

BATTKE BRIEF

MANDANTENINFORMATION

Februar 2012

Liebe Leserin, lieber Leser,

»Man vergisst vielleicht, wo man die Friedenspfeife vergraben hat, aber man vergisst niemals, wo das Beil liegt« (Mark Twain). Immerhin: Die Zivilgesellschaft stellt ihren Mitgliedern Gerichte und geordnete Verfahren zur Verfügung, um Streitigkeiten auszutragen; ihre Errungenschaft ist die Abschaffung des Faustrechts. Längst aber weiß man, dass Gerichte nur das entscheiden können, was ihnen offenbart wird und das ist meist nur ein kleiner Ausschnitt aus einem womöglich komplexen Tatgeschehen; die Geschichte hinter der Geschichte kommt selten ans Licht. Und Recht und Gesetz, nach denen Gerichte zu urteilen haben, bieten nur eine retrospektive Erkenntnis. Oftmals bieten sich aber zukunftsorientierte Lösungen an, die den beiderseitigen Interessen viel besser gerecht werden. Das jedoch kann nicht von der Richterbank in Anwendung abstrakter Rechtssätze verordnet werden. Es bedarf gestaltender Mitwirkung der Parteien; nur sie allein kennen die ganze Geschichte und vor allem ihre wahren Interessen. Dort setzt das sog. Mediationsverfahren ein. Es setzt auf eine konsensuale Lösung des Konflikts. Da Konflikte meist das Ergebnis einer Kommunikations- oder Wahrnehmungsstörung sind, bedürfen die Parteien eines Mittlers, der sie wieder auf den Weg führt, sich gegenseitig richtig zu verstehen und auf die wechselseitigen Interessen – am Ende auch im eigenen Interesse – wieder eingehen zu können. Dieser Mittler ist der Mediator. Der Bundestag hat mit dem in diesen Tagen in Kraft tretenden Mediationsgesetz für die Mediationsverfahren eine gesetzliche Grundlage geschaffen. Auch in Gesellschafterstreitigkeiten werden häufig formale Rechtspositionen genutzt, um hausgemachte strukturelle Defizite auszugleichen, insbesondere wenn (Minderheits-) Gesellschafter sich und ihre Interessen nicht mehr angemessen beachtet fühlen. Als Schlachtfeld dient häufig die Gesellschafterversammlung, als Waffe die Beschlussmängelklage, mit der wichtige Entscheidungen der Gesellschafterversammlung angegriffen und blockiert werden können. Der erhebliche Lästigkeitswert solcher Klagen verschafft Gehör und hilft, eigene Interessen auch gegen die Mehrheit durchzusetzen. Mit der Gesellschafterversammlung bei der GmbH und ihrer Vorbereitung befasst sich unser heutiges Schwerpunktthema. Weitere Gesetzesvorhaben, die in diesen Tagen in Kraft treten, sind die Insolvenzrechtsreform, die neue unangenehme Überraschungen für GmbH-Geschäftsführer bereit hält, und im Arbeitsrecht das Familienpflegezeitgesetz. Darüber sowie über weitere aktuelle Entwicklungen im Arbeitsrecht – u. a. zum Urlaubs-, Befristungs- und Eingruppierungsrecht –, im Energiewirtschaftsrecht zu Fragen des Netzzugangs bei Fernwärme und zur Rückforderung von Subventionen wegen Vergaberechtsverstößen berichten wir in dieser Ausgabe des BattkeBriefes.

Wir wünschen – wie immer – eine erkenntnisreiche Lektüre.

Ihre Battke Grünberg Rechtsanwälte

BATTKE GRÜNBERG
RECHTSANWÄLTE

№ 1/2012

INHALT

Schwerpunktthema	2
Gesellschaftsrecht	7
Arbeitsrecht	8
Energierrecht	16
Subventionsrecht	17
Verfahrens- und Insolvenzrecht	18
Veranstaltungen	21
Impressum	24





SCHWERPUNKTTHEMA

Von Dr. Ekkehard Nolting

DIE GMBH–GESELLSCHAFTERVERSAMMLUNG

1. Funktion und Aufgabe der Gesellschafterversammlung

Die Versammlung der Gesellschafter ist das zentrale Willensbildungsorgan der GmbH. Die Gesellschafterversammlung ist für sämtliche Angelegenheiten der Gesellschaft zuständig (Allzuständigkeit). Sie ist insbesondere zuständig für Strukturmaßnahmen, Grundlagenentscheidungen und alle explizit in § 46 GmbHG genannten Einzelmaßnahmen. Dazu gehören vor allen Dingen die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern, der Abschluss, die Änderung und Kündigung von Geschäftsführeranstellungsverträgen (§ 46 Nr. 5 GmbHG) sowie alle Maßregeln zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung (§ 46 Nr. 6 GmbHG). Beschlüsse der Gesellschafter sind für den Geschäftsführer, soweit sie nicht gegen Gesetze verstoßen, eine wichtige Versicherung gegen spätere Ersatzansprüche der Gesellschaft. Die Gesellschafterversammlung ist aber nicht nur das Organ, in dem Beschlüsse gefasst werden, in dem Entscheidungen vorbereitet und der maßgebliche Wille der Gesellschaft gebildet werden, sie ist vor allem auch eine formelle Kommunikationsplattform, auf der die Gesellschafter und Geschäftsführer sich frühzeitig austauschen und abstimmen und für Verständnis für ihre jeweiligen Positionen werben können, die Transparenz schaffen und damit Konfliktpotential abbauen kann. Auch dabei hilft ein formeller Rahmen – anders als das informelle »Flurgespräch« – alle Betroffenen gleichberechtigt zu beteiligen und auch dem Minderheitsgesellschafter das Gefühl zu geben, nicht überfahren sondern gleichberechtigt beteiligt zu werden.

Die folgenden Ausführungen geben die gesetzlichen Bestimmungen wieder; sie können durch Satzungsregeln abgeändert werden.

2. Willensbildung und Entscheidung in der GmbH

Die Willensbildung und Entscheidungen der Gesellschafterversammlung erfolgen in Form von Beschlüssen. Beschlüsse entstehen durch Stimmabgabe der Stimmberechtigten. In der Regel entscheidet die einfache Mehrheit der gültig abgegebenen Stimmen darüber, ob ein zur Abstimmung gestellter Beschluss zustande kommt oder nicht; in Ausnahmefällen kommt es auf qualifizierte Mehrheiten an (z. B. Satzungsänderungen).

Beschlüsse werden regelmäßig in der Gesellschafterversammlung gefasst (§ 48 Abs. 1 GmbHG). Sie können aber auch außerhalb einer Gesellschafterversammlung getroffen werden, wenn entweder

- sämtliche Gesellschafter dem zur Abstimmung stehenden Beschluss in Textform (das heißt auch per E-Mail oder Computerfax) – also einstimmig – zustimmen oder
- sämtliche Gesellschafter sich mit dem Verfahren einer schriftlichen Stimmabgabe einverstanden erklären.

Gern wird von der Möglichkeit einer »kombinierten Beschlussfassung« Gebrauch gemacht, wenn einzelne Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung nicht anwesend sein konnten, ihr Votum aber nachträglich noch einmal eingeholt werden soll. Hier werden Elemente der Versammlung mit denen der schriftlichen Beschlussfassung im Umlaufverfahren

»kombiniert«. Davor ist zu warnen. Sie ist nur mit ausdrücklicher Satzungsregelung zulässig. Ansonsten ist der Beschluss nichtig und zwar selbst dann, wenn der kombinierten Beschlussfassung sämtliche Gesellschafter zugestimmt haben.

3. Einberufung der Gesellschafterversammlung

a) Wer lädt ein?

Die Gesellschafterversammlung wird durch die Geschäftsführer einberufen. Grundsätzlich ist bei mehreren Geschäftsführern jeder Geschäftsführer einzeln zur Einberufung befugt, auch wenn im Übrigen Gesamtvertretungsbefugnis besteht.

Gesellschafter, die zusammen mindestens ein Quorum von 10 % am Stammkapital halten, können unter Angabe des Zwecks und der Gründe von den Geschäftsführern die Berufung einer Versammlung verlangen. Kommt die Geschäftsführung diesem Verlangen nicht nach, können die Gesellschafter die Versammlung selbst einberufen.

b) Wann ist einzuladen?

Die Einberufung erfolgt in den in der Satzung vorgesehenen Fällen. In der Regel wird mindestens eine ordentliche Gesellschafterversammlung pro Jahr vorgesehen, die für die jährliche Feststellung des Jahresabschlusses und die Beschlussfassung über die Gewinnverwendung ohnehin erforderlich ist. Darüber hinaus ist die Gesellschafterversammlung immer dann zu berufen, wenn es im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint. Dies zu beurteilen liegt insbesondere in der Verantwortung der Geschäftsführer. Geboten ist die Versammlung in der Regel dann, wenn Umstände auftreten, in deren Folge der Gesellschaft Nachteile zu entstehen drohen oder die Geschäftsführung Maßnahmen plant, die die Interessen der Gesellschafter berühren. Unterlassen sie in einem solchen Fall die Ladung und entsteht der Gesellschaft daraus ein Schaden, haften die Geschäftsführer dafür.

Zwingend vorgeschrieben ist die Einberufung einer Gesellschafterversammlung, wenn aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz sich ergibt, dass die Hälfte des Stammkapitals verloren ist. Die Geschäftsführer sind zur Aufstellung einer solchen Zwischenbilanz

verpflichtet, wenn sie aufgrund der Beobachtung der wirtschaftlichen Lage Anlass haben anzunehmen, dass infolge der eingetretenen Verluste die Hälfte des Stammkapitals verloren ist. Eine Beschlussfassung haben die Geschäftsführer auch dann herbeizuführen, wenn sie wegen »drohender Zahlungsunfähigkeit« Insolvenzantrag stellen wollen. Das gilt hingegen nicht, wenn Zahlungsunfähigkeit bereits eingetreten ist; hier müssen sie selbstständig und ohne Zögern Insolvenzantrag stellen.

c) Wie ist einzuladen?

Die Einberufung erfolgt mittels eingeschriebener Briefe unter Einhaltung einer Frist von mindestens einer Woche; viele Satzungen sehen hier Abweichendes vor. In der Einladung sind Ort und Zeit der Versammlung anzugeben. In der Regel erfolgt die Versammlung in den Räumen der Gesellschaft. Nicht erforderlich sind Beschlussvorlagen oder Beschlussempfehlungen. Der Zweck der Versammlung muss aber so konkret angegeben werden, dass jeder Gesellschafter beurteilen kann, was Gegenstand der Erörterungen und gegebenenfalls der Beschlussfassung sein wird. Dies gilt insbesondere etwa bei der Abberufung des Geschäftsführers. In diesem Falle reicht es nicht aus, lediglich »Fragen der Geschäftsführung« anzugeben; hier muss »Abberufung des Geschäftsführers« deutlich benannt werden, wenn das der Zweck der Versammlung sein soll.

d) Wer ist einzuladen?

Eingeladen werden sämtliche Gesellschafter, die in die Gesellschafterliste beim Handelsregister aufgenommen sind. Das gilt unabhängig davon, ob sie stimmberichtig sind. Gesellschafter sind daher insbesondere etwa auch dann einzuladen, wenn über die Einziehung ihres Geschäftsanteils oder ihren Ausschluss aus wichtigem Grunde beschlossen werden soll, bei der der betroffene Gesellschafter von der Abstimmung ausgeschlossen ist; sein Teilnahmerecht und insbesondere sein Anspruch auf rechtliches Gehör werden dadurch nicht beschnitten.

