

# MELCHERS

## LAW

**40** | AUSGABE  
NOVEMBER/DEZEMBER 2013

**DAS INFORMATIONSMEDIUM  
VON MELCHERS FÜR MANDANTEN UND PARTNER**

**MIT BEITRÄGEN UNSERER BÜROS IN  
HEIDELBERG, FRANKFURT AM MAIN UND BERLIN**

MELCHERS LAW: EDITORIAL

Sehr geehrte Leserin,  
sehr geehrter Leser,

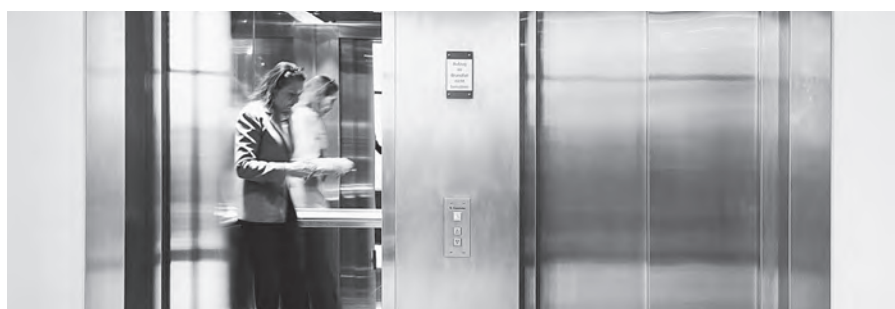


MELCHERS LAW wird erwachsen! Genau genommen: MELCHERS LAW wird 40. Sie halten hiermit die 40. Ausgabe in Ihren Händen. Im Leben eines Menschen, sagt man, beginnt mit 40 die beste Zeit. Dem will ich gar nicht widersprechen. Auch wenn ich damit zur Kenntnis nehmen muss, diese dann schon

hinter mir zu haben, blicke ich gerne gemeinsam mit Ihnen in eine spannende Zukunft. Dabei lassen wir auch die Gegenwart nicht außer Acht. Was sich gegenwärtig in der Entwicklung des Rechts tut, finden Sie selektiv in dieser Ausgabe behandelt. Wie immer unterrichten wir Sie auch über Veranstaltungen und Publikationen von MELCHERS.

Bleiben Sie auch nach 40 Ausgaben MELCHERS LAW treu. Wir sind für Sie da.

Ihr Dr. Jörg Hofmann  
j.hofmann@melchers-law.com



MELCHERS LAW: IN DIESER AUSGABE

#### ARBEITSRECHT

Personalleiter und Gesamtprokuristen aufgepasst: „ppa“ und „i.V.“ genügen nicht zum Ausspruch einer wirksamen Kündigung!

02

#### GESELLSCHAFTSRECHT

Haftung des (Not-) Geschäftsführers einer GmbH & Co. KG: Insolvenzantragstellung ohne Zustimmung der Gesellschafter

03

#### GLÜCKSSPIELRECHT

Der Glücksspielstaatsvertrag 2012 – Konzessionsvergabe mit Hindernissen

04

#### HANDELSRECHT

Rügeobliegenheit beim Handelskauf gilt auch für Rechtsmängel

04

#### VERGABERECHT

Insolvenz allein rechtfertigt keinen Bieterausschluss

05

#### WERKVERTRAGSRECHT

Keine Mängelansprüche bei „Schwarzarbeiten“

06

#### >> PERSÖNLICH

02

#### >> FACHPUBLIKATIONEN

06

#### >> PRAXISTIPP

07

#### >> VERANSTALTUNGEN

08

## MELCHERS LAW: ARBEITSRECHT

## Personalleiter und Gesamtprokuristen aufgepasst: „ppa“ und „i.V.“ genügen nicht zum Ausspruch einer wirksamen Kündigung!

Immer wieder kommt es zum Streit über die Frage, ob eine Kündigung wirksam unterzeichnet ist.

### Fall

Die streitige Kündigung hatten ein Gesamtprokurist mit „ppa“ und ein Personalsachbearbeiter mit „i.V.“ unterzeichnet. Der Gesamtprokurist fungierte als Personalleiter und war – wie meistens in der Praxis – nur gemeinsam mit einem Geschäftsführer oder anderen Prokuristen vertretungsbefugt. Der Anwalt eines Arbeitnehmers wies die Kündigung mangels Nachweises der Vertretungsberechtigung und mangels tatsächlich bestehender Vertretungsberechtigung gegenüber dem Arbeitgeber zurück.

### Entscheidung

Die Kündigungsschutzklage hatte beim LAG Hamm (Urteil vom 16.05.2013, Az.: 17 Sa 1708/12) bereits allein aus formalen Gründen Erfolg. Nach Ansicht des

Gerichts hätten beide Unterzeichner *eine Originalvollmacht* vorlegen müssen. Es liege kein Ausnahmefall nach § 174 Satz 2 BGB vor, wonach die Zurückweisung ausgeschlossen ist, wenn der Vollmachtgeber den anderen zuvor von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hat. Der Personalsachbearbeiter bekleide keine Position, die regelmäßig mit einer Vertretungsmacht zur Kündigung verbunden sei. Als Gesamtprokura sei die Prokura des Personalleiters beschränkt gewesen. Auch wenn der handelnde (Gesamt-)Prokurist als Personalleiter im Verhältnis zum Arbeitgeber kündigungsbefugt sei, dürfe ein Arbeitnehmer eine Kündigung zurückweisen, wenn er *keine Gewissheit* habe, *dass der Erklärende wirklich bevollmächtigt sei*. Die *bloße Funktionsübertragung* ohne Bekanntmachung der Stellung des konkreten Bevollmächtigten sei *unzureichend*. Selbst wenn der Kläger gewusst habe, dass der (Gesamt-)Prokurist Personalleiter sei, so sei nicht ersicht-

lich gewesen, dass er als Personalleiter nicht trotzdem an die Einschränkungen der Gesamtprokura gebunden war. Da der (Gesamt-)Prokurist die Kündigung ausdrücklich unter Bezug auf seine Prokura unterzeichnet habe, habe der Kläger davon ausgehen müssen, der (Gesamt-)Prokurist habe in Ausübung der ihm aus der Prokura-Erteilung folgenden Vertretungsmacht gehandelt, die aber eingeschränkt war. Durch diese Art der Unterzeichnung sei dem Kläger gerade nicht deutlich geworden, dass eine (alleinige) Vertretungsmacht resultierend aus der Position des Personalleiters in Anspruch genommen worden sei.

