

MELCHERS

LAW

46

AUSGABE
NOVEMBER/DEZEMBER 2014

DAS INFORMATIONSMEDIUM
VON MELCHERS FÜR MANDANTEN UND PARTNER

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

MELCHERS LAW: EDITORIAL

Liebe Leserin,
lieber Leser,



einleitende Worte sollten an positive Nachrichten anknüpfen. Diese sind in der Tagespresse aber schwer zu finden. Vorwiegend wird sich dort mit Streiks, höheren Arbeitslosenzahlen, nicht erreichten Höchstpreisen bei Börsengängen und sich eintrübenden Konjunkturaussichten beschäftigt. Die große Mehrheit wirtschaftlicher

Erfolgsmeldungen – auch und gerade aus unserem Mandantenkreis – findet sich nicht in der Tagespresse wieder.

Eine gute Nachricht macht eben keine gute Headline; gute Nachrichten muss man zwischen den Zeilen suchen. Ich hoffe, dass bei den nachfolgenden Beiträgen in dieser Ausgabe genügend Raum zwischen den Zeilen ist, so dass das Positive klar zu erkennen ist. Bei der Suche unterstützen wir Sie gerne, schließlich lässt sich jede Nachricht aus mindestens zwei Blickwinkeln betrachten und bewerten.

Viel Spaß bei der Lektüre wünscht Ihnen

Ihr Dr. Dennis Voigt
d.voigt@melchers-law.com



MELCHERS LAW: IN DIESER AUSGABE

ARBEITSRECHT

- Zeiterfassungsmanipulation kann fristlose Kündigung rechtfertigen 02
- „7 Jahre alt!“: Diskriminierung wegen des Geschlechts in Bewerbungsverfahren 03

GESELLSCHAFTSRECHT

- Zur Anmeldung der Änderung der Geschäftsanschrift einer GmbH durch einen Prokuristen 04
- Sittenwidrigkeit von Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen 05

VERGABERECHT

- Inhouse-Vergabe nach den neuen Vergaberichtlinien 06

VERTRAGSRECHT

- Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr 07

WERKVERTRAGSRECHT

- Sicherheit nach § 648a BGB auch nach Kündigung 06

>> MITTEILUNGEN 03

>> MITTEILUNGEN 04

>> PERSÖNLICH 07

>> VERANSTALTUNGEN 08

MELCHERS LAW: ARBEITSRECHT

Zeiterfassungsmanipulation kann fristlose Kündigung rechtfertigen

Als „ultima ratio“ bestehen an eine fristlose Kündigung strenge Anforderungen. Diese Anforderungen waren bereits Gegenstand diverser Gerichtsentscheidungen, vor allem seit der sogenannten *Pfandbon-Entscheidung* des Bundesarbeitsgerichts im Fall „Emmely“ im Jahre 2010. Insbesondere der vorzunehmenden Interessenabwägung zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteresse an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses kommt seitdem höheres Gewicht zu, vor allem, wenn einer einmaligen Pflichtverletzung lange beanstandungsfreie Beschäftigungszeiten gegenüberstehen. Obwohl es absolute Kündigungsgründe nicht gibt, gibt es dennoch Fälle, in denen die Rechtfertigung einer fristlosen Kündigung gute Erfolgsaussichten hat. So wie etwa in dem Anfang dieses Jahres entschiedenen Fall des Landesarbeitsgerichts (LAG) Hessen (Urteil vom 17.02.2014, Az.: 16 Sa 1299/13).

Sachverhalt

Der 46 Jahre alte Kläger war seit mehr als 26 Jahren in einer Großmetzgerei beschäftigt. Bei privaten Arbeitsunterbrechungen oder während der regelmäßigen Pausen mussten die Mitarbeiter ein Zeiterfassungssystem über einen Chip bedienen



und sich dadurch elektronisch an- bzw. abmelden. Der Kläger wurde dabei beobachtet, dass er den Chip in seiner Geldbörse ließ und mit seiner Hand abschirmte. Der Kläger verblieb so im Zeiterfassungssystem als anwesend eingebucht, obwohl er sich in der Pause befand oder privaten Angelegenheiten nachging. Eine Kontrolle durch den Arbeitgeber ergab, dass der Kläger auf diese Weise in 1,5 Monaten bezahlte „Pausen“ von insgesamt mehr als 3,5 Stunden gemacht hatte.

