichtsrat einer GmbH § 114 AktG als entsprechend anwendbar erklärt, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag ausdrücklich die entsprechende Anwendung des § 114 AktG ausschließt.

Fazit:

- ▶ Verträge zwischen der Gesellschaft und einem Mitglied des Aufsichtsrats sollten grundsätzlich vorab dem Aufsichtsrat zur Zustimmung vorgelegt werden; die nachträgliche Genehmigung sollte tunlichst vermieden werden.
- ▶ Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt entfaltet nicht nur Wirkungen für die Aktiengesellschaft, sondern auch für die GmbH, bei der ein freiwilliger (fakultativer) Aufsichtsrat oder Pflicht-Aufsichtsrat besteht. Hinsichtlich des fakultativen Aufsichtsrates kann allerdings der Gesellschaftsvertrag vorsehen, dass die entsprechende Anwendung des § 114 AktG ausgeschlossen wird; in diesem Falle ist die nachträgliche Genehmigung ausnahmsweise möglich.

Jörg-Dieter Battke

EFFEKTIVER RECHTSSCHUTZ GEGEN »SQUEEZE OUT-BESCHLÜSSE« BEI DER AKTIENGESELLSCHAFT

Beim Rechtsschutz von Minderheitsaktionären gegen sog. »Squeeze-out-Beschlüsse« hatte das Bundesverfassungsgericht eine erhebliche Lücke ausgemacht (ZIP 2010, 571): Mit dem »squeeze out« hat der Gesetzgeber bei der Aktiengesellschaft für den Mehrheitsaktionär, der mindestens 95% der Aktien an einer Aktiengesellschaft hält, die Möglichkeit geschaffen, Minderheitsaktionäre gegen Abfindung auszuschließen und auch die restlichen Aktien auf sich zu übertragen. Diese »Zwangsovertragung« ist verfassungsrechtlich vom Bundesverfassungsgericht abgesegnet worden. Die Übertragung bedarf allerdings eines Beschlusses der Hauptversammlung und der Eintragung ins Handelsregister. Mit der Eintragung werden Übertragung und Ausscheiden der Minderheitsaktionäre wirksam und zwar unabhängig von der Rechtmäßigkeit des Übertragungsbeschlusses. Die Rechtmäßigkeit des Beschlusses kann zwar von den betroffenen Minderheitsaktionären im Wege der Anfechtungsklage über-

prüft werden. Ziel dieser Klage ist die Feststellung der Unwirksamkeit des Beschlusses mit der Folge, dass die Übertragung nicht erfolgt ist und die Kläger weiterhin Aktionäre der Gesellschaft bleiben. Zur Erhebung einer solchen Anfechtungsklage sind jedoch nur solche Personen befugt, die zum Zeitpunkt der Zustellung der Klage an die Organe der Gesellschaft noch Aktionäre sind.

Das war den Klägern zum Verhängnis geworden, die bei einer Aktiengesellschaft ausgeschlossen worden waren und sich dagegen wehren wollten. Ihr Ausschluss war nämlich im Handelsregister eingetragen worden, bevor es ihnen gelungen war, die Klage einzureichen und an die Gesellschaftsorgane zustellen zu lassen. Die Instanzgerichte hatten die Klagen daher mit Hinweis darauf abgewiesen, dass die Kläger im entscheidenden Zeitpunkt nicht mehr Aktionäre gewesen seien. Ob das so war, sollten die Gerichte aber gerade prüfen; die Katze scheint sich hier sprichwört-

lich in den Schwanz zu beißen. Das Bundesverfassungsgericht hatte daher zu Recht beanstandet, dass bei einer solch formalen Sicht der Dinge der Rechtsschutz der betroffenen Aktionäre zu kurz komme.

Dem ist der BGH nun in einem Urteil vom 22. März 2011 gefolgt und hat entschieden, dass Minderheitsaktionären, die sich gegen den Beschluss der Übertragung ihrer Aktien wehren wollen, diese Befugnis unabhängig davon zusteht, dass er bereits im Handelsregister vollzogen ist. Ihnen könne – mit anderen Worten – nicht allein deswegen die gerichtliche Überprüfung ihres Ausscheidens versagt werden, weil durch Eintragung im Handelsregister dieses Ausscheiden vollzogen worden sei. Damit würde – wie unschwer zu erkennen ist – das Ergebnis vorwegge-

nommen und eine sachliche Prüfung dieses Ergebnisses verweigert.

Für die GmbH und dort den verwandten Sachverhalt der Einziehung hatte das der BGH übrigens schon seit langem so entschieden: Auch wenn die Einziehung sofort wirksam wird, kann der betroffene Gesellschafter sich gleichwohl immer noch gegen den Einziehungsbeschluss wehren.

Fazit:

► Aktionäre, die aus ihrer Gesellschaft durch Übertragungsbeschluss ausgeschlossen worden sind (squeeze out) können sich auch noch nach Eintragung und Vollzug des Beschlusses im Handelsregister im Klagewege wehren.

Dr. Ekkehard Nolting

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT: ORDNUNGSGELD WEGEN VERSPÄTETER OFFENLEGUNG DES JAHRESABSCHLUSSES VERFASSUNGSGEMÄSS

Durch das am 1. Januar 2007 in Kraft getretene sog. »EHUG« wurde der für Kapitalgesellschaften schon damals bestehenden Publizitätspflicht eine Sanktion an die Seite gestellt: Gesellschaften, die nicht fristgemäß und trotz Mahnung durch das Bundesamt für Justiz in Bonn ihre Jahresabschlüsse nicht veröffentlichen, kann ein Ordnungsgeld auferlegt werden. Diese Gesetzesänderung war damals auf eine Ermahnung der EU-Kommission zurückgegangen, die Deutschland aufgefordert hatte, dem zahnlosen Tiger der Veröffentlichungspflicht endlich Zähne zu geben. Nach einer Mitteilung der Bundesregierung vom 15. März 2011 konnte die Offenlegungsquote inzwischen auf 90% gesteigert werden. Zwischen 2008 und 2010 wurden Ordnungsgelder in Höhe von 356 Mio EUR beigetrieben.