### Handlungsempfehlung

Daher ist jedem Arbeitgeber zu empfehlen,

- » Kündigungen am besten selbst zu unterzeichnen,
- » Vertretern eine Originalvollmacht an die Hand zu geben und
- » zumindest betriebsüblich bekanntzumachen, dass die betreffende Person kündigungsbefugt im Sinne der BAG-Rechtsprechung ist, damit dies für die Belegschaft, insbesondere auch für erst später Eingestellte, erkennbar ist. Anderenfalls liegt kein „in Kenntnis setzen“ im Sinne der Ausnahme des § 174 Satz 2 BGB vor (BAG, Urteil vom 14.04.2011, Az.: 6 AZR 727/09, hierüber hatten wir in MELCHERS LAW Heft 28 berichtet).

Und nicht vergessen: § 174 BGB gilt ebenso für die Zurückweisung. Auch ein zurückweisender Anwalt muss eine Originalvollmacht vorlegen, Telefax oder E-Mail genügen nicht. Ansonsten ist der Arbeitgeber seinerseits (wieder) zurückweisungsberechtigt.

**Fazit:** Das Urteil zeigt wieder einmal ganz deutlich, dass bei der Unterzeichnung von Kündigungen höchste Sorgfalt geboten ist. Zwar ist die Begründung des LAG Hamm sehr formalistisch, aber nachvollziehbar, da der Personalleiter dem Kündigungsschreiben zufolge nicht als Personalleiter, sondern (nur) als Prokurist gehandelt hatte. Offen bleibt, ob es das BAG in Ergänzung seines obigen Urteils zumindest für Personalleiter ausreichen lässt, dass ein Mitarbeiter weiß, dass es sich bei der eine Kündigung aussprechenden Person um den Personalleiter handelt. Nur dann dürfte die gegen das Urteil des LAG Hamm eingelegte Revision (BAG – Az.: 2 AZR 567/13) Erfolg haben. <<

Axel J. Klasen  
a.klasen@melchers-law.com

## MELCHERS LAW: PERSÖNLICH

## Gerrit Pülm

MELCHERS Berlin



Herr Pülm ist seit 1. Juni 2013 als Wirtschaftsprüfer und Steuerberater bei MELCHERS tätig

Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt auf dem Gebiet

des Unternehmenssteuerrechts und der internationalen Steuerberatung.

### Herr Pülm über sich:

Ein guter Arbeitstag beginnt ... für mich, morgens von den Kollegen und Mitarbeitern mit einem freudigen Lächeln begrüßt zu werden.

Am Beruf des Wirtschaftsprüfers und Steuerberaters reizt mich ... der Facettenreichtum meiner Berufe.

Wer es in meinem Job zu etwas bringen will ... sollte sich stetig fortbilden und versuchen, immer ein bisschen besser zu sein als die Finanzbehörden.

Erfolge feiere ich ... gern in meinem Lieblingsrestaurant am Stuttgarter Platz.

Es bringt mich auf die Palme ... wenn Finanzbehörden bei Ermessensentscheidungen den Menschen hinter der Steuernummer nicht sehen.

Zur Zeit beschäftigt mich ... die Nutzung von Alt-Spekulationsverlusten, deren Verrechnungsmöglichkeiten ab 2014 stark eingeschränkt sind. <<



MELCHERS LAW: GESELLSCHAFTSRECHT

## Haftung des (Not-)Geschäftsführers einer GmbH & Co. KG: Insolvenzantragstellung ohne Zustimmung der Gesellschafter

Das OLG München hat mit Urteil vom 21.03.2013 (Az.: 23 U 3344/12) entschieden, dass der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer Publikums-KG der KG nach § 43 Abs. 2 GmbHG haften kann, wenn er ohne Zustimmung der KG-Gesellschafter einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der KG wegen drohender Zahlungsunfähigkeit stellt.

### Sachverhalt

Eine KG klagte gegen den ehemaligen Notgeschäftsführer ihrer Komplementärin auf *Schadensersatz wegen der Stellung eines Insolvenzantrags* über das Vermögen der KG. Den Insolvenzantrag hatte der Beklagte sowohl auf Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) als auch auf drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) gestützt. Ob tatsächlich Insolvenzantragsgründe vorlagen, war zwischen den Parteien streitig. Nachdem das *vorläufige Insolvenzverfahren* zunächst eröffnet und

ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt worden war, wurde dieses bereits zwei Wochen später auf Antrag der Klägerin wieder *eingestellt*. Als Schaden verlangte diese vom ehemaligen Geschäftsführer unter anderem *Ersatz von Kosten*, die *für die vorläufige Insolvenzverwaltung* angefallen waren, sowie *Vorfälligkeitsentschädigungen für die insolvenzbedingte Kündigung von Gesellschaftsdarlehen*. Den Insolvenzantrag hatte der Beklagte eigenmächtig gestellt; einen Gesellschafterbeschluss hatte er hierzu vorher nicht herbeigeführt.

### Entscheidung

Das OLG hat den Beklagten zum Schadenersatz verurteilt. Dieser habe den *Insolvenzantrag* gestellt, *ohne* dass eine *Antragspflicht* oder ein *Antragsrecht* bestand. Das sei pflichtwidrig und führe zu einer Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG. Der Beklagte hätte darlegen und beweisen müssen, dass die Voraussetzungen für

die Stellung eines Insolvenzantrags vorlagen, was ihm indes nicht gelungen ist. Eine Erleichterung seiner Darlegungslast im Sinne der *Business-Judgement-Rule* kam für das OLG nicht in Betracht, da diese *nur bei unternehmerischen Entscheidungen* greife, wozu die Beantragung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens jedoch nicht gehöre. Mit dieser erfülle der Geschäftsführer entweder eine gesetzliche Pflicht (bei Antragstellung wegen Zahlungsunfähigkeit) oder nehme ein gesellschaftsrechtliches Grundlagengeschäft aus dem Verantwortungsbereich der Gesellschafter vor (bei Antragstellung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit).