Entscheidung

Wie schon die Vorinstanz entschied das LAG Hessen, dass die fristlose Kündigung wirksam ausgesprochen wurde. Ein wichtiger Grund im Sinne von § 626 Absatz 1 BGB habe vorgelegen. Entgegen der Behauptung des Klägers konnte das Gericht feststellen, dass technische Defekte nicht vorlagen, sondern der Kläger das Zeiterfassungssystem manipuliert hatte.

Eine fristlose Kündigung ist möglich, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeits-

verhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dafür wird zunächst geprüft, ob ein Kündigungsgrund „an sich“ besteht, und anschließend wird eine Interessenabwägung vorgenommen.

Einen solchen Grund „an sich“ stellt der vorsätzliche Verstoß eines Arbeitnehmers gegen seine Verpflichtung, seine Arbeitszeit (technisch) korrekt zu erfassen, dar. Auch die Interessenabwägung des LAG Hessen fiel zuungunsten des Klägers aus. Das Gericht entschied, dass es sich bei der Pflichtverletzung des Klägers nicht um einmaliges Augenblicksversagen handelte, sondern er dies über einen längeren Zeitraum in beträchtlichem Umfang durchgeführt hat. Das LAG führt dazu aus, „[s]ein auf Heimlichkeit angelegtes, vorsätzliches und systematisches Fehlverhalten wiegt daher besonders schwer“. Auch die langjährige unbeanstandete Betriebszugehörigkeit von 26 Jahren, sein Lebensalter sowie seine Unterhaltspflicht für Frau und Kind vermochten an diesem Ergebnis nichts zu ändern.

Aufgrund der wiederholten und dauerhaften Verstöße kam auch kein milderes Mittel, wie etwa eine Abmahnung, in Betracht. Die Anzahl der begangenen Verstöße begründete zudem eine Wiederholungsgefahr.

Fazit: Die Entscheidung zeigt anschaulich, dass es Fälle gibt, in denen auch eine langjährige beanstandungsfreie Beschäftigungszeit bei der Interessenabwägung einen Arbeitnehmer nicht zu schützen vermag, wenn er grobe Pflichtverletzungen begeht, insbesondere dann nicht, wenn es nicht um ein einmaliges einzelnes Augenblicksversagen, sondern um ein mehrere Monate andauerndes systematisches Vorgehen geht. In so einem Fall bestehen daher für die Aussprache einer fristlosen Kündigung gute Erfolgsaussichten, welche man als Arbeitgeber schnell und entschlossen wahrnehmen sollte. <<



MELCHERS LAW: ARBEITSRECHT

„7 Jahre alt!“: Diskriminierung wegen des Geschlechts in Bewerbungsverfahren

Ein arbeitgeberseitiger Vermerk zu dem Alter des Kindes einer Bewerberin auf dem zurückgesandten Lebenslauf kann ein Indiz für eine unmittelbare Benachteiligung der Bewerberin als Frau darstellen.

Sachverhalt

Die Beklagte, die einen lokalen Radiosender betreibt, war im Frühjahr 2012 auf der Suche nach einer Buchhaltungskraft mit abgeschlossener kaufmännischer Ausbildung in Vollzeit. Im April 2012 bewarb sich die Klägerin auf diese Stelle. Im beigefügten Lebenslauf wies sie auf ihre Ausbildungen als Verwaltungsfachfrau und zur Bürokauffrau hin. Darüber hinaus stellte die Klägerin ihre persönliche Situation wie folgt dar: „*Familienstand: verheiratet, ein Kind*“.