Unerheblich ist auch, ob die Gesellschafterliste tatsächlich richtig ist. Auch wenn dem Geschäftsführer bekannt ist, dass der noch in der Gesellschafterliste aufgeführte Gesellschafter seinen Anteil bereits abge-

treten hat, der Erwerber aber noch nicht in der neuen Gesellschafterliste aufgenommen ist, hat er den in der Gesellschafterliste aufgeführten Gesellschafter einzuladen. Gerade alte Gesellschafterlisten aus der Zeit vor der GmbH-Reform im Jahr 2008 sind hier häufig unrichtig. Um sicher zu gehen sollte der Geschäftsführer vor der Einladung unbedingt die aktuelle Gesellschafterliste beim Handelsregister einsehen.

e) Heilung von Mängeln

Wird die Versammlung durch Nichtberechtigte (insbesondere Gesellschafter, soweit ihnen nicht ausnahmsweise eine Einberufungskompetenz als Minderheitenrecht zusteht) einberufen oder enthält die Einberufung nicht Ort und Zeit der Gesellschafterversammlung oder erfolgt sie nicht allen Gesellschaftern gegenüber, sind sämtliche Beschlüsse der Versammlung nichtig. Sonstige Mängel der Einladung (Formmangel, Nichteinhaltung der Frist, unzureichende Zweckangabe) führen i. d. R. nur zur Anfechtbarkeit aller getroffenen Beschlüsse (dazu noch sogleich). Gleichwohl sind jederzeit auch Gesellschafterversammlungen ohne Einhaltung von Formen und Fristen der Einberufung möglich, in der auch wirksame Beschlüsse gefasst werden können, wenn alle Gesellschafter anwesend sind und auf die Einhaltung von Formen und Fristen verzichten. Grundsätzlich sollten daher die Gesellschafter eingangs einer Gesellschafterversammlung einen solchen Verzicht förmlich zu Protokoll zu erklären, um eventuell unentdeckt gebliebene Mängel der Einberufung zu heilen, wenn sämtliche Gesellschafter – auch in der Sache nicht stimmberechtigte – anwesend und mit der Abhaltung der Gesellschafterversammlung und der Beschlussfassung einverstanden sind.

4. Abstimmung

Für die Abstimmung gelten die folgenden Regeln des Gesetzes, denen jedoch abweichende Satzungsbestimmungen vorgehen:

a) Die Beschlussfassung erfolgt in der Regel durch einfache Mehrheit der in der Gesellschafterversammlung abgegebenen Stimmen. Enthaltungen gelten als nicht abgegeben. Ein bestimmtes Quorum als Voraussetzung für eine Beschlussfähigkeit der Gesellschafterversammlung sieht das Gesetz nicht vor.

b) Das Stimmgewicht richtet sich nach dem Nennwert

der Geschäftsanteile der Gesellschafter. Jeder Euro des Nennwerts eines Geschäftsanteils gewährt eine Stimme.

c) Gesellschafter, die durch die Beschlussfassung entlastet oder von einer Verbindlichkeit befreit werden sollen oder denen gegenüber ein Rechtsgeschäft vorgenommen werden soll (insbesondere Ausschluss aus wichtigem Grund, Verfolgung von Ersatzansprüchen), sind von der Abstimmung – nicht von der Teilnahme an der Versammlung (!) – ausgeschlossen.

d) Grundsätzlich kann sich jeder Gesellschafter durch einen Stimmrechtsvertreter vertreten lassen. Die Vollmacht bedarf der Textform, ist in der Gesellschafterversammlung also in entsprechender Form (auch per E-Mail) vorzulegen. Die Vollmachtsurkunde sollte zu Nachweiszwecken zum Protokoll genommen und von der Gesellschaft verwahrt werden. Wird eine solche Vollmacht nicht vorgelegt, kann der Vertreter des Saales verwiesen werden. Umstritten ist, ob die Zulassung eines nicht ordnungsgemäß ausgewiesenen Vertreters durch Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter möglich ist oder nur dann, wenn kein Gesellschafter widerspricht. Die Satzung kann dazu Regelungen enthalten und enthält diese in der Regel auch.

e) Zur Stimmabgabe sind nur geschäftsfähige Personen zugelassen. Die Stimmabgabe nicht geschäftsfähiger Personen ist unwirksam. Die Frage tritt nicht nur bei minderjährigen Kindern als Gesellschaftern auf; sie tritt angesichts der demografischen Entwicklung in der Bevölkerung zunehmend auch bei betagten dementen Gesellschaftern auf. In diesen Fällen erfolgt die Abstimmung durch den gerichtlich bestellten Betreuer, der im Übrigen zu der Gesellschafterversammlung auch einzuladen ist; erfolgt dies nicht oder hat der demente Gesellschafter noch keinen solchen Betreuer, ist die Ladung fehlerhaft und die in der Gesellschafterversammlung gefassten Beschlüsse sind nichtig. Es gibt praktisch kaum Satzungen, die für diese Fälle ausreichende Vorkehrungen treffen. Hier besteht ein flächendeckendes Regelungsbedürfnis bei GmbHs. Ähnliche Schwierigkeiten können bei führungslosen oder insolventen Gesellschaftern auftreten.

5. Beschlussfeststellung und Beschlussmängel

Eine Form der Beschlussfeststellung sieht das GmbHG nicht vor. Die Beschlussfassung ist also mit der Stimmabgabe abgeschlossen. Der Beschluss ist zustande gekommen, wenn die vorgenannten Voraussetzungen und die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen für den Antrag vorliegen.

Bei den Folgen fehlerhafter Beschlüsse sind Nichtigkeit und Anfechtbarkeit zu unterscheiden. Nur schwerwiegende Mängel (insbesondere Einberufungsmängeln) haben unmittelbar die Nichtigkeit zur Folge; in den übrigen – und den meisten – Fällen behandelt die Rechtsprechung fehlerhafte Beschlüsse bei der GmbH zunächst als wirksam aber anfechtbar, also vernichtbar. Die Gesellschafter, die einen bestimmten Beschluss nicht hinnehmen wollen, müssen den Mangel also aktiv gerichtlich mit der Anfechtungsklage geltend machen. Tun sie das nicht innerhalb einer bestimmten Frist (i. d. R. einen Monat nach Kenntnisnahme) wird der Beschluss endgültig wirksam und der Mangel kann nicht mehr geltend gemacht werden.

Diese Rechtsfolge, die schnell Klarheit und Rechtssicherheit schafft, gilt aber nur in den Fällen, in denen jedenfalls der vorläufige Beschlussinhalt zwischen den Gesellschaftern eindeutig feststeht, also klar ist, was ohne Anfechtung inhaltlich endgültig gelten soll. Sind aber die Gesellschafter von Beginn an bereits darüber zerstritten, ob etwa für einen Beschluss tatsächlich die einfache Mehrheit zustande gekommen ist oder nicht, ob Inhalt des Beschlusses also die Zustimmung zum Antrag oder das Gegenteil, seine Ablehnung, ist, fehlt es daran. Das gilt in den besonders streitanfälligen Fällen der Abberufung eines Geschäftsführers aus wichtigem Grund und der Einziehung eines Geschäftsanteils oder der Ausschließung eines Gesellschafters aus wichtigem Grund, in denen Uneinigkeit über den Stimmrechtsausschluss des Betroffenen herrscht.

Die Eindeutigkeit des Beschlussinhaltes kann durch förmliche Beschlussfeststellung mit Wirkung für und gegen alle Gesellschafter und die Gesellschaft erreicht werden. Dazu muss die Satzung oder im Einzelfall die Versammlung durch einstimmigen Beschluss eine Person – in der Regel den Versamm-

lungsleiter – bestimmen, die befugt sein soll, für alle Gesellschafter und die Gesellschaft vorläufig verbindlich den Inhalt eines Beschlusses festzustellen. Aus Gründen der Beweisführung ist in jedem Falle eine Protokollierung der Beschlüsse anzuraten. Dann ist der Beschluss zunächst zweifelsfrei mit dem festgestellten und protokollierten Inhalt existent. Er kann dann durch die widersprechenden Gesellschafter nur mit Hilfe der fristgebundenen Beschlussmängelklage aus der Welt geschafft werden.

Wird der Beschluss hingegen nicht durch den Versammlungsleiter mit Wirkung für und gegen alle vorläufig verbindlich festgestellt und besteht auch sonst keine Klarheit über den Beschlussinhalt, kommt es auf die tatsächliche Rechtslage an, über die endgültig und für alle verbindlich nur das Gericht entscheidet. Bis dahin herrscht für alle Beteiligten Rechtsunsicherheit.

Alternativ kommt auch die Übertragung des Streits auf ein Schiedsgericht in Betracht; hier gibt es jedoch zahlreiche schwierige Rechtsfragen, so dass die kompetente Begleitung unverzichtbar ist. Ähnliches gilt auch für den Versuch, den Streit durch Mediation auszuräumen; hier besteht etwa das Risiko, dass durch Ablauf der Klagfrist während des Schlichtungsversuchs der Beschluss unangreifbar wird und damit vollendete Tatsachen geschaffen werden.

6. Häufige Fehler

Die häufigsten Fehler sind Ladungsmängel. Oft wird »vergessen«, einen missliebigen Gesellschafter zur Beschlussfassung über seine Ausschließung oder die Einziehung seines Anteils einzuladen, weil man der Meinung ist, er habe ohnehin kein Stimmrecht; er hat aber gleichwohl ein Teilnahmerecht und einen Anspruch auf rechtliches Gehör.

Die durch die GmbH-Reform 2008 gestiegene Bedeutung der Gesellschafterliste wird verkannt: Vor jeder Einladung sollte sich der Geschäftsführer versichern, wer in die Liste eingetragen ist; jeder Gesellschafter, der dort eingetragen ist, gilt der Gesellschaft gegenüber (und damit für die Geschäftsführer) unwiderleglich als Gesellschafter und ist daher zwingend einzuladen.

Beliebt ist auch, die Versammlung auf einen Termin zu legen, von dem bekannt ist, dass ein ungeliebter Gesellschafter verhindert ist. All diese (treuwidrigen) Versuche, die Teilnahme eines Gesellschafters zu verhindern, führen nicht nur zu Streit sondern zur Nichtigkeit gefasster Beschlüsse.

Häufig werden Gegenstände nicht ordnungsgemäß angekündigt, indem etwa nur vage ein unverständlicher Begriff verwendet wird, um die wahren (Beschluss-)Absichten zu verschleiern. Insbesondere kann nicht unter »Sonstiges« eine Entscheidung über die Abberufung eines Geschäftsführers, den Ausschluss eines Gesellschafters oder sonst eine die Gesellschafterinteressen berührende Entscheidung getroffen werden. Jeder Gesellschafter muss sich hinreichend auf die Themen vorbereiten und nötigenfalls auch Rechtsrat einholen können; sonst leidet die Versammlung an einem Berufungsmangel und die Beschlüsse sind nichtig, jedenfalls aber anfechtbar.