Neben den insolvenzrechtlichen Voraussetzungen hätten auch die gesellschaftsinternen Voraussetzungen für die Stellung eines Insolvenzantrags wegen drohender Zahlungsunfähigkeit nicht vorgelegen. *Wegen bloß drohender Zahlungsunfähigkeit* dürfe ein Geschäftsführer *Insolvenzantrag nur mit Zustimmung der Gesellschafterversammlung* stellen. Die Gesellschafter seien zuständig, weil für sie die Insolvenzverfahrenseröffnung einer Auflösung der Gesellschaft gleiche. Die *eigenmächtige Antragstellung* des Beklagten stelle einen *Verstoß gegen die gesellschaftsinterne Kompetenzordnung* und die *Anmaßung eines* den Gesellschaftszweck ändernden *Grundlagengeschäfts* dar, was eine *Verpflichtung zum Schadensersatz* nach sich ziehe.

**Fazit:** Die Entscheidung führt die für die Haftung des Geschäftsführers entwickelten Beweislastverteilungsgrundsätze konsequent fort, wonach dieser darlegen und beweisen muss, dass die Voraussetzungen gesetzlicher Handlungspflichten, denen er nachgekommen ist, tatsächlich vorlagen, wenn deren Erfüllung der Gesellschaft einen Schaden verursacht hat. Die gleichen Beweislastverteilungsgrundsätze greifen, wenn der Geschäftsführer sich zu einem Verhalten zwar nicht verpflichtet, aber befugt hält. Im Falle der Insolvenzantragstellung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit hat der Geschäftsführer nicht nur die drohende Zahlungsunfähigkeit, sondern auch die Einhaltung der gesellschaftsinternen Voraussetzungen für eine Antragstellung zu beweisen. Eine Antragstellung ohne vorherige Zustimmung der Gesellschafterversammlung birgt erhebliche Haftungsrisiken für den Geschäftsführer. Das OLG hat klargestellt, dass diese Beweislastgrundsätze auch für einen Notgeschäftsführer gelten. <<

Florian Armbruster  
f.armbruster@melchers-law.com



## MELCHERS LAW: GLÜCKSSPIELRECHT

## Der Glücksspielstaatsvertrag 2012 – Konzessionsvergabe mit Hindernissen

Am 12. und 13. September fand in Erfurt die Jahreskonferenz der Chefinnen und Chefs der Staats- und Senatskanzleien der Länder statt. Punkt 3 der Tagesordnung beinhaltete die Novellierung des Glücksspielstaatsvertrags. Hierbei handelt es sich um denselben Staatsvertrag, welcher erst vor gut einem Jahr, am 01.07.2012, in Kraft trat und zum Ziel hatte, die Glücksspiellandschaft in Deutschland – unter Beibehaltung des staatlichen Lotteriemonopols – zu modernisieren. Zugleich sieht er die Vergabe von 20 Konzessionen an private Unternehmen vor, welche die Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten über das Internet erlauben sollen. Ungeachtet der beträchtlichen bereits im Vorfeld geäußerten Kritik am Regelungsmodell begannen die Länder am 08.08.2012 unter der Federführung des Hessischen Innenministeriums mit dem Ausschreibungsverfahren für die Konzessionen.

### Mangelnde Transparenz im Vergabeverfahren

Eben jenes Vergabeverfahren konnte bis heute nicht erfolgreich zum Abschluss gebracht werden. Die Gründe hierfür sind zahlreich. Das zweistufig angelegte, durchaus anspruchsvolle Verfahren, in dessen Verlauf die Bewerber zahlreiche Unterlagen – etwa zur persönlichen Zuverlässigkeit, wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und informationstechnologischen Expertise – beibringen und Erklärungen abgeben mussten, erfuhr deutliche Verzögerungen. Diese waren bedingt durch mehrere behördlich angeordnete Fristverlängerungen, welche ihrerseits maßgeblich durch einen sprunghaft ansteigenden Katalog von Fragen zum zuvor herausgegebenen *Informationsmemorandum* verursacht wurden. Der Verfahrensablauf wurde von vielen Konzessionsbewerbern als intransparent bewertet mit der Folge, dass sich das Ministerium insgesamt 599 formal eingereichten Fragen zum Verfahren stellen musste. Die Kritik an der Verfahrenstransparenz teilte auch das VG Wiesbaden in seiner Ent-



scheidung in Sachen *Victor Chandler* (Beschluss vom 30.04.2013 – Az.: 5 L 90/13. WI). In der die Stufe 2 abschließenden Verhandlungsrunde, welche Mitte März stattfand, wurde lediglich 14 Kandidaten die Möglichkeit zur persönlichen Vorstellung ihrer Sicherheits- und Sozialkonzepte gegeben. Aufgrund ihrer Nichtberücksichtigung in dieser Endphase suchten bereits zahlreiche Bewerber gerichtlichen Rechtsschutz. Kommt es zur finalen Vergabe, ist mit einer Vielzahl weiterer Klage- und Eilrechtsschutzverfahren der unterlegenen Bewerber zu rechnen.

### Klage auch im Erfolgsfall

Doch auch erfolgreiche Bewerber werden höchstwahrscheinlich den Gang zum Verwaltungsgericht antreten. Grund hierfür sind die ökonomisch unvorteilhaften Bedingungen, welche einer Konzession zwangsläufig anhaften, wie z.B. das Verbot lukrativer Live-Wetten, die beengende 5 %-Steuer auf den Wetteinsatz, das monatliche Einsatzlimit von 1.000 EUR und der vollständige Ausschluss von Casino-spielen. Ein *wirtschaftlich sinnvoller Betrieb* sowie die Bereitstellung eines *attraktiven Spielangebots* bleiben bisher *nur Anbietern aus Drittstaaten*, etwa Malta, der Isle of Man oder Gibraltar, *vorbehalten*.