Zahlreiche betroffene Unternehmen haben sich inzwischen mit Verfassungsbeschwerden gegen Publizitätspflicht und Ordnungsgeld gewehrt – bislang freilich vergebens. Mit einem Beschluss vom 1. Februar 2011 (2 BvR 1236/10) hat das Bundesverfassungsgericht die Nichtannahme einer dieser Verfassungsbeschwerden jetzt damit begründet, dass die mit der Offenlegung verbundenen Eingriffe in die Berufs-

ausübungsfreiheit (Art 12 Abs. 1 GG) und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art 2 Abs. 1 GG) gerechtfertigt seien: Die Offenlegung diene einem effektivem Schutz des Wirtschaftsverkehrs durch Information der Marktteilnehmer und Kontrolle der Gesellschaften, deren Haftung auf ihr Gesellschaftsvermögen beschränkt sei.

Sicher stellen die Publizitätspflichten gerade für Kleinunternehmen eine nicht unerhebliche bürokratische Belastung dar. Andererseits muss man sich aber auch fragen, ob es für den Betrieb eines Kleinunternehmens wirklich der Gründung einer Kapitalgesellschaft bedarf. Kapitalgesellschaften sind für solche Unternehmen nicht konzipiert und jeder Unternehmensgründer sollte sich des tatsächlich erhöhten Aufwandes bei der richtigen Wahl der Rechtsform auch bewusst sein. Vor diesem Hintergrund ist und bleibt die Einführung der »UG (haftungsbeschränkt)« in das GmbH-Recht eine Fehlentwicklung.

Fazit:

► Die Organe von Kapitalgesellschaften sollten die Offenlegungspflichten ernst nehmen. Die Nichtbefolgung kann teuer werden, denn Ordnungsgelder

werden vom Bundesamt für Justiz konsequent festgesetzt und durchgesetzt. Sie können übrigens auch gegen die passiven Organe persönlich festgesetzt werden, die ansonsten ohnehin wegen Verletzung ihrer

Organpflichten auch ihren Gesellschaften auf Ersatz des Schadens, also auf Freistellung von den festgesetzten Ordnungsgeldern haften.

Dr. Ekkehard Nolting

LG HAMBURG ERSCHWERT »INTERNAL INVESTIGATION«

Interne Untersuchungen (neudt: »internal investigation«) werden von Unternehmen zunehmend genutzt. Bei ihnen werden Rechtsanwälte und/oder Wirtschaftsprüfer beauftragt, im Unternehmen Missstände oder kriminelle Machenschaften aufzudecken. Zu diesem Zweck werden Mitarbeiter interviewt und interne Vorgänge geprüft.

Solche Untersuchungen können für die Unternehmen von vielfachem Nutzen sein. Insbesondere können sie dazu beitragen, dass behördliche oder staatsanwaltschaftliche Ermittlungen und damit einhergehende negative öffentliche Berichterstattung gar nicht erst erfolgen, weil kriminelle Machenschaften schon im Ansatz erkannt und abgestellt werden. So ist die interne Untersuchung ein wichtiges Instrument bei der Einführung oder Evaluierung effektiver »Compliance-Systeme« zur Verhinderung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten und sonstigen Unregelmäßigkeiten aus dem Unternehmen heraus. Im Rahmen staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen können solche freiwilligen internen Untersuchungen Gegenstand von »Deals« mit der Staatsanwaltschaft oder den Aufsichtsbehörden sein. Ein prominentes Beispiel waren die intensiven Untersuchungen bei Siemens zur Aufklärung der »schwarzen Kassen«.

Das LG Hamburg hat dieser sinnvollen Praxis nunmehr einen Bärendienst erwiesen: Gegenstand waren die Ermittlungen gegen Vorstände der HSH-Nordbank im Zusammenhang mit der Finanzkrise. Der Aufsichtsrat der HSH-Nordbank hatte eine Anwaltskanzlei beauftragt, entsprechende Untersuchungen durchzuführen. Im Zuge dieser Untersuchungen waren Mitarbeiter unter Zusicherung der Vertraulichkeit interviewt worden. Davon waren

Protokolle angefertigt worden, die sich in der Kanzlei der Anwälte befanden.

Im Rahmen der Ermittlungen wurden diese Protokolle beschlagnahmt. Die Anwälte beriefen sich auf ihr Recht zur Zeugnisverweigerung und das flankierende Beschlagnahmeverbot. Das LG Hamburg befand jedoch, dass das Beschlagnahmeverbot nur dem Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Anwalt und Mandant diene und dann auch nur greife, wenn der Mandant auch der Beschuldigte des Ermittlungsverfahrens sei.

Interne Untersuchungen werden in der Regel aber von den Organen der Gesellschaften – meist dem Aufsichtsrat – in Auftrag gegeben. Mandant ist die Gesellschaft. Alle anderen Personen fallen nach dieser Entscheidung nicht in den Schutz der Beschlagnahmefreiheit. Das gilt auch für die einzelnen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder. Sie alle sind nicht Mandanten. Geraten sie in das Visier der Staatsanwälte, können diese bei den beauftragten Rechtsanwälten alles Belastungsmaterial beschlagnahmen.