Nicht selten passiert es, dass sich Gesellschafter zu Beginn einer Versammlung nicht einigen können, wer mit welchem Stimmgewicht teilnimmt, etwa weil sich ein Stimmrechtsvertreter nicht ausreichend legitimiert hat, ein vorangegangener Einziehungs- oder Ausschlussbeschluss gegen einen Gesellschafter und seine Folgen für dessen Rechte umstritten sind oder Unklarheit über das Vorliegen eines wichtigen Grundes besteht, der über den Stimmrechtsausschluss entscheidet. Dann kommt es bereits bei der Bestellung des Versammlungsleiters – soweit er nicht bereits in der Satzung definitiv vorgegeben ist – zu widersprüchlichen Entscheidungen und je nach dem, wie die Zählung vorgenommen wird, zu zwei verschiedenen Versammlungsleitern, die auch in der Folgezeit die Beschlüsse gegensätzlich feststellen und zu Protokoll nehmen. In diesen Fällen haben die Feststellungen und Protokollierungen keine rechtliche Relevanz. Darüber, was tatsächlich beschlossen worden ist, welches Protokoll also maßgeblich ist, kann nur das Gericht endgültig entscheiden.

Kommt es über einen Beschluss zum Streit, sollte er möglichst umgehend in einer ordnungsgemäß berufenen neuen Gesellschafterversammlung wiederholt werden, um eine langwierige Rechtsunsicherheit bis zu einer gerichtlichen Entscheidung über den ersten Beschluss zu vermeiden. In jedem Fall sollte hier Rechtsrat eingeholt werden, um eine effektive und für das Unternehmen schonende Strategie zu entwickeln und Fehler mit existenziellen Folgen für das Unternehmen zu vermeiden.

Fazit:

- ▶ Die Gesellschafterversammlung ist ein wichtiges Kommunikationsinstrument, das zur Streitvermeidung auch vorbeugend eingesetzt werden kann und zur Risikominimierung für die Geschäftsführer auch eingesetzt werden sollte.
- ▶ Die formalen Ladungsvorschriften in der Satzung und im Gesetz sollten genau beachtet, »Tricks«, um die Teilnahme zu vereiteln, vermieden und sämtliche Gesellschafter nach Gesellschafterliste beteiligt werden.
- ▶ Fehlerhafte Beschlüsse können endgültig wirksam und für alle bindend werden, wenn sie nicht an einem der wenigen besonders schwerwiegenden Mängel (vor allem Ladungsmängel) leiden, die Satzung einer Person (i.d.R. dem Versammlungsleiter) die Kompetenz zuweist, den Beschlussinhalt für alle Gesellschafter und die Gesellschaft bindend festzustellen und sie von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht hat oder für die Gesellschafter sonst der Beschlussinhalt unzweideutig und unstreitig feststeht und der Beschluss von keinem Gesellschafter innerhalb der Anfechtungsfrist von i.d.R. einem Monat seit Kenntnisaufnahme gerichtlich angefochten wird.
- ▶ Werden Beschlüsse vor Gericht angefochten oder wird sonst ihre Rechtmäßigkeit angezweifelt, sollte möglichst umgehend eine fehlerfreie Wiederholung der Beschlussfassung erfolgen.

BUNDESAMT FÜR JUSTIZ VERFOLGT VERSTÖSSE GEGEN OFFENLEGUNGSPFLICHTEN UNNACHSICHTIG

Das Bundesamt für Justiz in Bonn verfolgt nach den Erfahrungen seit Inkrafttreten der neuen und schärferen Vorschriften zur Offenlegung von Jahresabschlüssen Verstöße gegen die Offenlegungspflicht unnachgiebig. Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften ohne eine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter sind verpflichtet, ihre Jahresabschlüsse unverzüglich nach Vorlage an die Gesellschafter, spätestens aber innerhalb von zwölf Monaten nach dem Abschlussstichtag in elektronischer Form bei der Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH in Köln (www.ebundesanzeiger.de) eingereicht zu haben (wir berichteten darüber bereits im BattkeBrief 2/2011, S.10 – www.battke-gruenberg.de). Geschieht das nicht, droht das Bundesamt für Justiz zunächst ein Ordnungsgeld an, sollte nicht innerhalb einer weiteren Frist von i.d.R. 6 Wochen die Einreichung nachgeholt werden. Bereits dieses Schreiben kostet die Gesellschaft EUR 53,50 (eine Gebühr von EUR 50,00 und EUR 3,50 Zustellkosten). Werden sie nicht gezahlt, folgt umgehend eine Erinnerung mit Vollstreckungsandrohung. Das Bundesamt kann bei weiterer Säumnis sodann selbst vollstrecken und tut dies auch. Wird der Jahresabschluss nicht innerhalb der sechs-Wochen-Frist nachgereicht, ergeht unerbittlich eine Ordnungsgeldentscheidung über regelmäßig zunächst EUR 2.500 zuzüglich Zustellkosten (EUR 3,50). Sie wird verbunden mit der neuerlichen Ermahnung, die Unterlagen nun binnen sechs Wochen einzureichen; andernfalls wird ein erneutes Ordnungsgeld von jetzt bereits EUR 5.000 angedroht. Das Verfahren setzt sich mit steigenden Ordnungsgeldbeträgen bis zu Einmalbeträgen von EUR 25.000 fort, bis die Unterlagen

ordnungsgemäß eingereicht sind. Neben der Gesellschaft kann auch das vertretungsberechtigte Organ, bei der GmbH also beispielsweise der Geschäftsführer, persönlich in Anspruch genommen werden. Doch damit nicht genug: Es gehört zu den Kernaufgaben des Geschäftsführers, den Jahresabschluss aufzustellen und unverzüglich der Gesellschafterversammlung zur Feststellung vorzulegen. Tut er das nicht, verletzt er zugleich seine Geschäftsführerplichten und ist der Gesellschaft zum Ersatz des Schadens verpflichtet, also auch zur Erstattung der Kosten und Ordnungsgelder. Außerdem kann die Gesellschaft den Anstellungsvertrag mit dem Geschäftsführer aus wichtigem Grund fristlos kündigen, wie kürzlich das Kammergericht in Berlin befand (KG Urt. vom 11. August.2011 – Az. 23 U 114/11). Das ist von Bedeutung für geschäftsführende Mehrheitsgesellschafter, die bei der Kündigung und ihrer Abberufung in diesem Fall kein Stimmrecht haben. Hat der Geschäftsführer hingegen alles getan und stellt nur die Gesellschafterversammlung den Jahresabschluss nicht fest, kann der Geschäftsführer auch den aufgestellten und nicht festgestellten Abschluss veröffentlichen.

Fazit:

- ▶ Geschäftsführer, Vorstände und sonstige vertretungsberechtigte Organe sollten die Offenlegungspflichten ernst nehmen, ihnen drohen sonst schmerzliche Konsequenzen
- ▶ Nähere Informationen finden sich unter: www.bundesjustizamt.de/ehug

Dr. Ekkehard Nolting

NOCHMALS: EINZIEHUNG VON GMBH-GESCHÄFTSANTEILEN

Bereits im Battke Brief 1/2010 (S. 3; www.battke-gruenberg.de/download/pdf/2010_01_battkebrief_web.pdf) berichteten wir über eine Entscheidung des LG Essen, wonach ein Beschluss über die Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils nichtig sein soll, wenn

er nicht mit einer Maßnahme verbunden wird, die sicherstellt, dass auch nach der Einziehung noch das Stammkapital der Summe der Nennbeträge der verbleibenden Geschäftsanteile entspricht. Das verlangt § 5 Abs. 3, S. 2 GmbHG jedenfalls für die Gründung, LG

Essen aber auch fortdauernd während der gesamten Existenz der Gesellschaft. Solche Maßnahmen können die – rechtlich nicht immer mögliche – Kapitalherabsetzung, die Schaffung eines neuen eigenen Anteils der Gesellschaft oder die Nennbetragsaufstockung der verbleibenden Geschäftsanteile sein. Dem hat das OLG Saarbrücken nun widersprochen: Es meint, § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG gelte nur für die Gründung; ein späteres Auseinanderfallen von Stammkapitalziffer und Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile sei hingegen unschädlich. Das Fehlen einer solchen Maßnahme führe also nicht zur Nichtigkeit eines Einziehungsbeschlusses. Diese Rechtsauffassung ist allerdings zweifelhaft. Das OLG Saarbrücken hat sein Ergebnis daher vorsichtshalber auch primär auf eine Auslegung des Einziehungsbeschlusses gestützt: Da nach der Einziehung nur noch ein Gesellschafter mit einem Anteil verblieben war, unterstellte es den Willen, dessen Nennbetrag entsprechend anzuheben. Die Entscheidung liegt dem BGH unter Az. II ZR 6/12 vor. Es wird abzuwarten bleiben, ob der BGH die Revision zulässt und die Gelegenheit ergreift, die bisher umstrittene Frage endgültig zu klären. Bis

dahin sollte man in jedem Fall Einziehungsbeschlüsse mit einer Kapitalherabsetzung, der Neuschaffung eines Geschäftsanteils oder der Nennbetragsaufstockung der verbleibenden Anteile verbinden.

Fazit:

- ▶ Die Einziehung von Geschäftsanteilen bei der GmbH sollte in jedem Fall mit einer Kapitalherabsetzung, der Neuschaffung eines Geschäftsanteils oder der Nennbetragsaufstockung der verbleibenden Geschäftsanteile verbunden werden, um sicherzustellen, dass die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile dem Stammkapital entspricht.
- ▶ Ohne eine solche Maßnahme riskiert man jahrelange gerichtliche Auseinandersetzungen um die Wirksamkeit der Einziehung mit beträchtlicher Rechtsunsicherheit, da bei rechtskräftig festgestellter Umwirksamkeit der Einziehung auch alle inzwischen gefassten Beschlüsse der Gesellschaft nichtig sind, die ohne Mitwirkung des von der Einziehung betroffenen Gesellschafters gefasst worden sind.

Dr. Ekkehard Nolting

Arbeitsrecht

NEUES ZUM BEFRISTUNGSRECHT

1. »Kettenbefristungen« mit Sachgrund möglich?

Das Bundesarbeitsgericht hatte dem Europäischen Gerichtshof mit Beschluss vom 17. November 2010 (7 AZR 443/09 (A)) die Frage vorgelegt, ob es mit dem europäischen Recht vereinbar sei, eine wiederholte Befristung eines Arbeitsvertrages auf den Sachgrund der Vertretung zu stützen, wenn bei dem Arbeitgeber ein ständiger Vertretungsbedarf besteht. Anlass dafür war der Sachverhalt, dass das Land Nordrhein-Westfalen eine Arbeitnehmerin über 10 Jahre aufgrund von insgesamt 13 befristeten Arbeitsverträgen wegen Elternzeit oder Sonderurlaub als Justizangestellte im Geschäftsstellenbereich des Amtsgerichtes Köln beschäftigt hatte.

Der Europäische Gerichtshof hat diese Frage jetzt mit seinem Urteil vom 26. Januar 2012 – RS

C-568/10 (Kücük) bejaht. Danach können auch wiederholte Befristungen auf den Sachgrund der Vertretung gestützt werden.

2. Sachgrundlose Befristung bei Angabe eines Sachgrundes im Arbeitsvertrag?

In einem befristeten Arbeitsvertrag muss grundsätzlich ein Sachgrund für die Befristung nicht angegeben sein und auch nicht angegeben werden, dass die Befristung des Arbeitsvertrages sachgrundlos erfolgt. Welche Bedeutung die Angabe eines Sachgrundes in einem befristeten Arbeitsvertrag hat, der die Befristung nicht zu tragen vermag, musste das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 29. Juni 2011 (7 AZR 774/09) klären.