**Fazit:** Eine Novellierung des Staatsvertrags ist aufgrund der aufgezeigten Hürden im Konzessionsverfahren dringend erforderlich. Darüber hinaus sind weitere Probleme im Staatsvertrag angelegt. Ungeachtet der Frage, ob mit der bereits erfolgten Vergabe von schleswig-holsteinischen Lizenzen europarechtlichen Kohärenzvorgaben widersprochen wird, besteht Klärungsbedarf zum Thema der Spieleridentifizierung und -authentifizierung im Hinblick auf Minderjährigenschutz und Geldwäscheprävention. Auch die aufgrund des Staatsvertrages als normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift erlassene Werberichtlinie mit ihrer Ermächtigung zur behördlichen Vorab-Kontrolle von

Werbekampagnen gibt Anlass zur Überprüfung. Schließlich mangelt es aus Sicht einiger Bundesländer an einer Rechtsgrundlage im Staatsvertrag für die Einbindung ihrer Spielhallen in das bundesweite Spielersperrsystem mit der Folge, dass diese Länder derzeit eigene Sperrdateien einrichten. <<

Danny Engelhardt  
d.engelhardt@melchers-law.com

## MELCHERS LAW: HANDELSRECHT

## Rügeobliegenheit beim Handelskauf gilt auch für Rechtsmängel

Das OLG Düsseldorf hat mit Beschluss vom 04.12.2012 (Az.: 23 U 47/12) klargestellt, dass für die Rügeobliegenheit des § 377 Abs. 1 HGB der allgemeine Mangelbegriff des BGB maßgeblich ist, so dass die Vorschrift nicht nur für Sachmängel, sondern auch für Rechtsmängel gilt.

### Sachverhalt

Die Klägerin hatte der Beklagten für ein Bauvorhaben Glasscheiben ohne entsprechende CE-Kennzeichnung geliefert und auftragsgemäß eingebaut. Das offensichtliche und für die Beklagte erkennbare Fehlen der Kennzeichnung wurde zunächst nicht gerügt, obwohl beide Parteien Kaufleute sind. In einem späteren Prozess rechnete die Beklagte mit Schadensersatzforderungen gegen die Zahlungsforderung der Klägerin auf und berief sich darauf, dass es sich bei der fehlenden CE-Kennzeichnung um einen Rechtsmangel handele, weshalb die Untersuchungs- und Rügepflicht des § 377 HGB nicht gelte. Das LG gab der Zahlungsklage statt. Die Zahlungsansprüche der Klägerin seien nicht durch Aufrechnung untergegangen, da die Beklagte keinen aufrechenbaren Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin habe. Ein solcher sei mangels rechtzeitiger Rüge der fehlenden CE-Kennzeichnung der gelieferten und bereits eingebauten Glasscheiben nicht entstanden.

### Entscheidung

Das OLG wies die Berufung der Beklagten hiergegen wegen offensichtlich fehlender Erfolgsaussichten zurück. Ob eine fehlende CE-Kennzeichnung überhaupt

einen Rechtsmangel darstelle, könne dahinstehen, da aufrechenbare Schadenersatzansprüche schon wegen der fehlenden Mängelrüge nicht in Betracht kämen. Sofern der Kauf für die beteiligten Vertragspartner ein Handelsgeschäft darstellt, hat der Käufer nämlich gemäß § 377 Abs. 1 HGB „die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen“. Unterlässt der Käufer dies, so gilt die Ware als genehmigt, es sei denn, es handelt sich um einen bei der Untersuchung nicht erkennbaren Mangel (§ 377 Abs. 2 HGB). Eine unterlassene Rüge hat zur Folge, dass für den Käufer die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen ausgeschlossen ist.

Vor dem 01.01.2002 entsprach es zwar der allgemeinen Auffassung, dass nur ein Sachmangel als Mangel der Ware i. S. d. § 377 Abs. 1 HGB in Betracht kommt; seit der Schuldrechtsreform sind aber Sach- und Rechtsmängel gleichgestellt, so dass ein *einheitlicher Mängelbegriff* gilt. Eine Differenzierung zwischen Sach- und Rechtsmängeln ist daher im Rahmen der Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 Abs. 1 HGB nicht angezeigt. Da die *Genehmigungsfiktion* des § 377 Abs. 2 HGB auch für Ansprüche wegen der Verletzung von mit einem Mangel zusammenhängenden Nebenpflichten gilt, ist es nach Ansicht des OLG auch unerheblich, ob das Fehlen der CE-Kennzeichnung möglicherweise als Nebenpflichtverletzung anzusehen ist.

**Fazit:** Die Entscheidung stellt klar, dass der Käufer beim Handelskauf die Ware nach Ablieferung neben Sachmängeln stets auch auf etwaige Rechtsmängel (beispielsweise Nutzungsbeschränkungen wegen fehlender Lizenzen) untersuchen muss. Hierbei erkannte Rechtsmängel sind unverzüglich nach Entdeckung vom Käufer zu rügen. Unterlässt er dies, riskiert er den Verlust von Mängelrechten. Zwar werden sich in der Praxis etwaige Rechtsmängel in vielen Fällen im Rahmen der nach jeweiligen Branchengepflogenheiten erforderlichen Untersuchungen der Ware nicht zeigen, so dass ohnehin zunächst keine Rügeobliegenheit des Käufers greift. Sind solche Mängel hingegen erkennbar oder werden diese später vom Käufer entdeckt (§ 377 Abs. 3 HGB), ist ihm aber zuzumuten, dass er diese unverzüglich rügt. <<

Florian Armbruster  
f.armbruster@melchers-law.com

## MELCHERS LAW: VERGABERECHT

### Insolvenz allein rechtfertigt keinen Bieterausschluss

Immer wieder beteiligen sich insolvente Bieter an Vergabeverfahren der öffentlichen Hand. Die Vergabestelle steht dann im Rahmen der Eignungsprüfung (Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit) vor einer schwierigen Aufgabe. Sie darf die *finanzielle Leistungsfähigkeit* des Bieters nicht mit den allgemeinen Risiken, die bei einem insolventen Unternehmen immer bestehen, verneinen. Vielmehr muss sie nach dem Vergaberecht (z.B. § 16 Abs. 1 Nr. 2a VOB/A-EG) die Situation aufklären und im Rahmen einer *Ermessensentscheidung* überprüfen, ob das insolvente Unternehmen Gewähr für eine ordnungsgemäße und fachgerechte Leistung bietet. Das Oberlandesgericht (OLG) Celle hat sich in einer Entscheidung vom 18.02.2013 (Az.: 13 Verg 1/13) intensiv mit dem *Umfang der Prüfungspflicht* der Vergabestelle befasst.