Fazit:

► Künftig ist bei internen Untersuchungen Vorsicht geboten. Vertraut man aber den beauftragten Rechtsanwälten nicht alle Fakten an, wird man zu kaum brauchbaren Ergebnissen und nützlichen Konsequenzen gelangen. Ein sinnvolles Instrument zur rechtzeitigen Verhinderung von Straftaten aus Unternehmen heraus ist damit schwer beschädigt worden. Es bleibt nur zu hoffen, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung oder der Gesetzgeber korrigierend eingreifen.

Dr. Ekkehard Nolting

GLEICHBEHANDLUNG BEI ALLEN LOHNERHÖHUNGEN?

Die unterschiedliche Behandlung von Arbeitnehmern bei der Gewährung einer freiwilligen Entgelterhöhung verstößt dann nicht gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn der Arbeitgeber einen Grund zur vorgenommenen Differenzierung hatte. Dieser Differenzierungsgrund kann im Zweck der freiwilligen Leistung oder in ihren Verteilungsgrundsätzen liegen. Der Ausschluss einer Gruppe von Arbeitnehmern von der Entgelterhöhung ist nach der ständigen Rechtsprechung des fünften Senates des Bundesarbeitsgerichts (z. B. BAG vom 23. Februar 2011 – 5 AZR 84/10; BAG vom 17. März 2010 – 5 AZR 168/09) dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber die Gründe für die Differenzierung zwischen den begünstigten und benachteiligten Arbeitnehmern und substantiiert darlegen kann, insbesondere nach welchen sachlichen Kriterien die Gruppe gebildet wurde, welchem legitimen Zweck die Entgelterhöhung dient und ob zur Erreichung dieses Zweckes die Gruppenbildung erforderlich und angemessen ist. Diese Differenzie-

rungsgründe sind offenzulegen, wenn die Arbeitnehmer, die sich ungerecht behandelt fühlen, an ihn herantreten. Kommt der Arbeitgeber dieser Verpflichtung nicht nach, so kann der Arbeitgeber dies auch im Verfahren noch nachholen und ist insofern nicht präkludiert (vgl. BAG Entscheidung vom 23. Februar 2011 – 5 AZR 84/10).

Fazit:

- ▶ Ob der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt ist, beurteilt sich danach, ob der Arbeitgeber rechtfertigende Gründe für die von ihm vorgenommene Differenzierung hatte.
- ▶ Es kommt hierbei nicht darauf an, ob die Differenzierung dem Arbeitnehmer ggf. vorprozessual mitgeteilt wurde. Teilt der Arbeitgeber dies nicht mit, so kann der Arbeitnehmer ggf. seinen Auskunftsanspruch im Wege der Stufenklage geltend machen.

Dr. Andrea Benkendorff

EQUAL-PAY-ANSPRÜCHE VON LEIHARBEITNEHMERN AUFGRUND VON AUSSCHLUSSFRISTEN VERFALLEN

Nachdem das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 14. Dezember 2010 (1 ABR 19/10) die Tarifunfähigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personal-Service-Agenturen (CGZP) festgestellt hat, ist davon auszugehen, dass die von der CGZP in der Vergangenheit geschlossenen Tarifverträge unwirksam sind. Ohne einen wirksamen Tarifvertrag haben die Leiharbeiter grundsätzlich einen Anspruch auf Equal-Pay gemäß § 10 Abs. 4 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG). Dieser Vergütungsanspruch umfasst die Differenz des Entgeltes zu der Vergütung, die die vergleichbaren Stammmitarbeiter des Einsatzbetriebes erhalten haben.

Die Leiharbeiter können jedoch keine Ansprüche mehr gegen Zeitarbeitsfirmen geltend machen, wenn mit diesen einzelvertraglich eine wirksame Ausschlussfrist vereinbart worden ist. Dies hat

das Arbeitsgericht Bautzen vor kurzem in mehreren Entscheidungen so bestätigt (Urteil vom 5. Mai 2011 – 4 Ca 4075/11, Urteil vom 20. April 2011 – 4 Ca 4285/10). In den hier entschiedenen Fällen hatten die Parteien eine dreimonatige Ausschlussfrist im Einzelarbeitsvertrag vereinbart.

Auch wenn die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts erst im Dezember 2010 die Tarifunfähigkeit der CGZP festgestellt hat, brachten die Ausschlussfristklauseln die Equal-Pay-Ansprüche zum Verfall. Dies folgert das Arbeitsgericht daraus, dass die Leiharbeiter bereits von Beginn ihres Beschäftigungsverhältnisses an von dem eventuellen Bestehen eines Equal-Pay-Anspruches Kenntnis hatten. Dass sie die Rechtslage fehlerhaft gewürdigt und mit der Geltendmachung die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts im Jahr 2010 abgewartet haben, ändert nichts daran, dass die Equal-Pay-Ansprüche jeweils mit dem

Monatslohn fällig geworden sind. Die Mitarbeiter hätten also die Differenzansprüche dem Grunde nach bereits während des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Arbeitgeber signalisieren müssen, um einen Zahlungsanspruch nun noch geltend machen zu können. Da die jeweilige Zahlungsaufforderung gegenüber den Zeitarbeitsfirmen jedoch erst nach der BAG-Entscheidung vom Dezember 2010 und nach Ablauf der Ausschlussfrist erfolgte, hat das Gericht die Klagen auf eine Differenzzahlung abgewiesen.

Fazit:

- Eine wirksame Ausschlussklausel kann für die Zeitarbeitsfirma die Rettung gegenüber den Ansprüchen

der Leiharbeitnehmer bedeuten. Bevor eine Zeitarbeitsfirma an (ehemalige) Mitarbeiter Zahlungen leistet, sollte daher geprüft werden, ob eine Ausschlussfrist im Arbeitsvertrag vereinbart worden ist und ob diese nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch wirksam ist.