Anfang Mai erhielt die Klägerin eine Absage. Der zurückgesandte Lebenslauf der Klägerin enthielt zu der Angabe zum Familienstand folgende Ergänzung: „*7 Jahre alt!*“. Diese Ergänzung und die von der Klägerin stammende Angabe „*ein Kind*“ waren unterstrichen.

Die Klägerin fordert von der Beklagten die *Zahlung einer Entschädigung*. Als Mutter eines schulpflichtigen Kindes, die eine Vollzeitbeschäftigung anstrebt, sieht sie sich benachteiligt. Aus Sicht der Klägerin spreche die Notiz der Beklagten auf ihrem Lebenslauf dafür, dass die Beklagte Vollzeittätigkeit und die Betreuung eines siebenjährigen Kindes für nicht beziehungsweise nur schlecht vereinbar halte. Die Beklagte hat eine geschlechtsspezifische Benachteiligung bestritten und darauf verwiesen, eine junge, verheiratete Frau eingestellt zu haben, die über eine höhere Qualifikation verfüge.

Entscheidung

Das LAG Hamm hat die Beklagte wegen *mittelbarer Benachteiligung* der Klägerin – d.h. wegen einer nicht gerechtfertigten Benachteiligung, bei der Personen durch dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren wegen

eines in § 1 AGG genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligt werden können – zu einer *Entschädigung in Höhe von EUR 3.000,00* verurteilt (Urteil vom 06.06.2013, Az.: 11 Sa 335/13). Das Gericht hat hierbei auf den Mikrozensus 2010 und dessen Auswertung durch das statistische Bundesamt verwiesen. Danach beeinflussten Familiengründung und Kinder insbesondere bei Frauen das Erwerbsverhalten.

Auf die Revision der Beklagten hin hat das BAG das *Urteil des LAG Hamm aufgehoben* (Urteil vom 18.09.2014, Az.: 8 AZR 753/13). Eine mittelbare Benachteiligung liege nicht vor, da die vom LAG Hamm herangezogene Statistik für den Anteil von Ehefrauen mit Kind an der Gesamtzahl der Vollbeschäftigten keine Aussagen für den Fall der Klägerin zulasse. Das BAG hat aber zugleich das Verfahren an das LAG Hamm *zurückverwiesen*. Hier sei zu prüfen, ob in dem Verhalten der Beklagten nicht eine *unmittelbare Benachteiligung* der Klägerin – d.h. eine Benachteiligung, bei der eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in vergleichbarer Situation erfahren hat oder erfahren würde – als Frau zu sehen sei. Dies erfordere eine *Auslegung des Vermerks* auf dem zurückgesandten Lebenslauf.

Der Fall erinnert stark an ein Urteil des Arbeitsgerichts Stuttgart vom 15.04.2010 (Az.: 17 Ca 8907/09). Hier hatte eine Bewerberin auf Entschädigung geklagt und dies unter anderem damit begründet, dass die zurückgesandten Bewerbungsunterlagen den Vermerk „Ossi“ mit einem daneben eingekreisten Minus-Zeichen enthielten. Das Arbeitsgericht Stuttgart hatte die Klage damals mit der Begründung zurückgewiesen, die Herkunft aus Ostdeutschland stelle keine ethnische Herkunft im Sinne von § 1 AGG dar.

Fazit: Mit Blick auf die genannten Fälle ist Arbeitgebern dringend zu empfehlen, schriftliche Notizen auf von Bewerberseite per Post zugesandten und dem Bewerber wieder zurückzusendenden Unterlagen zu vermeiden. Dies gebietet schon der Respekt gegenüber dem Bewerber. Darüber hinaus kann man hierdurch gegebenenfalls die Entstehung von Indizien vermeiden, die für eine gesetzeswidrige Benachteiligung sprechen. <<

Dominik Gallini
d.gallini@melchers-law.com

MELCHERS LAW: MITTEILUNGEN

18. IBR-Fortbildungsveranstaltung für Fachanwälte für Bau- und Architektenrecht gemäß § 15 FAO

Am 7. November 2014 veranstaltet der id-Verlag in Mannheim eine Fortbildungsveranstaltung für Fachanwälte im Bau- und Architektenrecht. Gemäß § 15 der Fachanwaltsordnung der Rechtsanwaltskammern vom 01.07.2005 muss, wer eine Fachanwaltsbezeichnung führt, jährlich mindestens an einer anwaltlichen Fortbildungsveranstaltung „dozierend oder hörend teilnehmen“.