#### Der Sachverhalt

Ein insolventes Unternehmen bot über den Insolvenzverwalter bei einer öffentlichen Ausschreibung Fassadenarbeiten an. Bei dem einzigen Bewertungskriterium Preis war es der Bieter mit dem *niedrigsten* Preis. Die Vergabestelle bat den Bieter schriftlich und telefonisch, *Angaben über die wirtschaftliche Situation* des Unternehmens zu machen und insbesondere den *Insolvenzplan* vorzulegen. Die benötigten Angaben (über den Insolvenzplan hinaus) wurden von der Vergabestelle nicht konkretisiert. Der Insolvenzverwalter teilte mit, dass ein Insolvenzplan nicht bestehe, er als erfahrener Insolvenzverwalter aber die finanzielle Leistungsfähigkeit des Bieters bestätigen könne. Mangels Angaben des Bieters führte die Vergabestelle daher *eigene Erkundigungen* – wie Internetrecherchen und telefonische Anfragen – aus. Dabei erfuhr sie unter anderem, dass nach dem jüngsten Bericht des Insolvenzverwalters an das Insolvenzgericht der Mitarbeiterbestand deutlich gesunken (von 140 auf 39) sowie der beabsichtigte Verkauf des Unternehmens gescheitert war, so dass eine Fortführung des Unternehmen unsicher sei. Daraufhin schloss die Vergabestelle den insolventen Bieter aus. Dagegen

wandte sich der Bieter im Nachprüfungsverfahren.

#### Die Entscheidung

Das OLG Celle *bestätigte den Ausschluss des Bieters*. Nach Auffassung des Gerichts ist die Vergabestelle ihrer *Erkundungspflicht* in ausreichendem Maße *nachgekommen*. Sie habe – auch bei Dritten – umfangreich Ermittlungen zur finanziellen Situation des Bieters eingeholt. Die Entscheidung über den Ausschluss des Bieters wegen einer negativen Prognose der finanziellen Leistungsfähigkeit habe die Vergabestelle auch *ermessensfehlerfrei* getroffen. Insbesondere sei ihre Schlussfolgerung nachvollziehbar, wonach die Angaben im Bericht an das Insolvenzgericht und das Fehlen eines Insolvenzplanes keine positive einzelfallbezogene Prognose der finanziellen Leistungsfähigkeit des Bieters rechtfertigten. Zur Mitteilung der konkret benötigten Unterlagen und Angaben war die Vergabestelle nicht verpflichtet, da der Insolvenzverwalter sachkundig sei und der Vergabestelle von sich aus aussagekräftige Informationen zur Verfügung hätte stellen können. Zudem stellte das OLG Celle klar, dass die vom Bieter angebotene *Vertragserfüllungsbürgschaft über 5% der Auftragssumme nicht geeignet* ist, um etwaige Liquiditätsdefizite und deren Folgen während der Bauphase und der Gewährleistungszeit von 5 Jahren nach Abnahme auszugleichen.

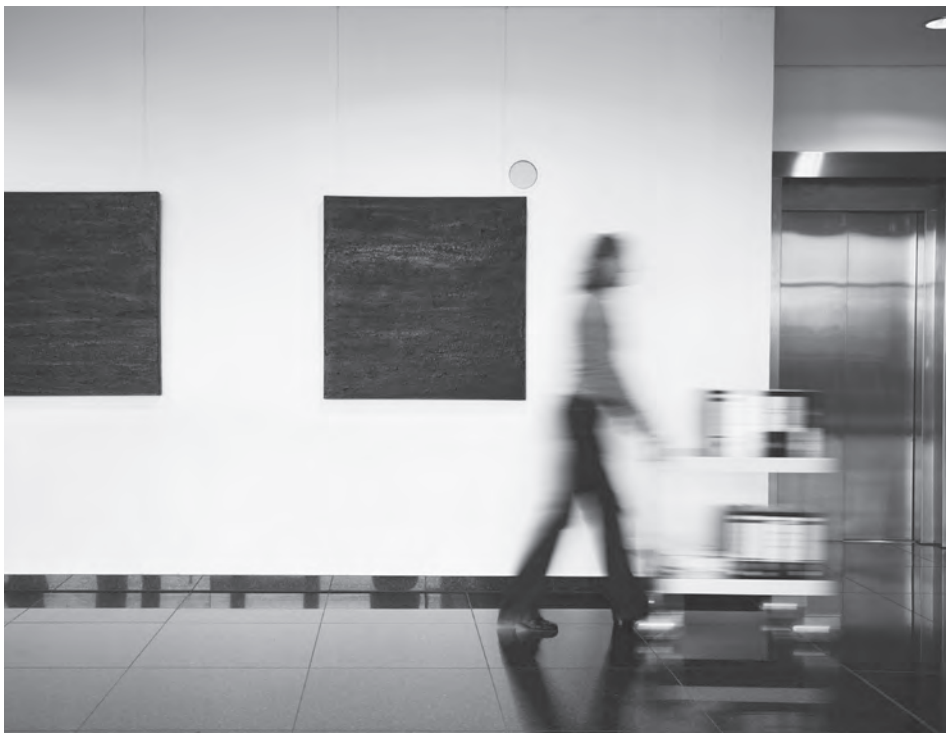
**Fazit:** Die Entscheidung des OLG Celle, wonach eine einzelfallbezogene Abwägung der selbst erkundeten Umstände zur Prüfung der finanziellen Leistungsfähigkeit des insolventen Bieters durchzuführen ist, ist zutreffend und liegt in der Linie zweier weiterer vergaberechtlicher Entscheidungen (OLG Schleswig, Beschluss vom 30.05.2012, Az.: 1 Verg 2/12; VK Brandenburg, Beschluss vom 14.03.2005, Az.: VK 7/05). Um den Erhalt eines insolventen Unternehmens durch Fortführung desselben oder durch übertragende Sanierung als Ziel des Insolvenzverfahrens zu ermöglichen, ist es unerlässlich, dass ein insolventer Bieter nicht von vornherein vom Beschaffungswesen der öffentlichen Hand ausgeschlossen wird. Dass der Ausschluss des Bieters bestätigt wurde, liegt an den besonderen Umständen des Einzelfalles. Gleichwohl wäre es wünschenswert gewesen, wenn die Vergabestelle dem Bieter die benötigten Angaben konkret genannt hätte. <<