- Die Entscheidungen des Arbeitsgerichts Bautzen sind jedoch noch nicht rechtskräftig. Es bleibt abzuwarten, ob dieses Ergebnis auch in höheren Instanzen unverändert bleibt.

Dr. jur. (BP-PPKE) Orsolya Kiss, LL.M

KEINE AUSSCHLUSSFRIST FÜR «EQUAL PAY»-ANSPRÜCHE DES LEIHARBEITNEHMERS

Ein Leiharbeitnehmer, der gegen sein Zeitarbeitsunternehmen den »equal-pay-Anspruch« geltend macht, muss sich dabei nicht an Ausschlussfristen halten, die im Entleiherbetrieb aufgrund eines Tarifvertrages für die Stammebelegschaft gilt. Das hat das Bundesarbeitsgericht jetzt festgestellt (Urteil vom 25. März 2011 – Az. 5 AZR 7/10).

In dem beurteilten Fall wurde der klagende Leiharbeitnehmer vom beklagten Zeitarbeitsunternehmen beim tarifgebundenen Kunden mehrjährig eingesetzt. Der Kunde gewährte den vergleichbaren Stammarbeitnehmern eine höhere Vergütung als das Zeitarbeitsunternehmen dem Leiharbeitnehmer zahlte. Nach der Kündigung seines Arbeitsverhältnisses fordert der Leiharbeitnehmer Vergütungsnachzahlung in Höhe der Differenz der ihm gezahlten und den Stammarbeitnehmern gewährten Vergütung für mehrere Jahre gemäß § 10 Abs.4 AÜG (sog. »Equal Pay«-Anspruch). Sein Arbeitsvertrag enthielt keine Ausschlussfrist für die Geltendmachung von Ansprüchen. Für die Arbeitnehmer der Stammebelegschaft des Kunden dagegen galt eine tarifvertraglich geregelte Ausschlussfrist. Das Landesarbeitsgericht München hatte entschieden, dass diese Ausschlussfrist die Entgeltansprüche des Klägers untergehen lässt, da er diese nicht fristwährend schriftlich geltend machte. Auf die Revision des Klägers entschied das BAG anders und

begründet dies wie folgt: Der Leiharbeitnehmer muss die im Entleiherbetrieb geltenden Ausschlussfristen nicht einhalten. Im Entleiherbetrieb geltende Ausschlussfristen gehören nach Auffassung des Gerichts bei unionsrechtskonformer Auslegung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht zu den wesentlichen Arbeitsbedingungen, die der Verleiher den Leiharbeitnehmern gewähren muss. Nunmehr wurde die Sache an das LAG zurückverwiesen, um festzustellen, ob hinsichtlich Qualifikation und Tätigkeit vergleichbare Stammarbeitnehmer des Entleiherunternehmens ein insgesamt höheres Entgelt als der Kläger erzielen.

Neben den Lohnnachzahlungsansprüchen haben mit Veröffentlichung vom 18. März 2011 (www.Deutsche-Rentenversicherung-Bund.de) auch die Sozialversicherungsträger den Einzug von Sozialversicherungsbeiträgen für diese Equal-Pay-Ansprüche angekündigt und die Unternehmen zur Abgabe der Änderungsmitteilungen bis zum 31. Mai 2011 aufgefordert. Diese Beitragszahlungsverpflichtung wird durch vertragliche Ausschlussfristen nicht verhindert. Die Entleihunternehmen haften für diese Sozialversicherungsbeiträge subsidiär.

Fazit:

- Gelingt den Leiharbeitnehmern der Nachweis, dass hinsichtlich Qualifikation und Tätigkeit vergleich-

bare Stammarbeitnehmer des Entleiherunternehmens ein insgesamt höheres Entgelt erzielen, ist mit der Nachzahlung der Differenzsumme zwischen vom Verleiher gezahlter Vergütung und beim Entleiher gezahlter Vergütung zu rechnen. Allein eine eigene, arbeitsvertragliche Ausschlussfrist könnte dem entgegenstehen, nicht aber die Ausschlussfrist, die im Entleiherunternehmen gilt.

- ▶ Unternehmen, die Leiharbeitnehmer beschäftigen, sollten sich die Anwendung der Tarifverträge bestätigen lassen, um die Subsidiärhaftung zu vermeiden.
- ▶ Zeitarbeitsfirmen sollten bei der Auswahl der anzuwendenden Tarifverträge größte Sorgfalt walten lassen, da der ansonsten drohende Equal Pay Anspruch existenzbedrohend sein kann.

Dr. Andrea Benkendorff

SPEKTAKULÄRES URTEIL DES BAG ZUM BEFRISTUNGSRECHT

CDU/CSU und FDP hatten es sich in ihrem Koalitionsvertrag vorgenommen: Sie wollten das generelle Vorbeschäftigungsverbot für sachgrundlos befristete Arbeitsverträge einschränken, das in § 14 Abs. 2 Satz 1 Teilzeit- und Befristungsgesetz enthalten ist. Eine sachgrundlose Befristung eines Arbeitsvertrages ist danach nicht zulässig, «wenn mit dem selben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat.» Den Koalitionsparteien ist es bis heute nicht gelungen, dieses Vorhaben umzusetzen.

Das Bundesarbeitsgericht hat sich jetzt in seinem erstaunlichen und überraschenden Urteil vom 6. April 2011 – 7 AZR 716/09 – über den klaren und eindeutigen Wortlaut des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG hinweggesetzt. Es hat nämlich entschieden, dass die frühere Beschäftigung eines Arbeitnehmers bei einem Arbeitgeber der Möglichkeit nicht entgegensteht, ein Arbeitsverhältnis ohne Sachgrund bis zu zwei Jahre zu befristen, wenn die frühere Beschäftigung mehr als drei Jahre zurückliegt.