Der in jenem Rechtsstreit klagende Arbeitnehmer war aufgrund eines befristeten Arbeitsvertrages

eingestellt, in dem es u. a. hieß: »Das Arbeitsverhältnis endet mit Ablauf des 16. Juli 2008 ... Die Befristung erfolgt aus folgendem Grund: Der Arbeitnehmer wird für die Dauer von zwei Jahren zur Probe eingestellt, ...«.

Das Bundesarbeitsgericht wies die Klage ab, weil die vereinbarte Befristung eines sachlichen Grundes nicht bedurfte. Sie sei nach § 14 Abs. 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) ohne sachlichen Grund zulässig. Die Benennung eines Sachgrundes in einem Arbeitsvertrag reicht aus Sicht des Bundesarbeitsgerichtes für die Annahme allein nicht aus, dass eine sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG ausgeschlossen sein solle. Sie stelle nur ein wichtiges Indiz dar, zu dem jedoch weitere Umstände hinzutreten müssten.

Im Übrigen hat das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil auch darauf hingewiesen, dass der Arbeitgeber sich auch bei einer Sachgrundbefristung auf einen anderen als den im Arbeitsvertrag genannten Sachgrund berufen kann, um diese zu rechtfertigen,

und er sich auch auf einen Sachgrund stützen kann, wenn im Arbeitsvertrag § 14 Abs. 2 TzBfG (»Befristung ohne Sachgrund«) als Rechtfertigungsgrund für die Befristung genannt ist.

Fazit:

- ▶ Ein Arbeitgeber kann Befristungen auch weiterhin wiederholt und auch über lange Zeiträume auf den Sachgrund der Vertretung stützen. Entscheidend ist allein, ob der Sachgrund der Vertretung jeweils für die einzelne Befristung vorliegt.
- ▶ Trotz der Benennung eines Sachgrundes in einem befristeten Arbeitsvertrag kann die Befristung des Arbeitsvertrages auch als sachgrundlos zulässig sein. Dies gilt nicht, wenn weitere Umstände vorliegen, aus denen sich ergibt, dass die Arbeitsvertragsparteien die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung des Arbeitsvertrages ausschließen wollten.

Frank Martin Thomsen

NEUE URLAUBSRECHTSPRECHUNG – URLAUBSANSPRÜCHE UND ABGELTUNGSANSPRÜCHE KÖNNEN DOCH VERFALLEN

Der Urlaubsanspruch eines Arbeitnehmers, der langzeiterkrankt war, kann ins Folgejahr nach seiner Genesung übertragen werden. Nach dieser Übertragung erlischt der Urlaubsanspruch jedoch, wie auch jeder andere Urlaubsanspruch, am 31. Dezember des folgenden Jahres oder zum tariflich angeordneten Zeitpunkt (Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 9. August 2011 – 9 AZR 425/10). Der Europäische Gerichtshof (Urteil vom 22. November 2011, Az.: C 214/10, NZA 2011, 1333) hat dies bestätigt und zum Urlaub von Langzeiterkrankten einen tarifvertraglich angeordneten Verfall 15 Monate nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Urlaubsanspruch entstanden ist, für rechtens gehalten. Somit erlischt der übertragene Urlaubsanspruch, wenn der Arbeitnehmer nach seiner Genesung im laufenden Jahr den Urlaub nicht nimmt.

Das Bundesarbeitsgericht hat in einer weiteren Entscheidung vom 9. August 2011 (Az. 9 AZR 365/10) entschieden, dass bei zwischenzeitlicher Beendigung des

Arbeitsverhältnisses ein Urlaubsabgeltungsanspruch den tariflichen Ausschlussfristen unterworfen ist. Er kann demnach wie jeder andere Entgeltanspruch des Arbeitnehmers verfallen, wenn er nicht innerhalb der vom Tarifvertrag oder Arbeitsvertrag vorgesehenen Ausschlussfristen geltend gemacht wird. Das Bundesarbeitsgericht entschied, dass der Anspruch auf Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubes zumindest bei lang andauernder Arbeitsunfähigkeit ein reiner Geldanspruch sei, der sich nicht mehr von sonstigen Entgeltansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis unterscheidet und deswegen den Bedingungen, die für die Geltendmachung von Geldansprüchen in den anwendbaren Tarifverträgen vorgeschrieben sind, unterfalle. Damit nimmt das Bundesarbeitsgericht Abstand von seiner bisherigen Rechtsprechung, dass der Urlaubsabgeltungsanspruch Ersatz für den insofern nicht genommenen Mindesturlaub sei und daher gemäß § 13 Abs. 1 BUrlG nicht abdingbar wäre.

Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg hat mit Urteil vom 21. Dezember 2011 (Az: 10 Sa 19/11) festgestellt, dass Urlaub, der spätestens 15 Monate nach Ende des Urlaubsjahres nicht genommen wurde, untergeht. Dieser Urlaub ist nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch nicht mehr abzugelten. Das Landesarbeitsgericht nahm in seiner Entscheidung Bezug auf die oben erwähnte Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 22. November 2011. Das Landesarbeitsgericht ging davon aus, dass es - abweichend von der sog. Schultz-Hoff Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts - unionsrechtlich nun nicht mehr geboten sei, eine Urlaubsansammlung über den 15-monatigen Übertragungszeitraum gem. § 7 III BUrlG zuzulassen. Das Urteil liegt momentan noch nicht in vollständig abgefasster Form vor, weshalb die

Folgen des Urteils im Einzelnen noch nicht abschließend beurteilt werden können. Es bleibt abzuwarten, ob das Bundesarbeitsgericht diese Entwicklung in dem laufenden Rechtsstreit (9 AZR 540/10), der sich mit der Verjährung von Urlaubsansprüchen von Langzeiterkrankten beschäftigt, aufgreifen wird.

Fazit:

- ▶ Es erlischt der übertragene Urlaubsanspruch, wenn der Arbeitnehmer im laufenden Jahr nach seiner Genesung den Urlaub nicht nimmt.
- ▶ Scheidet der Mitarbeiter aus und bestehen zu diesem Zeitpunkt noch Urlaubsansprüche, wandelt sich der Urlaubsanspruch in einen Urlaubsabgeltungsanspruch und damit in einen Geldanspruch um. Dieser unterliegt den geltenden Ausschlussfristen.

Dr. Andrea Benkendorff / Ref. jur. Falk Grohmann

DAS FAMILIENPFLEGEZEITGESETZ TRITT IN KRAFT

Am 1. Januar 2012 trat das Familienpflegezeitgesetz (FPfZG) in Kraft. Ziel dieses Gesetzes ist, dass Angehörige von pflegebedürftigen Personen die zeitaufwendige Pflege mit der eigenen Erwerbstätigkeit in Einklang bringen können.

Über einen Zeitraum von zwei Jahren kann der Umfang der Arbeitszeit auf bis zu 15 Stunden wöchentlich (im Jahresdurchschnitt) reduziert werden, § 2 Abs. 1 FPfZG. Gleichzeitig wird das Arbeitsentgelt aufgestockt, damit die mit der Arbeitszeitreduzierung einhergehenden wirtschaftlichen Folgen für den Arbeitnehmer begrenzt werden. Der Aufstockungsbeitrag wird dem Arbeitgeber als zinsloses Darlehen vom Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben gewährt.

Im Anschluss an die Familienpflegezeit schließt sich gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 c) FPfZG eine sog. Nachpflegephase an, die zum Ausgleich eines Wert- oder Arbeitszeitguthabens dient. In dieser Zeit arbeitet der Mitarbeiter im vertraglich vereinbarten Umfang wie vor der Familienpflegezeit. Allerdings wird entweder von seinem Arbeitsentgelt monatlich der Betrag einbehalten, den er in der Familienpflegezeit als Aufstockung erhalten hat, oder der Mitarbeiter

arbeitet die monatlich reduzierte Arbeitszeit nach. In der Nachpflegephase wird dementsprechend das Darlehen durch den Arbeitgeber zurückgezahlt. Da sich Darlehensbetrag und einbehaltener Betrag bzw. geleistete Mehrarbeit entsprechen, dient der Arbeitgeber im Idealfall nur als Zahlstelle. Das Risiko der Berufsunfähigkeit oder des Todes des Mitarbeiters kann der Arbeitgeber mit einer Familienpflegezeitversicherung abdecken und damit die Rückzahlung des Darlehens sichern.

Dem Mitarbeiter steht kein Rechtsanspruch auf Familienpflegezeit zu. Es bleibt der unternehmerischen Entscheidung des Arbeitgebers vorbehalten, ob er die Belastungen der Familienpflegezeit (Einstellung von Ersatzkräften, bürokratischer Aufwand) auf sich nehmen will, um Fachkräfte an sich zu binden bzw. seine Attraktivität auf dem Arbeitsmarkt zu steigern. In Zeiten des beginnenden Fachkräftemangels kann die Familienpflegezeit ein Instrument der Mitarbeiterbindung sein.

Fazit:

- ▶ Beschäftigte haben keinen Rechtsanspruch auf Familienpflegezeit. Ein Arbeitgeber sollte es aber als

Personalmanagementinstrument zur Mitarbeiterbindung erwägen.

► Für die Fälle, in denen ein Angehöriger über einen langen ungewissen Zeitraum aufwendiger Pflegebe-

darf, bietet das FPfZG keine adäquate Lösung. Die Länge der Familienpflegezeit ist evtl. nicht ausreichend, wenn der Pflegebedarf nicht nur bis zu zwei Jahren besteht.

Dr. Andrea Benkendorff / Ref. jur. Falk Grohmann

KEINE PFLEGEZEIT MIT UNTERBRECHUNGEN

Gemäß § 3 Abs. 1 des Pflegezeitgesetzes sind Beschäftigte in Betrieben, in denen der Arbeitgeber mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt, von der Arbeitsleistung vollständig oder teilweise freizustellen, wenn sie einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung pflegen. Die Pflegezeit beträgt dabei für jeden pflegebedürftigen nahen Angehörigen höchstens sechs Monate.

Das Bundesarbeitsgericht hat in seinem Urteil vom 15. November 2011 (9 AZR 348/10) entschieden, dass der Beschäftigte für den selben Angehörigen auch dann nicht Pflegezeit in mehreren Zeitabschnitten nehmen kann, wenn die Gesamtdauer sechs

Monate nicht überschreitet. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass das Pflegezeitgesetz dem Beschäftigten ein einmaliges Gestaltungsrecht gebe, das er durch die Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber ausübe, Pflegezeit zu nehmen. Mit der erstmaligen Inanspruchnahme von Pflegezeit sei dieses Recht erloschen.

Fazit:

► Ein Beschäftigter kann Pflegezeit für denselben Angehörigen nicht in mehreren Zeitabschnitten nehmen.

Frank Martin Thomsen

AUSKUNFTSANSPRUCH EINES ERFOLGLOSEN BEWERBERS?

Ein abgelehnter Bewerber kann grundsätzlich keine Auskunft vom Arbeitgeber darüber verlangen, ob und aufgrund welcher Aspekte dieser einen anderen Bewerber eingestellt hat. Die Auskunftsverweigerung des Arbeitgebers kann jedoch unter bestimmten Umständen trotzdem eine Diskriminierung vermuten lassen. Dies ist die Auffassung des EuGH-Generalanwaltes vom 12. Januar 2012 (C-415/10).