Andreas Pauli  
a.pauli@melchers-law.com

## MELCHERS LAW: WERKVERTRAGSRECHT

## Keine Mängelansprüche bei „Schwarzarbeiten“

Seit dem 01.08.2004 gilt die Neufassung des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes (SchwarzArbG). Seit dieser Zeit ist bereits der Abschluss eines Werkvertrags, der die Nichterfüllung von steuerlichen Pflichten vorsieht, verboten. Nach der alten Rechtslage war der Vertrag in der Regel nur hinsichtlich der „Ohne-Rechnung-Abrede“ nichtig. Eine Mängelhaftung des schwarzarbeitenden Auftragnehmers wurde folglich bisher von Seiten des BGH (Urteil vom 24.04.2008 – Az.: VII ZR 42/07) mit der Begründung angenommen, dass sich dieser im Falle seiner mangelhaften Bauleistung treuwidrig verhalte, wenn er sich zur Abwehr von Mängelansprüchen des Bestellers darauf berufe, die „Ohne-Rechnung-Abrede“ führe zur Gesamtnichtigkeit des Bauvertrags. Der Besteller konnte daher – trotz „Ohne-Rechnung-Abrede“ – unter bestimmten Umständen Mängelansprüche gegenüber



dem Unternehmer geltend machen. Mit Entscheidung vom 01.08.2013 (Az.: VII ZR 6/13) hatte sich der Bundesgerichtshof nun erstmals mit einem Vertrag über Schwarzarbeiten unter Beachtung des neuen SchwarzArbG zu befassen.

### Der Sachverhalt

Die Klägerin beauftragte den Beklagten mit dem Pflastern einer Grundstücksauffahrt. Die Parteien kamen dabei überein, dass der Beklagte das Geld für diese Leistung in bar und ohne Rechnung erhalten sollte. Kurz nach Fertigstellung der Pflasterarbeiten zeigten sich Unebenheiten auf dem Pflaster. Diese beruhten auf einer zu dick ausgeführten Sandschicht unterhalb der Pflastersteine, für die der Beklagte verantwortlich war. Nachdem Mangelbeseitigungsversuche des Beklagten erfolglos blieben, machte die Klägerin die voraussichtlich erforderlichen Aufwendungen zur Mangelbeseitigung in Höhe von 6.069,00 EUR geltend. Das Landgericht gab der Klage des Bestellers statt. Das Berufungsgericht wies die Klage zu Gunsten des Auftragnehmers ab. Hiergegen wendete sich die Klägerin mit der Revision.

### Die Entscheidung

Der BGH urteilte, dass der zwischen den Parteien geschlossene Werkvertrag wegen Verstoßes gegen das gesetzliche Verbot der Schwarzarbeit nichtig sei. Die Nichtigkeit führe dazu, dass dem Besteller *keine Mängelansprüche gegen den schwarzarbeitenden Auftragnehmer* zustünden. Es liege insoweit auch *keine isolierte*

*Nichtigkeit der sogenannten „Ohne-Rechnung-Abrede“* vor. Das Erfüllen des Schwarzarbeitstatbestands des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes führe ohne Weiteres zur Nichtigkeit des gesamten zugrunde liegenden Vertrags und damit auch zum Ausschluss der Mängelrechte des Bestellers. Etwas anderes gelte nur in ganz engen Grenzen, die aber jedenfalls dann noch nicht erreicht seien, wenn der Unternehmer in widersprüchlicher Weise zwar die von ihm geschuldeten Bauleistungen erbringe, sich aber sodann bei der Inanspruchnahme wegen Mängeln anschließend auf die Nichtigkeit des Bauvertrags berufe.

**Fazit:** Der BGH bekräftigt mit dieser Entscheidung die vom Gesetzgeber gewollte strengere Ahndung von Schwarzarbeit. Die Beauftragung mit Schwarzarbeiten ist für den Auftraggeber durch den grundsätzlichen Ausschluss seiner Mängelrechte mit größeren Risiken verbunden als noch zu Zeiten der alten Rechtslage vor dem 01.08.2004. Er läuft daher Gefahr, auf einem mangelhaften Werk „sitzen zu bleiben“. Insbesondere auch aufgrund der rechtlichen Sanktionen, die mit Schwarzarbeit für den jeweiligen Vertragspartner verbunden sind, sollten sich potentielle Vertragspartner – also sowohl Besteller als auch Unternehmer – nicht auf eine Schwarzgeldabrede einlassen. Nur dann können „im Fahrwasser“ der gesetzlichen Bestimmungen des Werkvertragsrechts vertragliche Ansprüche verfolgt werden. <<

Philipp Scharfenberg  
p.scharfenberg@melchers-law.com

## MELCHERS LAW: FACHPUBLIKATIONEN

## Urteilsanmerkung zur Unternehmensmitbestimmung



Herr Rechtsanwalt Klasen hat in der Zeitschrift Entscheidungen zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (GWR 18/2013, S. 381) eine Anmerkung zum Beschluss des Bundesar-

beitsgerichts (Az.: 7 ABR 47/11) veröffentlicht. Er befasst sich mit der Frage, wann Arbeitnehmer eines Gemeinschaftsbetriebs bei Aufsichtsratswahlen nach dem Drittelbeteiligungsgesetz aktiv wahlberechtigt sind. <<



MELCHERS LAW: PRAXISTIPP

## Senkung der Stromkosten: Spitzenausgleich für energieintensive Unternehmen

Unternehmen des Produzierenden Gewerbes können nach § 10 StromStG unter bestimmten Voraussetzungen vom sog. *Spitzenausgleich* profitieren. Dabei kann dem Unternehmen die nach Anwendung des § 9b StromStG verbleibende *Steuerlast erlassen, erstattet oder vergütet* werden. Dieser Spitzenausgleich wird nur gewährt, soweit die Steuerbelastung 1.000 EUR im Kalenderjahr übersteigt (sog. *Selbstbehalt oder Sockelbetrag*).