Das Bundesarbeitsgericht begründet sein Urteil vor allem mit einer an »ihrem Sinn und Zweck orientierten, verfassungskonformen Auslegung der gesetz-

lichen Regelung«. In der Tat ist es weder erforderlich noch einzusehen, jede noch so lange zurückliegende frühere Beschäftigung eines Arbeitnehmers auszuschließen, um ungewollte Befristungsketten und einen Missbrauch sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge zu verhindern.

Bei der Festlegung des Zeitraumes von drei Jahren, innerhalb dessen eine frühere Beschäftigung des Arbeitnehmers nicht erfolgt sein darf, um mit ihm einen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag abschließen zu können, hat sich das Bundesarbeitsgericht an der regelmäßigen zivilrechtlichen Verjährungsfrist orientiert.

Fazit:

- ▶ Das Bundesarbeitsgericht hat ein für die betriebliche Praxis gutes und bedeutendes Urteil erlassen. Es wird zu mehr Flexibilität im Befristungsrecht führen.
- ▶ Arbeitgeber können jetzt auch mit Arbeitnehmern, die schon einmal zuvor bei ihnen beschäftigt waren, sachgrundlos befristete Arbeitsverträge bis zu einer Höchstdauer von zwei Jahren abschließen, wenn die frühere Beschäftigung des Arbeitnehmers mehr als drei Jahre zurückliegt.

Frank Martin Thomsen

EINMAL DATENSCHUTZBEAUFTRAGTER – IMMER DATENSCHUTZBEAUFTRAGTER?

Gemäß § 4 f Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) muss ein Unternehmen beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen einen Beauftragten für Datenschutz bestellen. Diese Aufgabe kann entweder extern an eine Firma weitergegeben werden oder auf einen Arbeit-

nehmer der Firma delegiert werden. Wenn die Aufgabe des Datenschutzbeauftragten durch einen Mitarbeiter wahrgenommen wird, genießt er gemäß § 4 f Abs. 3 Satz 4 BDSG einen besonderen Kündigungsschutz. Die Abberufung als Datenschutzbeauftragter kann nur

beim Vorliegen eines wichtigen Grundes erfolgen.

Wenn ein Unternehmen also zunächst intern einen Arbeitnehmer zum Datenschutzbeauftragten bestellt, jedoch in der Folgezeit dann beschließt, diese Aufgaben lieber an eine externe Firma zu vergeben, berechtigt dies den Arbeitgeber noch nicht zur Abberufung des Datenschutzbeauftragten. Auch wenn der Datenschutzbeauftragte gleichzeitig Mitglied im Betriebsrat ist, kann ihm diese Aufgabe nicht entzogen werden. Dies hat das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 23. März 2011 (Az.: 10 AZR 562/09) entschieden.

Nach der gesetzlichen Regelung kann die Bestellung zum Beauftragten für den Datenschutz in entsprechender Anwendung des § 626 BGB nur aus wichtigem Grund widerrufen werden. Damit soll die Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten und die weisungsfreie Ausübung des Amtes gestärkt werden. Eine Abberufung ist nur aus wichtigem Grund möglich, wenn eine Fortsetzung des Rechtsverhältnisses für den Arbeitgeber unzumutbar ist. Allein eine

Organisationsentscheidung über die externe Vergabe rechtfertigt also die Abberufung noch nicht, weil dies kein wichtiger Grund ist. Mit diesem besonderen Abberufungsschutz genießt der Datenschutzbeauftragte daher gleichzeitig einen Kündigungsschutz, weil die einseitige Abberufung eine Änderungskündigung darstellt.

Fazit:

- ▶ Die erstmalige Entscheidung darüber, ob ein Unternehmer die Aufgaben des Datenschutzbeauftragten durch einen eigenen Mitarbeiter oder durch einen Dritten ausführen lässt, erfordert eine sorgfältige Überlegung. Empfehlenswert ist die externe Vergabe der Aufgabe.
- ▶ Bereits zum Datenschutzbeauftragten bestellte Arbeitnehmer genießen einen besonderen Kündigungsschutz. Eine arbeitgeberseitige Trennung ist sehr schwierig, in den meisten Fällen kommt nur eine einvernehmliche Lösung in Betracht.

Dr. jur (BP-PPKE) Orsolya Kiss, LL.M

SOZIALTHERAPEUTEN IN DER SUCHTBERATUNGSSTELLE IN ENTGELTGRUPPE 9 DER ANLAGE 1 ZU DEN AVR DER DIAKONIE EINGRUPPIERT – ZUSATZAUSBILDUNG IRRELEVANT

Die Arbeitsverhältnisse von Mitarbeitern in Einrichtungen, welche der Diakonie zugehörig sind, werden im Wesentlichen durch tarifvertragsähnliche Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR) geregelt. Unter anderem im Anwendungsbereich der AVR des Diakonischen Werkes der Evangelischen Kirche in Deutschland – Fassung Sachsen – kommt es immer wieder zu Schwierigkeiten bei der korrekten Eingruppierung von Sozialpädagogen und Sozialarbeitern, welche als Suchttherapeuten in einer Suchtberatungsstelle tätig sind.