Innerhalb der zehn Zeitstunden greifen sechs hochkompetente und renommierte Referenten aktuelle Fragestellungen aus der Praxis des Bau- und Architektenrechts auf, um neue Erkenntnisse und Erfahrungen zu vermitteln und diese zu diskutieren.



Zu den Referenten gehört neben dem Vorsitzenden Richter am BGH Prof. Dr. Rolf Kniffka, dem Vorsitzenden Richter am OLG Jörn Jensen und dem Richter am OLG Dr. Mark Seibel auch Herr Rechtsanwalt Tobias Wellensiek. <<

MELCHERS LAW: GESELLSCHAFTSRECHT

Zur Anmeldung der Änderung der Geschäftsanschrift einer GmbH durch einen Prokuristen

Das OLG Karlsruhe hatte sich in seinem Beschluss vom 07.08.2014 (Az.: 11 Wx 17/14) mit der Frage zu befassen, ob die Anmeldung einer Geschäftsanschriftsänderung einer GmbH beim Handelsregister durch einen Prokuristen rechtswirksam vorgenommen werden kann.

Sachverhalt

Eine seit 1993 im Handelsregister eingetragene GmbH meldete durch ihren Prokuristen unter Beifügung einer notariellen Unterschriftsbeglaubigung beim zuständigen Handelsregister die Änderung ihrer inländischen Geschäftsanschrift an. Das Registergericht wies mit einer Zwischenverfügung die Prokura als unzureichend für die Anmeldung der Änderung der Geschäftsanschrift zurück. Die Anmeldung müsse entweder von den Geschäftsführern in vertretungsberechtigter Zahl oder unter Einreichung einer entsprechenden Vollmacht erfolgen. Nach Ansicht des Registergerichts handelte es sich bei der Änderung der inländischen Geschäftsanschrift um ein sogenanntes Grundlagengeschäft.

geschäft. Da zum Schutz der Gläubiger die postalische Erreichbarkeit der GmbH gewährleistet sein muss, genüge die Anmeldung durch einen einzelvertretungsberechtigten Prokuristen nicht. Die GmbH hat gegen die Zwischenverfügung Beschwerde eingelegt und geltend gemacht, dass die Prokura die Befugnis zur Anmeldung der Geschäftsanschrift beim Registergericht umfasse.

Entscheidung

Die eingelegte Beschwerde ist vom OLG Karlsruhe zurückgewiesen worden. Die Anmeldung einer Änderung der Geschäftsanschrift der GmbH nach Ersteintragung, die grundsätzlich durch den Geschäftsführer vorzunehmen ist, könne danach zwar auch durch einen Bevollmächtigten erfolgen, allerdings nur insoweit, als die Vertretungsmacht derartige Handlungen



erfasst. Nach Ansicht des OLG umfasst die Prokura aber gerade *nicht die Vertretungsmacht zur Anmeldung der Änderung der Geschäftsanschrift beim Handelsregister*. Für die Frage, ob die Prokura zur vorliegenden Rechtshandlung ermächtigt, sei allein entscheidend, ob der materielle Vorgang eine Grundlagengeschäft darstelle, die sich auf die rechtlichen Grundlagen des Unternehmens beziehe. Die im Register geführte Geschäftsanschrift sei für die Gesellschaft von weitreichender organisatorischer Bedeutung, so dass ihre Anmeldung daher ein *Grundlagengeschäft* betreffe. Die Geschäftsanschrift habe keine derart untergeordnete Bedeutung, als dass ihre Anmeldung beim Handelsregister als ein von der Prokura umfasstes Geschäft des laufenden Betriebs eines Handelsgewerbes anzusehen wäre.