Die *Höhe der Entlastung* hängt von der Differenz der Stromsteuer, die über den Sockelbetrag hinausgeht, und der (fiktiven) Entlastung ab, die sich daraus ergibt, dass seit Einführung der Stromsteuer die Rentenversicherungsbeiträge gesunken sind.

Bei der Senkung der allgemeinen Rentenversicherung von 20,3 % vor Einführung der Stromsteuer auf derzeit 18,9 % ergibt sich bei einem Arbeitgeberanteil von 50 % für Arbeitgeber im Jahr 2013 eine Senkung um 0,7 %. Hieraus wird der sog. *Unterschiedsbetrag* ermittelt, von welchem höchstens 90 % erlassen, erstattet oder vergütet werden. Diese Berechnungsweise führt dazu, dass insbesondere Unternehmen mit hohem Stromverbrauch und wenigen rentenversicherungspflichtigen Beschäftigten vom Spitzenausgleich profitieren.

Die *Anträge* sind beim Hauptzollamt zu stellen, in dessen Bezirk der Antragsteller seinen Geschäfts- oder Wohnsitz hat.

Als *Unternehmen des Produzierenden Gewerbes*, für die diese Regelungen zutreffen, gelten nach § 2 StromStG Unternehmen, die den Abschnitten C (Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden), D (Verarbeitendes Gewerbe),

E (Energie- und Wasserversorgung) oder F (Baugewerbe) der Klassifikation der Wirtschaftszweige des Statistischen Bundesamtes, Ausgabe 2003 (WZ 2003) zuzuordnen sind.

### Neuregelung mit Geltung ab dem Jahre 2013

Hintergrund der am 09.11.2012 vom Bundestag beschlossenen Neuregelung des Gesetzes zur Änderung des Stromsteuergesetzes war zum Einen die Notwendigkeit, die Forderung der Europäischen Kommission zu erfüllen, für die Gewährung der Steuererleichterungen eine *Gegenleistung von den begünstigten Unternehmen* zu verlangen. Nur unter dieser Voraussetzung ist die notwendige Verlängerung der Ende 2012 auslaufenden beihilferechtlichen Genehmigung dieser Steuererleichterung möglich gewesen. Zum Anderen setzt die Bundesregierung damit die in ihrem Energiekonzept aus dem Jahr 2010 enthaltene Ankündigung um, die *Effizienzpotenziale* in der Industrie durch die Verknüpfung von Steuervergünstigungen mit der Einführung von Energiemanagementsystemen aususchöpfen.

Damit wird von Unternehmen, die den Spitzenausgleich in Anspruch nehmen wollen, eine Gegenleistung zur Steigerung der Energieeffizienz verlangt. So müssen Unternehmen ein *zertifiziertes Energiemanagementsystem nach ISO 50001* oder ein *registriertes Umweltmanagementsystem nach EMAS* nachweisen; kleine und mittlere Unternehmen im Sinne der Empfehlung 2003/361/EG der Europäischen Kommission (KMU) können abweichend davon auch *alternative Systeme* zur Verbesserung der Energieeffizienz betreiben, die einen geringeren Erfüllungsaufwand bedeuten: Diese müssen entweder den Anforderungen der Norm DIN EN 16247-1 oder den Anforderungen der Anlage 2 der „Verordnung über Systeme zur Verbesserung der Energieeffizienz im Zusammenhang mit der Entlastung von der Energie- und Stromsteuer in Sonderfällen (*Spitzenlast-Effizienzsystemverordnung – SpaEfV*)“ entsprechen.

### Übergangsregelung für die Jahre 2013 und 2014

Für die Antragsjahre 2013 und 2014 gilt eine Übergangsregelung, wonach Unternehmen bei der Antragsstellung nur nachweisen müssen, dass sie *mit der Einführung eines solchen Managementsystems begonnen* haben. Die Anforderungen an die Nachweisführung sind ebenfalls in der Spitzenlast-Effizienzsystemverordnung geregelt. Hierbei muss das Managementsystem im Jahre 2013 entweder 25 % des gesamten Energieverbrauchs umfassen, im Jahre 2014 60 % (*horizontaler Ansatz*), oder es muss im Jahr 2013 ein bestimmter kleiner Teil der Anforderungen aus der Norm bzw. der Verordnung und im Jahr 2014 ein näher bestimmter, größerer Teil der Anforderungen erfüllt werden (*vertikaler Ansatz*).

### Rechtslage ab dem Jahre 2015

Ab 2015 hängen Gewährung und Höhe des Spitzenausgleiches zusätzlich davon ab, ob das Produzierende Gewerbe in Deutschland insgesamt die zwischen Bundesregierung und der deutschen Wirtschaft vereinbarte Steigerung der Energieeffizienz pro Jahr erreicht haben wird. Dazu wird in einem Gutachten ab 2015 jährlich die Verbesserung der Energieeffizienz ermittelt und von der Bundesregierung im Bundesgesetzblatt veröffentlicht. Wird das Ziel nicht erreicht, sinkt oder entfällt der Spitzenausgleich.

**Tip:** Für Unternehmen des Produzierenden Gewerbes existieren zwei Ermäßigungsstufen, namentlich die *Ermäßigung des allgemeinen Steuersatzes* sowie der sogenannte *Spitzenausgleich*. Unternehmen, die einen Spitzenausgleich beantragen können, sollten sich umgehend um die Einhaltung der normativen Vorgaben bemühen, um die Anträge fristgerecht stellen und die erforderlichen Nachweise führen zu können. Dies betrifft nicht nur energieintensive Großunternehmen, sondern es können auch kleine und mittlere Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen hiervon profitieren. Eine ähnliche Regelung des Spitzenausgleichs findet sich betreffend die Energiesteuer im Energiesteuergesetz.