Gemäß § 15 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ist ein Arbeitgeber zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er gegen das Benachteiligungsverbot verstößt. Dies gilt bereits im Bewerbungsverfahren. Wenn ein Bewerber also aus Gründen, die in seiner Rasse, seiner ethnischen Herkunft, Geschlecht, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter oder seiner sexuellen Identität liegen, nicht für die ausgeschriebene Stelle ausgewählt wird, kann er einen Schadensersatzanspruch in Höhe von

drei Monatsgehältern verlangen, gem. § 15 Abs. 2 AGG i.V.m. §§ 1, 2 Abs. 1, 6 Abs. 1 S. 2 AGG.

Im Zweifelsfall hat der Bewerber jedoch keine Information darüber, welcher Kandidat aufgrund welcher Kriterien eingestellt wurde. Es liegt auf der Hand, dass in diesem Fall ein Bewerber sich bei dem ihn ablehnenden Arbeitgeber erkundigt, um seine eventuellen Schadensersatzansprüche prüfen zu können. Fraglich ist jedoch, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, hierüber Auskunft zu geben. Aus diesem Grund legte der BGH folgende Fragen dem EuGH zur Vorabentscheidung vor:

– Haben Arbeitnehmer, die darlegen, die Voraussetzungen für eine ausgeschriebene Stelle zu erfüllen bei Nichtberücksichtigung einen Auskunftsanspruch gegen den Arbeitgeber, ob ein anderer Bewerber eingestellt worden ist und falls ja, aufgrund welcher Kriterien?

– Falls die erste Frage bejaht wird, lässt die Nichterteilung der Auskunft die vom Arbeitnehmer behauptete Diskriminierung vermuten?

Der EuGH-Generalanwalt ist der Auffassung, dass Arbeitnehmer zwar keinen Auskunftsanspruch hinsichtlich anderer Bewerber und deren Einstellung gegen den Arbeitgeber haben. Im Falle einer Auskunftsverweigerung wird jedoch eine Diskriminierung trotzdem vermutet, wenn weitere Umstände hinzukommen, zum Beispiel die offensichtliche Entsprechung von Bewerberqualifikation und Arbeitsstelle und wiederholte unterbliebene Einladung zu einem Vorstellungsgespräch bei Durchführung einer zweiten Bewerberauswahl für die gleiche Stelle.

Der Vorschlag des Generalanwaltes ist für den EuGH zwar nicht bindend. Ihm wird jedoch in den meisten Fällen gefolgt. Die Entscheidung des EuGH ist noch abzuwarten.

Fazit:

- ▶ Wenn ein abgelehnter Bewerber Auskunft hinsichtlich der Umstände der Einstellung eines anderen Bewerbers verlangt, ist gründlich zu prüfen, ob irgendwelche Begleitumstände eine Diskriminierung vermuten lassen. Dies kann bereits dann der Fall sein, wenn die Qualifikation des Bewerbers der ausgeschriebenen Arbeitsstelle entspricht und der Bewerber trotzdem nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen wurde.
- ▶ Wenn solche Umstände vorliegen, lohnt es sich, dem Bewerber Auskunft über die Auswahl zu geben. Diese Auskunft sollte vorsichtig formuliert werden und gegebenenfalls durch einen Anwalt überprüft werden.
- ▶ In anderen Fällen, wo keine Anhaltspunkte für eine Diskriminierung ersichtlich sind, sollte kein Auskunft erfolgen.

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

KEINE SUBSTITUIERENDE LEIHARBEIT IN DIAKONISCHEN EINRICHTUNGEN

Die am 1. Dezember 2011 in Kraft getretenen Neuerungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes geben Anlass, sich nochmals mit den grundsätzlichen Entscheidungen des Kirchengerichtshofs der Evangelischen Kirche in Deutschland (KGH.EKD) zur Leiharbeit zu befassen.

Der KGH hat bereits in seinem Beschluss vom 9. Oktober 2006 (KGH.EKD, Beschluss vom 9. Oktober 2006 – II-0124/M35-06) festgestellt, dass die auf Dauer angelegte Beschäftigung von Leiharbeitnehmern im Unternehmen, also der Ersatz von Stammmitarbeiterinnen und -mitarbeitern durch Leiharbeitnehmer und Leiharbeitnehmerinnen (Substituierung), mit dem Kirchenarbeitsrecht nicht vereinbar ist. Der KGH begründete dies damit, dass dies dem kirchlichen Grundsatz des Leitbildes von der Dienstgemeinschaft widerspricht. Der KGH führte aus, dass die Mitarbeitervertretung in diesem Fall die nach § 42 lit. a MVG.EKD erforderliche Zustimmung zum Einsatz des Leiharbeitnehmers berechtigt verweigern kann.

Allerdings stellte der KGH gleichzeitig auch fest, dass das Institut der Leiharbeit den diakonischen

Dienstgebern ansonsten nicht verschlossen ist, und diese zur Überbrückung kurzzeitigen Beschäftigungsbedarfs ebenfalls zum Instrument der Leiharbeit greifen dürfen. Dies betrifft nach den Ausführungen des KGH vor allem Vertretungsfälle in Folge von Urlaub, Krankheit oder bei kurzfristigem Spitzenbedarf (vgl. KGH.EKD, Beschluss vom 9. Oktober 2006 – II-0124/M35-06). Diese grundsätzlichen Erwägungen hat der KGH in seinem Beschluss vom 2. April 2008 (II-0124/N72-07) nochmals wiederholt.

Diese grundsätzlichen Erwägungen des KGH finden auch Niederschlag in § 1 Abs. 4 b der Arbeitsvertragsrichtlinien des Diakonischen Werkes der Evangelischen Kirche in Deutschland sowie auch der sächsischen Fassung dieser Arbeitsvertragsrichtlinien. In dieser Vorschrift ist geregelt, dass der Dienstgeber von den Abweichungsmöglichkeiten des § 17 AVR (Dienstvereinbarung zur Sicherung der Leistungsangebote) sowie der Anlage 14 (Abweichung von der Jahressonderzahlung) und der Anlage 17 (Dienstvereinbarung aufgrund einer vorübergehenden wirtschaftlichen Notlage) zu den AVR nur dann Gebrauch

machen kann, wenn er Leiharbeitnehmer nur zur kurzfristigen Überbrückung von Personalengpässen einsetzt. Bei Einrichtungsträgern, in deren Einrichtungen insgesamt mehr als 50 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beschäftigt sind, ist eine kurzfristige Überbrückung im Sinne dieser Regelung immer dann anzunehmen, wenn nicht mehr als 5 von 100 der insgesamt im Jahresdurchschnitt beschäftigten Vollkräfte in den Einrichtungen des Trägers Leiharbeitnehmer im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes sind. Auch an dieser AVR-Vorschrift zeigt sich also, dass eine echte Substitution von Stammarbeitnehmern in diakonischen Einrichtungen nicht erfolgen darf.

Fazit:

- ▶ Diakonische Dienstgeber sollten Stammarbeitnehmer nicht durch Leiharbeitnehmer ersetzen.
- ▶ Die Mitarbeitervertretung kann ihre nach § 42 lit. a MVG erforderliche Zustimmung zur Einstellung von Leiharbeitnehmern dann verweigern, wenn durch diesen Leiharbeitnehmer ein Stammarbeitnehmer ersetzt werden soll.
- ▶ Diakonische Dienstgeber sollten deshalb das Instrument der Leiharbeit möglichst nur bei kurzfristigen Spitzenbedarf oder in Vertretungsfällen in Folge von Urlaub bzw. Krankheit einsetzen.

Dr. Tina Lorenz

EINGRUPPIERUNG VON SOZIALTHERAPEUTEN IN DER DIAKONIE

Die Arbeitsbedingungen von Mitarbeitern in Einrichtungen, welche der Diakonie zugehörig sind, werden im Wesentlichen durch die tarifvertragsähnlichen 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 verantwortlich 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.

Wir hatten bereits in unserem BattkeBrief 2/2011 darüber berichtet, dass das Sächsische Landesarbeitsgericht in Chemnitz (LAG Chemnitz, Urteil vom 6.

April 2011 – 9 Sa 626/10) keinen Anspruch der als Sozialtherapeutin in einer Suchtberatungsstelle beschäftigten Klägerin auf Eingruppierung und Vergütung nach Entgeltgruppe 10 A als gegeben sah. Die Klägerin hätte hierzu 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 ist der Klägerin nicht gelungen. Das Landesarbeitsgericht wies die Klage der Mitarbeiterin deshalb auf die Berufung des Dienstgebers hin ab und hat die Revision zum Bundesarbeitsgericht nicht zugelassen.

Hiergegen hat sich die Klägerin mit einer Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundesarbeitsgericht mit der Begründung gewandt, die Frage, ob sich die Tätigkeit einer Sozialtherapeutin mit Zusatzausbildung im Suchtbereich aus der Tätigkeit anderer Sozialarbeiter/Sozialtherapeuten durch eine besondere Schwierigkeit i. S. d. Entgeltgruppe 10 A der AVR heraushebt, sei eine entscheidungserhebliche (abstrakte) Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung.

Das Bundesarbeitsgericht hat die Nichtzulassungsbeschwerde mit Beschluss vom 18. Oktober 2011 (4 AZN 632/11) als unzulässig verworfen. Als Begründung führte das Bundesarbeitsgericht aus, die Klägerin habe keine abstrakte Rechtsfrage formuliert, sondern es handle sich um eine fallbezogene Fragestellung zur tariflichen Eingruppierung einer Beschäftigten und damit um eine Rechtsanwendung im Einzelfall. Auch sonstige Zulassungsgründe i. S. d. § 72 Abs. 2 Nr. 1-3 ArbGG konnte das Bundesarbeitsgericht nicht erkennen. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts vom 6. April 2011 wurde damit rechtskräftig.

Ebenso urteilte das Arbeitsgericht Dresden in einem Parallelfall (ArbG Dresden, Urteil vom 15. Februar 2011 – 9 Ca 3769/09). Auch das Arbeitsgericht Dresden sah mangels »schwieriger« Tätigkeit keinen Anspruch der als Sozialpädagogin in einer Suchtberatungsstelle beschäftigten Klägerin auf Eingruppierung und Vergütung nach Entgeltgruppe 10 A (EG 10 A.).

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 korrigierenden 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

VERPFLICHTUNG ZUR EIN- UND UMGRUPPIERUNG AUCH BEI AUSSERTARIFLICHEN MITARBEITERN

Bekanntlich hat der Betriebsrat bei jeder Eingruppierung bzw. Umgruppierung eines Arbeitnehmers gemäß § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht. Bisher ging das Bundesarbeitsgericht jedoch in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass eine Beteiligung des Betriebsrates zur Eingruppierung bzw. Umgruppierung eines Arbeitnehmers gemäß § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG nur dann durch den Arbeitgeber erfolgen muss, wenn die im Betriebs bestehende Vergütungsordnung überhaupt für den Arbeitnehmer gilt (vgl. BAG, Beschluss vom 8. Dezember 2009 – 1 ABR 66/08; BAG, Beschluss vom 12. Dezember 2006 – 1 ABR 38/05).