Fazit: Die Entscheidung des OLG Karlsruhe, die Änderung der Geschäftsanschrift einer GmbH als Grundlagengeschäft vom Umfang der Prokura auszunehmen, steht im Widerspruch zur herrschenden Meinung in der Literatur, die explizit lediglich die Sitzverlegung, nicht jedoch die Änderung der Geschäftsanschrift als Grundlagengeschäft im Sinne des Vertretungsrechts einstuft. Wünschenswert ist daher eine höchstrichterliche Entscheidung in dieser Sache, da dieser Fall äußerst praxisrelevant und überdies zuletzt vom KG Berlin (Beschl. v. 20.09.2013, Az.: 12 W 40/13) konträr beantwortet worden ist. Bis dahin ist die Anmeldung der Änderung der Geschäftsanschrift entweder durch die Geschäftsführer der GmbH in vertretungsberechtigter Zahl vorzunehmen oder es ist in Ergänzung zur Prokura an die Erteilung einer Vollmacht in öffentlich beglaubigter Form zur Vornahme von Handlungen und Erklärungen gegenüber dem Registergericht einschließlich der Änderung der Geschäftsanschrift zu denken. <<

Florian Armbruster
f.armbruster@melchers-law.com



MELCHERS LAW: MITTEILUNGEN

Fachanwaltszulassung von Rechtsanwalt Frederic Jürgens



Wir gratulieren Herrn Rechtsanwalt Jürgens zum Erwerb seines Fachanwalts für Bau- und Architektenrecht im September diesen Jahres. Damit setzt MELCHERS den

qualifizierten Ausbau des baurechtlichen Teams mit nunmehr drei Fachanwälten für

Bau- und Architektenrecht am Standort Heidelberg fort.

Herr Jürgens ist seit 2010 für MELCHERS als Rechtsanwalt im Bereich Baurecht tätig. Sein Beratungsspektrum umfasst das gesamte Bau- und Architektenrecht mit besonderem Schwerpunkt auf Immobilienrecht, Projektentwicklung, Vertragsgestaltung von Bauverträgen sowie internationalem Anlagen- und Tiefbau. Daneben ist Herr Jürgens deutschlandweit als Prozessvertreter zahlreicher Mandanten tätig. <<

MELCHERS LAW: GESELLSCHAFTSRECHT

Sittenwidrigkeit von Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen

Gesellschaftsverträge enthalten in der Praxis regelmäßig Klauseln, welche das freiwillige, aber auch das zwangsweise Ausscheiden von Gesellschaftern aus der Gesellschaft regeln. Hierzu gehören u.a. die Kündigung seitens eines Gesellschafter („freiwillig“) wie auch der Ausschluss bzw. die Einziehung von Anteilen eines Gesellschafter mittels Beschluss der übrigen Gesellschafter („zwangsweise“). Gründe für Letzteres können beispielsweise Insolvenz, Tod des Gesellschafter, Veräußerung von Anteilen ohne Zustimmung sowie grobe Pflichtverletzungen sein. Die praktische Folge derartiger Klauseln ist, dass der ausscheidende Gesellschafter die von ihm gehaltenen Anteile verliert. Fraglich ist sodann, ob er eine und wenn ja, welche Gegenleistung erhält. Der BGH hat sich in seinem Urteil vom 29.04.2014 (Az.: II ZR 216/13) mit diesen Fragen auseinandergesetzt.

Sachverhalt

In dem dieser BGH-Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt ging es um eine GmbH-Gesellschafterin, die durch Beschluss der Gesellschafterversammlung wegen Vorliegens wichtiger Gründe

aus der Gesellschaft ausgeschlossen wurde und deren Geschäftsanteile eingezogen worden sind. Unter Verweis auf den GmbH-Gesellschaftsvertrag („Satzung“) wurde beschlossen, dass die Gesellschafterin keine Abfindung erhält. Die entsprechenden Regelungen der Satzung sahen vor, dass die Einziehung der Anteile ohne Entgelt erfolge, wenn der Gesellschafter die Interessen der Gesellschaft *grob verletzt*. Hilfsweise für den Fall, dass gesetzlich ein Entgelt zwingend vorgeschrieben sei, wurde vorgesehen, dass dieses so niedrig wie möglich ausfallen sollte. Die Gesellschafterin focht den Beschluss mittels Anfechtungsklage an.