Dr. Ilona Renke  
i.renke@melchers-law.com

## MELCHERS LAW: VERANSTALTUNGEN

» Außenwirtschaftsrecht/  
Exportkontrollrecht

Am 06.12.2013 findet in Frankfurt am Main ein Seminar der renommierten Frankfurt School of Finance and Management zum Thema Außenwirtschaftsrecht/Exportkontrollrecht statt. Referenten bei dieser praxisnahen Veranstaltung sind Herr Rechtsanwalt Dr. Vinnen und Herr Rechtsanwalt Dr. Schaefer, Lufthansa Cargo AG. Inhaltlich werden die exportkontrollrechtlichen Pflichten der Unternehmen nach deutschem, europäischem und US-amerikanischem Recht, die Anforderungen an die betriebliche Compliance-Organisation sowie die weitreichenden straf- und zivilrechtlichen Haftungsrisiken thematisiert. Dieses im Rahmen des Zertifikatsstudiengangs „Certified Compliance Professional (CCB)“ gehaltene Seminar kann auch separat über den Veranstalter gebucht werden.

Termin: Freitag, 06.12.2013, 10.00 – 18.00 Uhr  
Ort: Frankfurt am Main  
Veranstalter: Frankfurt School of Finance and Management  
Referenten: RA Dr. Bodo Vinnen,  
RA Dr. Christoph Schaefer  
Info: [www.frankfurt-school.de](http://www.frankfurt-school.de)

## » Energierecht

In Zusammenarbeit mit dem Geschäftsführer der Neue Energien Heidelberg GmbH, Herrn Ulrich Geilen, halten Frau Rechtsanwältin Dr. Renke und Herr Rechtsanwalt Schmucker am 14.11.2013 ein Seminar zum Thema „Individuelle Energiepreisbremse für Industrie und Gewerbe“. Das Seminar richtet sich an Geschäftsführer, kaufmännische Leiter, Leiter Controlling und an Energieverantwortliche von Industrie und Gewerbe

sowie von Krankenhäusern, welche über die vielfältigen Möglichkeiten der Strompreisreduzierung informiert sein wollen. Ein besonderes Augenmerk gilt hierbei der am 06.08.2013 in Kraft getretenen „Verordnung über Systeme zur Verbesserung der Energieeffizienz im Zusammenhang mit der Entlastung von der Energie- und der Stromsteuer in Sonderfällen“ – auch bekannt als Spitzenausgleich-Effizienzsystemverordnung (SpaEfV), bevor abschließend das Thema Compliance in der Energiewirtschaft anhand von ausgewählten Beispielen behandelt wird.

Termine: Donnerstag, 14.11.2013,  
15.15 – 18.30 Uhr

Ort: Heidelberg

Veranstalter: MELCHERS Seminare GmbH  
Referenten: Herr Dipl.-Ing. Ulrich Geilen,  
RAin Dr. Ilona Renke, RA Timo Schmucker  
Info: [www.melchers-seminare.com](http://www.melchers-seminare.com)

## MELCHERS LAW: AUTOREN DIESER AUSGABE

Nähere Informationen zu den Autoren finden Sie im Internet unter [www.melchers-law.com](http://www.melchers-law.com).



## FLORIAN ARMBRUSTER

berät in- und ausländische Mandanten schwerpunktmäßig in allen Bereichen des Handels- und Gesellschaftsrechts.



## DANNY ENGELHARDT

ist hauptsächlich im glücksspielrechtlichen Bereich tätig. Hier betreut er deutsch- und englischsprachige Mandanten im Lizenzierungsverfahren. Daneben gehören das öffentliche Baurecht und das Umweltrecht zu seinen weiteren Tätigkeitsschwerpunkten.



## AXEL J. KLASEN

ist als Fachanwalt für Arbeitsrecht und ehemaliger Personalleiter insbesondere im Kollektivarbeitsrecht tätig und auf Sanierungs- und Restrukturierungsmaßnahmen spezialisiert, bei denen ihm sein in Unternehmensinsolvenzen verschiedenster Branchen gesammeltes Know-how besonders zugute kommt.



## ANDREAS PAULI

berät im privaten Bau- und Architektenrecht, Vergaberecht, Immobilienrecht sowie insbesondere im Anlagenbaurecht und bei der Entwicklung von großen Projekten im Hochbau. Er ist seit 2007 Fachanwalt für privates Bau- und Architektenrecht.



## DR. ILONA RENKE

berät Wirtschaftsunternehmen und öffentliche Auftraggeber im öffentlichen Recht, insbesondere im öffentlichen Bau- und Planungsrecht, im Umwelt- und Technikrecht sowie im Energierecht. Sie ist Lehrbeauftragte an der Universität Heidelberg.



## PHILIPP SCHARFENBERG

ist insbesondere für Unternehmen und öffentliche Auftraggeber im privaten Bau- und Architektenrecht sowie im Bauträgerrecht tätig.

## MELCHERS LAW: IMPRESSUM

## HERAUSGEBER

Melchers Rechtsanwälte  
Partnerschaftsgesellschaft

## CHEFREDAKTION

Dr. Ilona Renke  
[i.renke@melchers-law.com](mailto:i.renke@melchers-law.com)

## KONZEPTION UND GESTALTUNG

[www.fischerziegler.com](http://www.fischerziegler.com)

## ERSCHEINUNGSWEISE

6 Ausgaben pro Jahr

## NACHBESTELLUNGEN

[newsletter@melchers-law.com](mailto:newsletter@melchers-law.com)

## STANDORTE UND KONTAKT

## HEIDELBERG

Im Breitspiel 21  
69126 Heidelberg, Deutschland  
T +49-(0)6221-1850-0  
F +49-(0)6221-1850-100  
E [heidelberg@melchers-law.com](mailto:heidelberg@melchers-law.com)

## BERLIN

Katharinenstraße 8  
10711 Berlin, Deutschland  
T +49-(0)30-3 1013 99-0  
F +49-(0)30-3 1013 99-10  
E [berlin@melchers-law.com](mailto:berlin@melchers-law.com)

## FRANKFURT AM MAIN

Darmstädter Landstraße 108  
60598 Frankfurt/Main, Deutschland  
T +49-(0)69-6 53 00 06-0  
F +49-(0)69-6 53 00 06-40  
E [frankfurt@melchers-law.com](mailto:frankfurt@melchers-law.com)

[www.melchers-law.com](http://www.melchers-law.com)