Die Grundeingruppierung für Sozialpädagogen und Sozialarbeiter mit verantwortlich wahrzunehmenden Aufgaben in den Tätigkeitsbereichen Beratung/Therapie/Seelsorge ist ausweislich der einschlägigen Richtbeispiele die Entgeltgruppe 9 A (EG 9 A.). Mit dieser Eingruppierung und Vergütung sind viele Sozialtherapeuten vor allem aufgrund einer von ihnen absolvierten dreijährigen Zusatzausbildung unzufrieden

und behaupten, sie würden schwierige verantwortliche wahrzunehmende Aufgaben in den Tätigkeitsbereichen Beratung/Therapie/Seelsorge ausüben, was zur Eingruppierung und Vergütung nach der höheren Entgeltgruppe 10 A (EG 10 A.) führen würde.

In der Vergangenheit bekamen diese Mitarbeiter vor allem von den Mitarbeitervertretungen Unterstützung, welchen in kirchlichen und diakonischen Einrichtungen ähnliche Aufgaben wie ein Betriebsrat obliegen. Deshalb kam es zu einem Rechtsstreit vor der kirchlichen Schlichtungsstelle in Dresden, bei dem es um die Zustimmungsersetzung zur Eingruppierung von Sozialpädagogen/Sozialarbeitern in einer Suchtberatungsstelle ging. Die Mitarbeitervertretung (MAV) hatte die Zustimmung in die EG 9 A. der Anlage 1 zu den AVR vor allem vor dem Hintergrund der dreijährigen Zusatzausbildung verweigert, welche die betreffenden Mitarbeiterinnen absolviert hatten.

Die MAV hielt deshalb die EG 10 A. für gerechtfertigt. Die am 23. April 2010 ergangenen Entscheidungen der kirchlichen Schlichtungsstelle (Aktenzeichen SST 2.-3/2009 und SST 2.-2/2009) gaben jedoch dem Dienstgeber recht. Die kirchliche Schlichtungsstelle stellte fest, dass es für die MAV keinen Grund gab, die Zustimmung zur Eingruppierung der Mitarbeiterinnen in die EG 9 zu verweigern. Die kirchliche Schlichtungsstelle stellte hierbei maßgeblich darauf ab, dass gem. § 12 AVR die Tätigkeit und nicht die Ausbildung der Mitarbeiterinnen entscheidend für die Eingruppierung sei. Prägende fachlich schwierige Tätigkeiten, die zu einer Eingruppierung in die EG 10 A. der Anlage 1 zu den AVR führen würden, sah die kirchliche Schlichtungsstelle in beiden Fällen nicht, auch nicht bei den Mitarbeiterinnen, die zu ca. ihrer Arbeitszeit in der ambulanten Rehabilitation tätig waren.

Trotz dieser Entscheidungen gingen auch Mitarbeiter selbst gegen die aus ihrer Sicht nicht korrekte Eingruppierung in Entgeltgruppe 9 A. vor den Arbeitsgerichten vor. So beantragte eine in der Suchtberatung tätige Sozialtherapeutin mit einem Abschluss als Diplom-Sozialarbeiter/Sozialpädagogin (FH) und dreijähriger Zusatzausbildung vor dem Arbeitsgericht Dresden die Feststellung, dass sie in Entgeltgruppe 10 A. einzugruppiert und entsprechend zu vergüten sei. Das Arbeitsgericht Dresden gab der Mitarbeiterin recht (ArbG Dresden, Urteil vom 16. September 2010 – 5 Ca 3708/09). Hiergegen legte der Dienstgeber Berufung ein.

Das Sächsische Landesarbeitsgericht in Chemnitz (LAG Chemnitz, Urteil vom 6. April 2011 – 9 Sa 626/10) hob auf die Berufung des Dienstgebers hin das Urteil des Arbeitsgerichts Dresden auf und wies die Klage ab. Die Mitarbeiterin ist wegen dieser Entscheidung in EG 9 A. der Anlage 1 zu den AVR korrekt eingruppiert und entsprechend zu vergüten. Das Landesarbeitsgericht führte schon im Termin aus, dass die Klägerin für die Voraussetzungen der Eingruppierung in eine höhere Entgeltgruppe darlegungs- und beweispflichtig sei und dass die Hürden für die Klägerin hier sehr hoch lägen. Die von der Arbeitsrechtlichen Kommission als bloße Arbeitshilfe erstellte Überleitungstabelle, die im Falle der Klägerin zu einer Eingruppierung in EG 10 geführt hätte, beurteilte das

Landesarbeitsgericht als rechtlich unverbindlich, so dass die Klägerin hieraus keine höhere Eingruppierung herleiten konnte. Auch hat die Eingruppierung gemäß § 12 Abs. 3 AVR tätigkeitsbezogen zu erfolgen, weshalb auch die absolvierte Zusatzausbildung allein nicht zu einer höheren Eingruppierung der Klägern führen könne.

Die Klägerin hätte ausweislich der Urteilsbegründung vielmehr darlegen und beweisen müssen, dass die von ihr ausgeübte Tätigkeit »schwierig« i. S. d. EG 10 A. der Anlage 1 zu den AVR sei. Das bedeutet, die Klägerin hätte darlegen müssen, was »normale« Aufgaben eines Sozialtherapeuten sind. Anschließend hätte sie darlegen müssen, warum ihre Tätigkeit schwieriger als die eines solchen »normalen« Sozialarbeiters/Sozialpädagogen mit therapeutischen Aufgaben ist und sich aus dem Aufgabenkreis dieses in EG 9 A. eingruppierten »normalen« Sozialarbeiters/Sozialpädagogen heraushebt. Dies sei der Klägerin nicht gelungen. Die von der Klägerin recht umfassend vorgetragene Arbeitsaufgaben wurden vom Landesarbeitsgericht also nicht als entsprechend »schwierig« i. S. d. EG 10 A. der Anlage 1 zu den AVR beurteilt. Auch der Verweis der Klägerin auf ihre vom Freistaat Sachsen lediglich empfohlene, aber nicht gesetzlich vorgeschriebene Zusatzausbildung führt ausweislich der Urteilsbegründung nicht zur Höhergruppierung, da die Zusatzausbildung zwar nützlich und hilfreich, aber nicht zwingend notwendig für die Tätigkeit ist. Das Landesarbeitsgericht wies die Klage deshalb auf die Berufung des Dienstgebers hin ab und hat die Revision zum Bundesarbeitsgericht nicht zugelassen.