Diese Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht jetzt geändert. In seinem Beschluss vom 4. Mai 2011 (7 ABR 10/10) entschied das Bundesarbeitsgericht

jetzt, dass es für die betriebliche Mitbestimmung nach § 99 Abs. 1 BetrVG nicht auf einen Anspruch des einzelnen Arbeitnehmers auf die Anwendung eines Tarifvertrages ankommt, sondern darauf, ob die Vergütungsordnung überhaupt im Betrieb gilt. Das Bundesarbeitsgericht führte aus, dass dann, wenn die Vergütungsordnung im Betrieb gilt, der Arbeitgeber betriebsverfassungsrechtlich verpflichtet ist, eine Eingruppierung des Arbeitnehmers vorzunehmen und hieran den Betriebsrat zu beteiligen, auch wenn auf das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers der entsprechende Tarifvertrag überhaupt keine Anwendung findet. Woraus sich die Geltung der Vergütungsordnung ergibt, ist nach der Rechtsprechung unerheblich. Es kann sich dabei nicht nur um einen Tarifvertrag handeln, sondern die Vergütungsordnung kann auch auf

einer Betriebsvereinbarung beruhen, aufgrund einzelvertraglicher Vereinbarungen im Betrieb allgemein zur Anwendung kommen oder vom Arbeitgeber einseitig geschaffen sein.

Nimmt der Arbeitgeber die Eingruppierung und Beteiligung des Betriebsrates bei den Arbeitnehmern, auf welche die Vergütungsordnung nicht anwendbar ist, nicht vor, so hat der Betriebsrat in entsprechender Anwendung des § 101 BetrVG einen Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber über die Ein- bzw. Umgruppierung eine Entscheidung trifft, dazu gemäß § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG die Zustimmung des Betriebsrates beantragt und im Falle der frist- und ordnungsgemäßen Verweigerung ein arbeitsgerichtliches Zustimmungseretzungsverfahren einleitet. Diesen Anspruch kann der Betriebsrat auch gerichtlich geltend machen.

Das Bundesarbeitsgericht begründete seine Entscheidung damit, dass die in § 99 Abs. 1 S. 1 vorgesehene Verpflichtung des Arbeitgebers zur Beteiligung des Betriebsrates diene der Transparenz und der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit. Der Arbeitgeber soll prüfen, welcher Stufe der in seinem Betrieb geltenden Vergütungsordnung ein Arbeitnehmer nach den Kriterien dieser Vergütungsordnung zuzuordnen ist, und bei dieser Beurteilung den Betriebsrat beteiligen. Das Bundesarbeitsgericht führte auch aus, dass es damit nicht primär um die Prüfung individueller Vergütungsansprüche, sondern um die Beachtung der kollektiv geltenden Vergütungsordnung geht (vgl. BAG, Beschluss vom 4. Mai 2011 – 7 ABR 10/10). Außerdem sei eine Beteiligung des Betriebsrates bei der Ein- und Umgruppierung auch von außertariflichen Arbeitnehmern auch im Lichte der durch Artikel 9 Abs. 3 Grundgesetz geschützten Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer sachgerecht. Wenn der Arbeitgeber ohnehin gemäß § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG bereits anlässlich der Einstellung verpflichtet ist, auch einen außertariflichen Mitarbeiter in die betriebliche Vergütungsordnung einzugruppieren und den Betriebsrat hierbei zu beteiligen, kann der Arbeitnehmer prüfen, ob die zwischen ihm und dem Arbeitgeber getroffene Vergütungsvereinbarung außerhalb des Tarifvertrages seinem tariflichen Anspruch entspricht

oder diesen über- oder unterschreitet. Er muss hierzu nicht erst seine Gewerkschaftszugehörigkeit gegenüber dem Arbeitgeber offenbaren. Nur bei einer etwaigen Unterschreitung des Tariflohnes kann er nach Eingehung des Arbeitsverhältnisses unter Offenlegung seiner Gewerkschaftszugehörigkeit die sich aus § 4 Abs. 3 Tarifvertragsgesetz ergebende Unzulässigkeit der einzelvertraglichen Vereinbarung geltend machen und den höheren Tariflohn fordern.

Nicht abschließend entschieden hat das Bundesarbeitsgericht jedoch die Frage, welche Wirkung auf die individuellen Ansprüche des einzelnen Arbeitnehmers die betriebsverfassungsrechtlich gebotene Eingruppierung hat. Das Bundesarbeitsgericht führte lediglich aus, dass aus der Pflicht des Arbeitgebers, auch nicht tarifgebundene Arbeitnehmer in die in seinem Betrieb geltenden tarifliche Vergütungsordnung einzugruppieren, keineswegs ohne Weiteres ein mit der Eingruppierung korrespondierender Anspruch dieser Arbeitnehmer auf entsprechende tarifliche Vergütung folgt (vgl. BAG, Beschluss vom 4. Mai 2011 – 7 ABR 10/10).

Fazit:

- ▶ Wenn im Betrieb des Arbeitgebers eine Vergütungsordnung existiert, muss jeder Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber in diese Vergütungsordnung eingruppiert werden. Der Betriebsrat ist nach § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG zu dieser Eingruppierung zu beteiligen. Auf welchem Rechtsgrund die Vergütungsordnung beruht (Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung, Einzelvereinbarung, vom Arbeitgeber einseitig geschaffenes System), ist dabei unerheblich.
- ▶ Dies gilt auch dann, wenn die jeweilige Vergütungsordnung auf das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers überhaupt nicht anwendbar ist. Allerdings folgt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aus dieser betriebsverfassungsrechtlichen Pflicht zur Eingruppierung und Beteiligung des Betriebsrates nicht automatisch ein Anspruch des entsprechenden Arbeitnehmers auf die in der Vergütungsordnung festgelegt Vergütung.

Dr. Tina Lorenz

ZUGANG ZU FERNWÄRMENETZEN: TÜR UND TOR GEÖFFNET?

Eine Meldung der Verbraucherzentrale Hamburg sorgt derzeit für Aufsehen. Demnach soll das Bundeskartellamt festgestellt haben, dass Fernwärmeversorger verpflichtet seien, anderen Wärmeerzeugern Zugang zu den von ihnen betriebenen Fernwärmenetzen zu gewähren. Bei näherem Hinsehen stellt sich dies freilich nicht als die ganze Wahrheit heraus. Allerdings hat das Bundeskartellamt in einem an den Verbraucherzentrale-Bundesverband (vzbv) gerichteten Schreiben eher beiläufig die Auffassung vertreten, dass wärmeerzeugende Unternehmen grundsätzlich gegen Gewährung eines angemessenen Entgelts Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zum Netz des ortsansässigen Fernwärmeversorgers zur Durchleitung von Wärme an Endabnehmer haben. Anlass war eine Beschwerde gegen einen in Hamburg ansässigen Fernwärmeversorger.

Sowohl die Existenz als auch die einzelnen Voraussetzungen eines solchen Anspruchs sind jedoch nach wie vor umstritten. Denn anders als im Rahmen der Strom- und Gasversorgung fehlt es im Fernwärmebereich an einer spezialgesetzlichen Regelung, so dass der Netzzugangsanspruch lediglich auf die allgemeinen kartellrechtlichen Regelungen der §§ 19 Abs. 4 Ziff. 1 und 4 (Zugang zu Infrastruktureinrichtungen) und 20 Abs. 1 GWB (Diskriminierungsverbot) gestützt werden kann. Voraussetzung hierfür ist zunächst eine marktbeherrschende Stellung des Fernwärmeversorgers, die bei den typischerweise als »Insellösung« konzipierten geschlossenen Fernwärmenetzen regelmäßig vorliegen dürfte. Ebenso dürfte es sich bei dem Fernwärmeversorgungsnetz um eine »wesentliche Infrastruktureinrichtung« im Sinne von § 19 Abs. 4 Ziff. 4 GWB handeln, da es anderen Anbietern aufgrund der wirtschaftlichen und rechtlichen Hindernisse für den Aufbau eines Parallelnetzes oder von Stichleitungen ohne Mitbenutzung der bestehenden Infrastruktur regelmäßig nicht möglich ist, auf dem nachgelagerten Markt der Fernwärmeversorgung von Endabnehmern tätig zu werden.

Noch weitgehend ungeklärt ist hingegen die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Fernwärmeversorger gleichwohl Durchleitungsansprüche

anderer Wärmeerzeuger ablehnen kann. Denn angesichts der regelmäßig hohen Investitionen in die Fernwärmenetze besteht ein berechtigtes Interesse des Fernwärmeversorgers an deren Amortisation mittels der für eigene Fernwärmelieferungen vereinnahmten Entgelte. Dieses Amortisationsinteresse ist mit dem gesetzgeberischen Anliegen eines »Wettbewerbs im Netz« zum Ausgleich zu bringen. So dürfte die Verweigerung des Netzzugangs gerechtfertigt sein, wenn hierdurch bestehende Vertragsbeziehungen des Fernwärmeversorgers gefährdet werden. Bei Neukunden und nach dem Auslaufen bestehender Versorgungsverträge ist ein überwiegendes Amortisationsinteresse des Fernwärmeversorgers hingegen fraglich. Daneben kommt eine Verweigerung des Netzzugangs in Betracht, soweit hierdurch beim Fernwärmeversorger eine Kostenunterdeckung droht, wobei sich jedoch eine solche Unterdeckung von vornherein nur aus einer verminderten Auslastung der Erzeugungsanlagen des Fernwärmeversorgers ergeben kann. Denn in jedem Fall ist der Fernwärmeversorger zur Gestattung der Netznutzung nur gegen Zahlung eines angemessenen Entgelts verpflichtet, wobei sämtliche bei effizienter Betriebsführung durch den Netzbetrieb verursachte Kosten Berücksichtigung finden dürfen.

Fazit:

- ▶ Angesichts der staatlich geförderten Erschließung neuer Wärmeenergiequellen (Geothermie, Biomasse etc.) wird sich in Zukunft verstärkt das Problem des Absatzes der erzeugten Wärme und insbesondere der Durchleitung unter Inanspruchnahme fremder Netze stellen.
- ▶ Obgleich das Bundeskartellamt auch im Bereich der Fernwärmeversorgung von einem grundsätzlichen Anspruch auf Netzzugang ausgeht, sind die Voraussetzungen eines solchen Anspruchs nach wie vor ungeklärt. Insbesondere das Amortisationsinteresse des Fernwärmeversorgers kann im Einzelfall die Verweigerung des Netzzugangs rechtfertigen, wobei die Beweislast beim Fernwärmeversorger liegt.

SUBVENTIONSRECHT: DER LANGE ARM DES VERGABERECHTS

Verstöße gegen vergaberechtliche Bestimmungen werden immer noch zum Teil als Kavaliersdelikt betrachtet. Die Forderung nach der strikten Einhaltung der einschlägigen vergaberechtlichen Bestimmungen stößt bei einigen (wenigen?) Verantwortlichen auf Unverständnis. Regelmäßig wird eingewandt, die uneingeschränkte Beachtung des Vergaberechts verhindere wirtschaftliche Entscheidungen und verursache nur unnötigen bürokratischen Aufwand. Erst wenn ein europaweites Ausschreibungsverfahren von einer Vergabekammer oder einem Vergabesenaat abrupt gestoppt wird und der Auftraggeber sich der Verpflichtung ausgesetzt sieht, das Ausschreibungsverfahren ab dem Zeitpunkt der Auswertung der Angebote oder gar mit dem Versand der Verdingungsunterlagen zu wiederholen, wird die rechtliche und wirtschaftliche Brisanz von Vergaberechtsverstößen offenkundig.