Entscheidung

Der BGH hat – ebenso wie die Vorinstanzen – entschieden, dass der Beschluss der Gesellschafterversammlung, wonach die Gesellschafterin keine Abfindung erhält, *wegen Sittenwidrigkeit* gemäß § 241 Nr. 4 AktG *nichtig* ist. Somit galt im vorliegenden Fall die gesetzliche Regelung, wonach auch der zwangsweise ausscheidende GmbH-Gesellschafter den vollen wirtschaftlichen Wert (Verkehrswert) seiner Anteile als sofort fällige Abfindung von der GmbH erhält. Der BGH begründet die *Unzulässigkeit eines vollständigen Abfindungsausschlusses* damit, dass der betroffene Gesellschafter regelmäßig durch seinen Kapitaleinsatz und ggf. seine Mitarbeit zu dem im jeweiligen GmbH-Anteil verkörperten Vermögen beigetragen habe. Ein vollständiger Abfindungsausschluss könne daher für den Gesellschafter existenzgefährdend

sein und seine wirtschaftliche Freiheit beeinträchtigen. Die Unangemessenheit dieser Rechtsfolge sei darüber hinaus, dass dem Gesellschafter u.U. aufgrund eines einzigen Fehlverhaltens der gesamte Wert seiner Mitarbeit und seines Kapitaleinsatzes entschädigungslos entzogen würde.

Fazit: Der gegen die Gesellschaft bestehende Abfindungsanspruch, der zu den Grundmitgliedsrechten eines Gesellschafter gehört, kann gemäß BGH nur in Ausnahmefällen und bei Vorliegen eines sachlichen Grundes vollständig ausgeschlossen werden. Die Rechtsprechung hat einen solchen Ausschluss bislang nur in drei Fallgestaltungen für wirksam erachtet: (1) ideeller Gesellschaftszweck ohne Vermögensmehrungsabsicht (z.B. gemeinnützige GmbH), (2) Abfindungsausschluss zu Lasten von Erben und (3) befristete Management- oder Mitarbeiterbeteiligungen ohne Kapitaleinsatz. Eine (grobe) Verletzung von Gesellschaftsinteressen und/oder Gesellschafterpflichten stellt keinen sachlichen Grund dar, so dass die Gesellschaft im Fall der zwangsweisen Einziehung zur Zahlung einer Abfindung an den Gesellschafter in Höhe des Verkehrswertes der eingezogenen Anteile verpflichtet ist. Lediglich im Hinblick auf Höhe bzw. Berechnungsmethode, Fälligkeit und Zahlungsmodalitäten können individuelle Regelungen in der Satzung vereinbart werden. Da aber auch derartige Klauseln der gerichtlichen (Wirksamkeits-)Kontrolle unterliegen, sollte bei der Gestaltung unbedingt sachkundiger Rat eingeholt werden. <<

Patrick Senger
p.senger@melchers-law.com



MELCHERS LAW: VERGABERECHT

Inhouse-Vergabe nach den neuen Vergaberichtlinien

Die sog. Inhouse-Vergabe ist ein Anwendungsfall der nun erstmals auf europäischer Ebene erlassenen Regelungen zur vergaberechtlichen Behandlung der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit. Mit den am 17.04.2014 in Kraft getretenen neuen Vergaberichtlinien hat sich der EU-Gesetzgeber diesbezüglich zwar weitgehend an der bisherigen Rechtsprechung des EuGH orientiert. Dennoch verdienen die neuen Bestimmungen eine genauere Betrachtung, da diese nicht nur die EuGH-Rechtsprechung präzisieren, sondern auch abweichende Regelungen vorsehen.