Fazit:

- In einer Suchtberatungsstelle tätige Sozialpädagogen/Sozialarbeiter sind i. d. R. korrekt in Entgeltgruppe 9 A. der Anlage 1 zu den AVR des Diakonischen Werkes der Evangelischen Kirche in Deutschland – Fassung Sachsen eingruppiert und entsprechend zu vergüten, auch wenn diese Mitarbeiter eine Zusatzausbildung zum Sozialtherapeuten absolviert haben.
- Wegen des identischen Wortlauts der maßgeblichen Eingruppierungsregelungen in der Anlage 1 zu den AVR des Diakonischen Werkes der Evangelischen Kirche in Deutschland und den AVR des Diakonischen

Werkes Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz dürfte die Entscheidung für diese Bereiche entsprechend gelten.

► Hat ein Dienstgeber einen in der Suchtberatungsstelle tätigen Sozialtherapeuten bisher in EG 10 A. eingruppiert, so sollte er die Voraussetzungen einer kor-

rigierenden Rückgruppierung sowie einen Anspruch auf Rückforderung des überzahlten Entgelts im Rahmen der Ausschlussfrist des § 45 AVR prüfen. In Zweifelsfällen sollte anwaltliche Unterstützung eingeholt werden.

Dr. Tina Lorenz

Kommunalwirtschaftsrecht

ÖFFENTLICHE AUFSICHTSRATSSITZUNGEN BEI KOMMUNALEN GMBHS?

Kommunale GmbHs verfügen meistens über einen freiwilligen (fakultativen) Aufsichtsrat, der sich aus Stadtratsmitgliedern zusammensetzt und dem die Überwachung der Geschäftsführung obliegt. Sitzungen des Aufsichtsrates finden regelmäßig unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt. Die Mitglieder des Aufsichtsrates sind grundsätzlich zur Verschwiegenheit über die Angelegenheiten der Aufsichtsratssitzungen verpflichtet.

Im kommunalen Bereich hat sich die Notwendigkeit gezeigt, die öffentliche Abhaltung von Aufsichtsratssitzungen kommunaler Gesellschaften zu ermöglichen. Bereits der Koalitionsvertrag sah daher vor, dass der »Grundsatz der Öffentlichkeit der kommunalen Entscheidungen im Rahmen der Abwägung mit der gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht« ein deutlich höheres Gewicht erhalten soll. Zur Umsetzung dieses Ziels hat das Bundesministerium der Justiz zwischenzeitlich den Referentenentwurf einer kleinen Aktienrechtsnovelle 2011 vorgestellt, der im Laufe des Jahres 2011 verabschiedet werden und Gesetzeskraft erhalten soll.

Nach Maßgabe des Referentenentwurfes soll für nicht börsennotierte Aktiengesellschaften mit staatlicher bzw. kommunaler Beteiligung die Satzung die Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder und die Öffentlichkeit der Sitzung vorsehen können (§ 394 S. 4 AktG-E). Diese Möglichkeit wird allerdings nicht nur für kommunale Aktiengesellschaften – die in Sachsen nur eingeschränkt zulässig sind –, sondern auch für kommunale GmbHs, die über einen zwingenden oder einen fakultativen Aufsichtsrat verfügen, eröffnet. Für GmbHs ist gegenwärtig noch nicht zweifelsfrei geklärt, ob die

Satzung auch schon ohne eine gesetzliche Grundlage die Öffentlichkeit der Aufsichtsratssitzung vorsehen kann; tritt § 394 S. 4 AktG in der Fassung des Referentenentwurfes in Kraft, wird damit auch für die GmbH Rechtssicherheit geschaffen.

Der Wortlaut des § 394 S. 4 AktG-E und die Begründung des Referentenentwurfes lassen folgenden Gestaltungsrahmen zu. Die Satzung kann die Verschwiegenheitspflicht sämtlicher Aufsichtsratsmitglieder aufheben mit der Konsequenz, dass Aufsichtsratssitzungen öffentlich abgehalten werden können. Allerdings kann die Satzung die Verschwiegenheitspflicht auch unter Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse der Gesellschaft abgestuft regeln. Denkbar ist z. B. die Teilung der Aufsichtsratssitzungen in öffentliche und nichtöffentliche Abschnitte. Die Satzung kann des Weiteren vorsehen, dass alle oder nur einige Aufsichtsräte der Verschwiegenheitspflicht nicht unterliegen, wem gegenüber die Verschwiegenheitspflicht besteht oder für welche Tagesordnungspunkte oder Teile der Aufsichtsratssitzung die allgemeine Verschwiegenheitspflicht gilt und für welche nicht. Die Satzungen von Gesellschaften, die vollständig im Besitz einer Gebietskörperschaft stehen, unterliegen hinsichtlich deren Ausgestaltung keinen Beschränkungen. Anders sieht dies bei Gesellschaften aus, an denen die Gebietskörperschaft und Dritte – z. B. ein privater Gesellschafter – beteiligt sind. Bei solchen Gesellschaften muss die Satzungsgestaltung auf die berechtigten Vermögensinteressen der anderen Gesellschafter Rücksicht nehmen. Denkbar ist dies z. B., wenn die durch die Satzung beabsichtigte Transparenz zu Wettbewerbsnachteilen des Dritten führen kann.