Festzustellen ist allerdings, dass sich öffentliche Auftraggeber bei selbst erkannten oder zumindest vermuteten Vergaberechtsverstößen dann in Sicherheit wähnen, wenn die strikten Rügefristen des § 107 Abs. 3 GWB verstrichen sind oder – wegen Unterschreiten der maßgeblichen Schwellenwerte – ein europaweites Ausschreibungsverfahren nicht erforderlich ist. Diese Sicherheit ist jedoch dann mehr als trügerisch, wenn der öffentliche Auftraggeber bei der Finanzierung des Projektes öffentliche Fördermittel in Anspruch genommen hat. Die einschlägigen Förderbestimmungen sehen – und zwar unabhängig davon, ob das Förderverhältnis öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet ist – grundsätzlich die Verpflichtung vor, dass bei der Vergabe von Aufträgen für Bauleistungen der Abschnitt 1 der VOB/A und bei der Vergabe von Aufträgen für Lieferungen und Leistungen der Abschnitt 1 der VOL/A anzuwenden sind. Diese Verpflichtungen gelten unabhängig davon, ob die maßgeblichen Schwellenwerte für die Durchführung eines europaweiten Ausschreibungsverfahrens überschritten werden oder nicht. Dieses Ergebnis findet seine Rechtfertigung darin, dass die Forderung nach der Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen ihren Ursprung nicht im originären Vergaberecht,

sondern im Recht der öffentlichen Subventionen findet. Der Empfänger von Fördermittel ist daher gehalten die einschlägigen vergaberechtlichen Vorschriften zu beachten und einzuhalten und zwar vollständig und nicht nur »ein bisschen«. Die zum Teil verbreitete Auffassung, im Förderrecht gelte nur ein »Vergaberecht light« ist unzutreffend.

Über die Rechtmäßigkeit der Rückforderung von Zuwendungen wegen Verstoßes gegen vergaberechtliche Bestimmungen hatte der Bundesgerichtshof in jüngster Vergangenheit in seiner Entscheidung vom 17. November 2011 zu urteilen (Az.: III ZR 234/10). In dem zu entscheidenden Sachverhalt hatte das in Anspruch genommene private Unternehmen am 28. Februar 2002 Fördermittel zum Umbau eines ehemaligen Betriebsgeländes beantragt. In den vorformulierten Antrag bestätigte das Unternehmen, dass die Vergabe öffentlicher Aufträge für die beantragte Investition unter Einhaltung der Verdingungsordnungen für Bauleistungen (VOB/A) und der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) erfolge. Am 3. November 2003 wurden Zuschüsse in Höhe von insgesamt EUR 1.232.483,51 bewilligt. Das Bewilligungsschreiben enthielt unter anderem eine Klausel, dass die Vorgaben der europäischen Kommission zur öffentlichen Auftragsvergabe sowie die nationalen Regelungen der VOB, VOL und VOF zu beachten sind. Die Zuschüsse wurden dem beklagten Unternehmen am 16. Dezember 2003 und am 27. Oktober 2004 in voller Höhe ausgezahlt. Zu diesem Zeitpunkt war mit der Umsetzung des Projektes bereits begonnen worden. Bei der anzuwendenden Verfahrensart hat sich das beklagte Unternehmen für die Durchführung von beschränkten Ausschreibungen entschieden und dies mit der Dringlichkeit der Maßnahmen begründet. Dieser Umstand war dem Zuwendungsgeber bei Auszahlung der Fördermittel durchaus bekannt.

Im Jahr 2006 wurden die geförderte Maßnahme und die Verwendung der Mittel durch die zuständige Bezirksregierung geprüft. In dem Prüfbericht wiesen die Prüfer unter anderem darauf hin, dass nach der VOB/A die zu dem Projekt gehörigen Vergaben im »offenen Verfahren« hätten ausgeschrieben werden

müssen. Eine Dringlichkeit im Sinne der VOB, die eine beschränkte Ausschreibung hätte rechtfertigen können, habe nicht vorgelegen. Mit der Wahl der falschen Vergabeart liege daher ein relevanter Vergabeverstöß vor. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2007 forderte daher die Förderstelle die gesamten Fördermittel in Höhe von EUR 1.232.483,51 zurück.

Da das beklagte Unternehmen nicht bereit war, den Zuschussbetrag freiwillig zurück zu zahlen, wurde es von der Förderstelle auf Rückzahlung im Klagewege in Anspruch genommen. Das zuständige Landgericht und das Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Auf die Revision der Förderstelle hin, wurde die Entscheidung des Oberlandesgerichts aufgehoben und zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil klargestellt, dass die von der Förderstelle verwendete Klausel über die Anwendung der vergaberechtlichen Bestimmungen als Allgemeine Geschäftsbedingung zu qualifizieren und daher nach zivilrechtlichen Maßstäben auszulegen ist. Diese Auslegung führe so der Bundesgerichtshof – dazu, dass die Pflicht zur Beachtung des Vergaberechts nicht erst für den Zeitraum nach Auszahlung der Fördermittel Wirkung entfaltet, sondern bereits mit Beginn des geförderten Projektes. Insofern verwies der Bundesgerichtshof darauf, dass bereits bei Antragstellung seitens des beklagten Unternehmens zugesichert wurde, die vergaberechtlichen Bestimmungen zu beachten.

Bemerkenswert ist insofern, dass es für die Rückforderung der Fördermittel ohne Belang ist, dass bei Ausreichen der Fördermittel bereits bekannt war, dass gegebenenfalls ein Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen vorlag. Insbesondere konnte das beklagte Unternehmen nicht für sich in Anspruch

nehmen, dass die Zuwendungsstelle durch Ausreichen der Fördermittel die Wahl der falschen Vergabeart genehmigt hätte.

Auch in Bezug auf eine weitere umstrittene Rechtsfrage bringt die genannte Entscheidung des Bundesgerichtshofes nunmehr Klarheit. Der Bundesgerichtshof hat festgestellt, dass entgegen der Meinung des Berufungsgerichts eine Rückforderung von Fördermitteln nicht voraussetzt, dass ein schwerer Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen vorliegt. Grundsätzlich komme bei jeglichem Verstoß gegen Vergabegrundsätze eine – zumindest teilweise – Rücknahme des Zuwendungsbescheides bzw. eine – zumindest teilweise – Rückforderung der Zuschüsse in Betracht. Die Besonderheit eines schweren Verstoßes bestehe – so der Bundesgerichtshofes – lediglich darin, dass dann die Rückforderung die Regel ist. Ungeachtet dessen besteht auch bei minderschweren Verstößen gegen das Vergaberecht die Möglichkeit, Fördermittel (teilweise) zurück zu verlangen.

Fazit

- ▶ Werden Projekte durch öffentliche Mittel gefördert, sind grundsätzlich die Regelungen der VOL/A und der VOB/A anzuwenden. Dies gilt unabhängig davon, ob der Schwellenwert für europaweite Ausschreibungen überschritten wird oder nicht.
- ▶ Bei Verstößen gegen das Vergaberecht können – auch noch Jahre nach Beendigung der Maßnahme – Fördermittel zurückgefordert werden.
- ▶ Die Rückforderung von Fördermitteln setzt nicht voraus, dass ein schwerwiegender Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen vorliegt. Auch bei minderschweren Vergaberechtsverstößen können Fördermittel – zumindest teilweise – zurückverlangt werden.

Dr. Ludger Meuten

MEDIATIONSGESETZ TRITT IN KRAFT

Am 15. Dezember 2011 hat der Bundestag das Mediationsgesetz verabschiedet, das in diesen Tagen in Kraft tritt. Damit wird dem Mediationsverfahren als

Alternative zur gerichtlichen oder schiedsrichterlichen Streitentscheidung eine gesetzliche Grundlage gegeben. Das Gesetz regelt insbesondere die Frage der

Qualifikation der Mediatoren, die Verschwiegenheitspflicht und vor allem ein Zeugnisverweigerungsrecht der Mediatoren.

Das Mediationsverfahren beruht auf Freiwilligkeit. Verzichten die Parteien auf eine Mediation und rufen die Gerichte an, müssen diese entscheiden und können von den Parteien nicht die vorherige Durchführung eines Mediationsverfahrens verlangen. Sie können dies freilich anregen und tun dies regelmäßig auch. Schließlich muss künftig jede Klage, die bei Gericht eingereicht wird, die Erklärung enthalten, ob ein Mediationsverfahren stattgefunden hat und ob der Durchführung eines solchen Verfahrens Gründe entgegenstehen.

Die Wahl des Mediators obliegt den Parteien; sie bestimmen auch die Regeln, nach denen das Verfahren stattfindet und können die Mediation jederzeit auch abbrechen. Der Mediator darf weder vor noch nach dem Mediationsverfahren in derselben Sache für eine der Parteien tätig werden. Das Verbot erstreckt sich auch auf Partner und sonstige Mitarbeiter, mit denen der Mediator in derselben Berufsausübungsgemeinschaft verbunden ist.

Besonders wichtig ist die Vertraulichkeit. Die Mediatoren sind zur Verschwiegenheit verpflichtet. Eine Ausnahme gilt nur, wenn das Verschweigen von Tatsachen zu Ergebnissen führte, die mit den Grundwerten der deutschen Rechtsordnung nicht vereinbar wären. Ausdrücklich erwähnt wird etwa die Gefährdung des Kindeswohls. Im Umfang der Verschwiegenheitspflicht haben die Mediatoren auch ein Zeugnisverweigerungsrecht, das allerdings nicht in Strafverfahren gilt. So können insbesondere die Strafverfolgungsbehörden im Rahmen der Ermittlungen auch die Büros von Mediatoren durchsuchen und Dokumente beschlagnahmen.

Keine Verschwiegenheitspflicht gilt für die übrigen Beteiligten, insbesondere die Parteien selbst. Sie können also dasjenige, was sie im Rahmen der Mediation von der anderen Partei erfahren, in einem evtl. nachfolgenden Prozess verwenden oder auch sonst – etwa der Presse – mitteilen. Wenn sie das verhindern wollen, müssen sie vor Durchführung der Mediation eine entsprechende Vertraulichkeitsvereinbarung treffen.

Kommt es zu einem Vergleich kann aus ihm ohne Anrufung der Gerichte nur vollstreckt werden, wenn er in Form eines Anwaltsvergleichs, in notarieller Urkunde mit Vollstreckungsunterwerfung, als gerichtlicher Vergleich oder Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut abgefasst ist. Sonst müssen, sollte sich eine Partei später weigern, den Vergleich zu erfüllen, wieder die Gerichte angerufen werden.

Mediation eignet sich auch für gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzungen. Hier sollte aber vorher unbedingt Rechtsrat eingeholt werden, da in einem solchen Fall das Mediationsverfahren besonders gestaltet sein muss, damit es am Ende auch in der Sache erfolgreich sein kann. Insbesondere wird i. d. R. darauf zu achten sein, dass nicht nur die Streitparteien, sondern alle Gesellschafter und ggf. auch die Gesellschaft beteiligt werden. Unabdingbar ist dies bei Streitigkeiten über die Beschlussfassung.

Ein besonderes Anliegen war es dem Gesetzgeber, die Qualifikation der Mediatoren zu regeln. Danach wird es künftig außer der ungeschützten Bezeichnung »Mediator«, den »zertifizierten Mediator« geben, der eine qualifizierte Aus- und Fortbildung durchlaufen haben muss, wie sie in einer Rechtsverordnung näher beschrieben wird.