Fazit:

- ▶ Abzuwarten bleibt, wann und mit welchem Wortlaut der Referentenentwurf Gesetzeskraft erlangt.
- ▶ Einzelne Stellungnahmen von Verbänden (Deutsches Aktieninstitut und Deutscher Anwaltsverein) äußern sich tendenziell kritisch zur beabsichtigten Änderung des § 394 S. 4 AktG-E. Wir werden die weitere Entwicklung verfolgen und darüber zu gegebener Zeit berichten.
- ▶ Erlangt § 394 S. 4 AktG-E Gesetzeskraft, besteht die Möglichkeit, in den Satzungen der kommunalen Gesellschaften individuelle Regelungen zur Öffentlichkeit der Aufsichtsratssitzungen und zur Verschwiegenheit der Aufsichtsratsmitglieder vorzusehen. Hierdurch kann den individuellen Bedürfnissen der kommunalen Gesellschaften – bei denen es sich aufgrund der Vorgaben der Sächsischen Gemeindeordnung weniger um Aktiengesellschaften, sondern vielmehr um kommunale GmbHs handelt – Rechnung getragen werden.
- ▶ Bei der Satzungsgestaltung durch unterschiedliche Vertraulichkeiten und die Trennung von öffentlichen und nichtöffentlichen Aufsichtsratssitzungen sollte allerdings tunlichst darauf geachtet werden, dass der Verdacht der Geheimniskrämerei in der öffentlichen Wahrnehmung vermieden wird.
- ▶ Sind an einer kommunalen Gesellschaft sowohl eine Kommune und ein Dritter – z. B. ein privater Gesellschafter – beteiligt, ist bei der individuellen Ausgestaltung der Satzung auf die berechtigten Vermögensinteressen des Dritten Rücksicht zu nehmen.

Jörg-Dieter Battke

Veranstaltungen**FRÜHSTÜCKSVORANSTALTUNG: »COMPLIANCE FÜR DEN MITTELSTAND«**

Am 16. September 2011 bietet Battke Grünberg Rechtsanwälte ein Gesellschaftsrechts-Frühstück zum Thema »Compliance für den Mittelstand« an. Sie erfahren, was es mit dem Modewort »Compliance« auf sich hat und welche Relevanz es für den Mittelstand und speziell Ihr Unternehmen hat (Dr. Ekkehard Nolting), wie Sie konkret »Compliance«-Strukturen schaffen können (Jörg-Dieter Battke) und wie Sie diese in Ihren Arbeitsverträgen umsetzen (Dr. Tina Lorenz). Die Veranstaltung beginnt mit einem kleinen Frühstücksbüfett.

- ▶ **Ort:** Heinrich-Schütz-Residenz, Neumarkt 12, 01067 Dresden (Eingang Restaurant Henricus)
- ▶ **Zeit:** 16. September 2011, 08:30 bis 12:00 Uhr
- ▶ **Parken:** Q-Park Tiefgarage am Neumarkt (Einfahrt Landhausstrasse)

Wegen Teilnehmerbegrenzung bitten wir um vorherige Anmeldung per Fax (0351.563.90.99) oder E-Mail (rothe@battke-gruenberg.de). Die Anmeldungen werden nach zeitlichem Eingang berücksichtigt. Nicht angemeldeten Besuchern können wir eine Teilnahme nicht zusagen.

VERANSTALTUNGEN ZUM ARBEITSRECHT

An folgenden bis Oktober 2011 geplanten Seminaren der Battke Grünberg-Rechtsanwälte können Sie gern teilnehmen. Bitte kontaktieren Sie hierzu die externen Bildungsträger.

| Datum | Ort | Veranstalter | Thema |
|--------------------|------------|---|---|
| 1. September 2011 | Moritzburg | Diakonische Akademie | »Mitarbeiter krank – was tun?« |
| 7. September 2011 | Moritzburg | Diakonische Akademie | »Aktuelle Entwicklung im Arbeitsrecht« |
| 14. September 2011 | Moritzburg | Diakonische Akademie | »Changemanagement – Veränderung der Organisation erfolgreich gestalten« |
| 22. September 2011 | Leipzig | Krankenhausgesellschaft Sachsen e.V. | »Fehlverhalten von Mitarbeitern – was tun?« |
| 6. Oktober 2011 | Moritzburg | Diakonische Akademie | »Work-Life-Balance« |
| 6. Oktober 2011 | Dresden | Paritätischer Wohlfahrtsverband Sachsen | »Work-Life-Balance« |

.....
 Diese und andere Hinweise zu Veranstaltungen der BattkeGrünberg Rechtsanwälte finden Sie auf unserer Homepage unter www.battke-gruenberg.de/veranstaltungen.

Sollten Sie zu einzelnen Artikeln und den angesprochenen Themen Fragen haben, können Sie sich gern an den jeweiligen Autor telefonisch über 0351.563.90-0 oder per E-Mail über info@battke-gruenberg.de an uns wenden.

Lob, Kritik und Anregungen nehmen wir ebenfalls gern unter der genannten E-Mail-Adresse entgegen.



IMPRESSUM

Herausgeber

Battke Grünberg Rechtsanwälte
Partnerschaftsgesellschaft (AG Dresden, PR 216)

*Verantwortlich
Gestaltung*

Dr. Ekkehard Nolting
Franziska Neubert

Adresse

Battke Grünberg Rechtsanwälte
Partnerschaftsgesellschaft,
Am Waldschlösschen 2
01099 Dresden
Tel.: 0351.563.90.0 / Fax: 0351.563.90.99
E-Mail: info@battke-gruenberg.de

Internet

www.battke-gruenberg.de