Es bleibt abzuwarten, ob dieses zusätzliche Angebot als Alternative zur gerichtlichen Auseinandersetzung angenommen wird. Das Gesetz sieht eine »Evaluierung« nach fünf Jahren, also im Jahre 2017 vor.

Fazit:

- ▶ Die Mediation ist eine »schonende« Alternative der Konfliktlösung, die insbesondere individuell angepasste und interessengerechte Ergebnisse hervorbringen kann, wenn die Parteien es wollen.
- ▶ Mediation eignet sich besonders für komplexe und emotionsgeladene Konflikte, die typischerweise in Familienstreitigkeiten auftreten, aber ähnlich vor allem auch im Gesellschaftsrecht in Erscheinung treten.
- ▶ Besonders in gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzungen ist jedoch eine fachliche Begleitung erforderlich, um das Verfahren rechtssicher zu gestalten.

INSOLVENZRECHTSREFORM — NEUE HAFTUNGSRISIKEN FÜR GESCHÄFTSFÜHRER

Zum 1. März 2012 tritt die Insolvenzrechtsreform mit dem sogenannten »Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen« (ESUG) in Kraft. Das Gesetz will – wie der Name sagt – die Sanierung von Unternehmen erleichtern. Dies soll insbesondere dadurch geschehen, dass künftig früher als bisher Insolvenzanträge gestellt werden und die Gesellschaften unter den »Schutzschirm« des Insolvenzrechts gelangen. Zwar galt auch schon bisher, dass die Geschäftsführer von zahlungsunfähigen oder überschuldeten GmbHs verpflichtet sind, unverzüglich Insolvenzantrag zu stellen. Aus vielerlei – meist psychologisch erklärbaren – Gründen geschieht dies gleichwohl nicht immer und vor allem nicht immer rechtzeitig, weil die Geschäftsführung entweder nicht über aktuelle Zahlen verfügt und keinen tagesaktuellen Überblick über die wahre wirtschaftliche Lage des Unternehmens hat, weil sie sich der notwendigen Erkenntnis verschließt oder der Hoffnung erlegen ist, das Unternehmen werde sich schon wieder berappeln. Wird der Antrag aber verspätet gestellt, ist die Folge oftmals, dass auch das letzte verwertbare Vermögen der Gesellschaft verbraucht worden ist. Die weitere Folge ist, dass der Insolvenzantrag abgelehnt, ein Insolvenzverfahren mangels einer die Verfahrenskosten deckenden Masse gar nicht erst eröffnet wird und daher potentielle Ansprüche auch gegen die Geschäftsführer gar nicht mehr verfolgt werden.

Dies wird künftig dadurch verhindert, dass der Geschäftsführer persönlich zur Leistung eines Vorschusses für die Verfahrenskosten vom Gericht in Anspruch genommen werden kann. So wird gewährleistet, dass bei einem Insolvenzantrag jedenfalls das Verfahren eröffnet und gegebenenfalls auch durch den Insolvenzverwalter Regressansprüche gegen Geschäftsführer oder auch Gesellschafter durchgesetzt werden können. Erschwerend für Geschäftsführer kommt die Beweislastumkehr hinzu: Sie können die Zahlung des Kostenvorschusses bei fehlender Insolvenzmasse nur dadurch abwenden, dass sie beweisen, dass sie die Insolvenzreife des Unternehmens selbst bei erheblicher Gewissensanspannung nicht haben erkennen können.

Fazit:

- ▶ Geschäftsführern droht künftig in der Krise der GmbH neben den bereits bestehenden persönlichen Haftungsrisiken das weitere Risiko, für die Kosten des Insolvenzverfahrens aufkommen zu müssen, wenn die Masse der Gesellschaft dafür nicht ausreicht.
- ▶ Die Beweislastumkehr zu Lasten der Geschäftsführer führt selbst bei Kleinst-GmbHs und UGs dazu, dass sie eine leistungsfähige Finanzbuchhaltung und ein leistungsfähiges Controllingssystem aufbauen müssen, die einen möglichst taggenauen Überblick über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens vermitteln.

Dr. Ekkehard Nolting

ARBEITSRECHT

ARBEITSRECHTSFRÜHSTÜCK

Das Arbeitsrechtsfrühstück der Battke Grünberg Rechtsanwälte PartG findet

- **Datum:** am 16. März 2012
- **Zeit:** 8.30 Uhr bis 11.30 Uhr
- **Ort:** im Quality Hotel Plaza Dresden, Königsbrücker Straße 121 a, 01099 Dresden statt.

In diesem Jahr wird sich unser Arbeitsrechtsfrühstück vor allem mit dem in der Öffentlichkeit viel erörterten Thema des Fachkräftemangels beschäftigen. Als Gastreferentin wird Frau Dr. Wachsmann – Bereichsleiterin Kienbaum Berlin GmbH – zum Thema »Sachsen ruft die Welt? – Fachkräftemangel im Mittelstand« einen Überblick geben und in das Thema einführen.

Das Arbeitsrechtsteam unserer Sozietät wird anschließend zu der sich daraus ergebenden Frage referieren, was Arbeitgeber tun können, um Personal zu binden und zu gewinnen. Auch ein Überblick über die wichtigsten Neuerungen im Arbeitsrecht wird nicht fehlen. Sollten Sie Interesse an einer Teilnahme haben, können Sie sich gern bereits jetzt mit uns unter info@battke-gruenberg.de in Verbindung setzen.

ARBEITSRECHTLICHE VORTRAGSREIHE BEIM PARITÄTISCHEN WOHLFAHRTSVERBAND

Der Paritätische Wohlfahrtsverband bietet in Zusammenarbeit mit Battke Grünberg in seinen Räumen im Waldschlösschenareal in Dresden mit Frau Dr. Lorenz als Referentin eine Veranstaltungsreihe zum Arbeitsrecht an. Folgende Termine und Themen sind für das 1. Halbjahr 2012 vorgesehen:

- **am 20. März 2012** »Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz in der Praxis« (9:00 Uhr bis 13:00 Uhr)
- **am 3. Mai 2012:** »Mitarbeiterbeurteilungen und Arbeitszeugnisse richtig gestalten«
- **am 8. und 9. Mai 2012:** »Arbeitsrecht in der Schule«
- **am 27. Juni 2012:** »Besondere Arbeitnehmergruppen im Betrieb«

Sollten Sie Interesse an einer Teilnahme haben, sind Anmeldungen unter www.parisax.de möglich.

ARBEITSRECHTLICHE SEMINARE BEI DER WIRTSCHAFTSAKADEMIE

Frau Dr. Lorenz oder Frau Dr. Kiss führen bei der Wirtschaftsakademie der Handwerkskammer Dresden zwei Seminarveranstaltungen zu folgenden Themen durch:

- **am 24. April 2012** »Mitarbeiter krank – was tun?«
- **am 19. Juni 2012** »Fehlverhalten von Mitarbeitern – was tun?«

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.wirtschaftsakademie-dresden.de.

ARBEITSRECHT IN DER DIAKONIE

Die Diakonische Akademie in Moritzburg bietet im 1. Halbjahr zwei Seminarveranstaltungen mit Frau Dr. Andrea Benkendorff zum Thema Arbeitsrecht an:

- ▶ 22. März 2012 »Mitarbeiterbeurteilungen und Zeugnisse richtig gestalten«
- ▶ 03. Mai 2012 »Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz kompakt«

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.diakademie.de.

ARBEITSRECHT FÜR FÜHRUNGSKRÄFTE UND ARBEITSRECHT AKTUELL 2012 MIT FRANK MARTIN THOMSEN BEIM RKW

Das RKW Sachsen bietet mit Frank Martin Thomsen ganztägige arbeitsrechtliche Seminare an:

- ▶ am 28. Februar 2012 »Arbeitsrecht aktuell 2012« in Teltow (bei Berlin)
- ▶ am 29. Februar 2012 »Arbeitsrecht aktuell 2012« in Meerane
- ▶ am 23. März 2012 »Arbeitsrecht für Führungskräfte« in Niederwiesa,
- ▶ am 17. April 2012 »Arbeitsrecht für Führungskräfte« in Erfurt
- ▶ am 22. Mai 2012 »Arbeitsrecht für Führungskräfte« in Teltow (bei Berlin)

Anmeldungen sind unter www.rkw-sachsen.de möglich.

ARBEITSRECHT

- ▶ Am 3. Mai 2012 führt Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen für das B2B Training Center eine Seminarveranstaltung zum Thema: »Arbeitsrecht« in Dresden durch.

Anmeldungen sind unter www.b2b-training-center.com möglich.

RICHTIGER UMGANG MIT LEISTUNGSSCHWACHEN MITARBEITERN

- ▶ Am 23. Mai 2012 hält Herr Rechtsanwalt Frank Martin Thomsen bei der Industrie- und Handelskammer Dresden einen Vortrag zum Thema: »Richtiger Umgang mit leistungsschwachen Mitarbeitern«.

Anmeldungen sind über die Industrie- und Handelskammer Dresden möglich.

ARBEITSRECHT IM KRANKENHAUS

Der Krankenhausgesellschaft Sachsen e.V. bietet im 1. Halbjahr zwei Seminarveranstaltungen mit Frau Dr. Andrea Benkendorff als Referentin zum Arbeitsrecht an:

- ▶ am 14. März 2012 »Aktuelle Probleme im Arbeitsalltag - vom Datenschutz bis zum Alkohol am Arbeitsplatz«
- ▶ am 21. Juni 2012 »Besondere Arbeitnehmergruppen im Betrieb«

Informationen zur Anmeldung erhalten Sie unter www.kgs-online.de.

GESELLSCHAFTSRECHT

AUSWAHL DER RICHTIGEN RECHTSFORM FÜR HANDWERKSUNTERNEHMEN

Herr Rechtsanwalt Carsten Albert wird am 18. April 2012 bei der Handwerkskammer Dresden Wirtschaftsakademie GmbH zu dem Thema »Rechtsformwahl für Handwerksunternehmen« referieren. Die Veranstaltung richtet sich vorrangig an Handwerksunternehmen; die behandelten Themen gelten jedoch grundsätzlich auch für Unternehmen anderer Branchen.

Anmeldungen sind unter www.hwk-dresden.de möglich.

VERGABERECHT

IN-HOUSE-VERGABE UND WESENTLICHE VERTRAGSÄNDERUNGEN

► Am 9. Mai 2012 wird Herr Rechtsanwalt Dr. Ludger Meuten im Rahmen einer Veranstaltung des VHW, Bundesverband für Wohnen und Stadtentwicklung e. V. in Stuttgart/Filderstadt-Bernhausen zu den Voraussetzungen einer zulässigen In-House-Vergabe und der vergaberechtlichen Relevanz von wesentlichen Vertragsänderungen referieren.

Anmeldungen sind unter www.vhw.de/seminare möglich.

VERTRAGSRECHT

WIE SCHLIESSE ICH WIRKSAM VERTRÄGE?

Hierzu wird Herr Rechtsanwalt Carsten Albert am 12. Mai 2012 beim Paritätischen Wohlfahrtsverband Sachsen in Dresden referieren. Die Veranstaltung richtet sich an Unternehmen aller Branchen.

Anmeldungen sind unter www.parisax.de möglich.

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