Die einschlägigen Richtlinienbestimmungen, welche bis zum 18.04.2016 in nationales Recht umzusetzen sind, finden sich in Art. 12 Vergaberichtlinie (RL 2014/24/EU vom 26.02.2014, ABl. 2014 L 94, 65 ff.), Art. 17 Konzessionsvergaberichtlinie (RL 2014/23/EU vom 26.02.2014, ABl. 2014 L 94, 1 ff.) und Art. 28 Sektorenvergaberichtlinie (RL 2014/25/EU vom 26.02.2014, ABl. 2014 L 94, 243 ff.).



Begriff der Inhouse-Vergabe

Zieht die öffentliche Hand bei der Beschaffung von Gütern oder Dienstleistungen mit einem Auftragswert in Höhe oder oberhalb des jeweiligen Schwellenwerts gemäß § 2 VgV eigene Dienststellen oder Einrichtungen heran und ent-

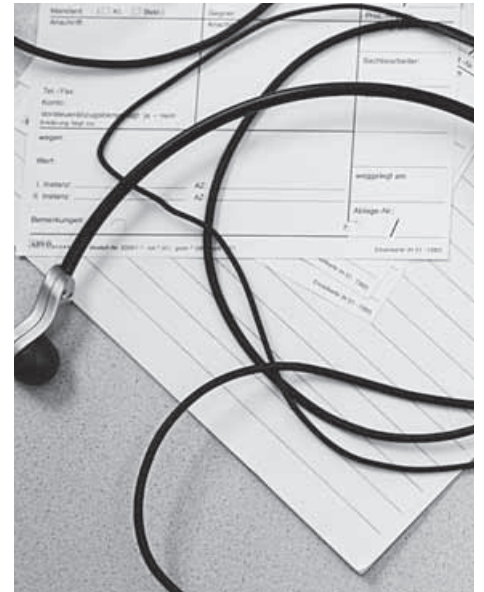
steht damit eine Leistungsbeziehung zwischen (mindestens) zwei Rechtssubjekten, spricht man von einer Inhouse-Vergabe. Unter bestimmten Voraussetzungen sind öffentliche Auftraggeber von der Geltung des Vergaberechts in dieser Rechtsbeziehung befreit, diese Aufträge sind sodann nicht europaweit auszuschreiben. Da sich die EU-Kommission hierzu bisher lediglich in Mitteilungen und Arbeitsdokumenten geäußert hatte, hat der EuGH verschiedene Kriterien für die Vergaberechtsfreiheit von Inhouse-Vergaben herausgearbeitet. Mit den neuen Vergaberichtlinien wurden nun entsprechende EU-Bestimmungen zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit erlassen.

Freistellung vom Vergaberecht bei Inhouse-Vergaben

Wie bisher setzt Vergabefreiheit die Erfüllung des Kontroll- und des Wesentlichkeitskriteriums voraus. Das **Kontrollkriterium** ist erfüllt, wenn der öffentliche Auftraggeber über das mit der Leistungserbringung betraute Unternehmen eine „*ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen*“. Dies wird bejaht, wenn er ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person hat. Hierbei kann die Kontrolle auch durch ein anderes Rechtssubjekt ausgeübt werden, sofern dieses wiederum vom öffentlichen Auftraggeber wie beschrieben kontrolliert wird.

Ist ein **privater Dritter direkt am Kapital** des Auftragnehmers **beteiligt**, steht diese Beteiligung bisher der Freistellung vom Vergaberecht grundsätzlich entgegen. Nach der neuen Richtlinienregelung soll die Beteiligung jedoch unschädlich sein, wenn – kumulativ – es sich um nicht beherrschende Formen der privaten Kapitalbeteiligung oder eine solche ohne Sperrminorität handelt, das nationale Recht die Kapitalbeteiligung EU-rechtskonform vorschreibt und diese keinen maßgeblichen Einfluss auf das kontrollierte Rechtssubjekt vermittelt.

Das zudem erforderliche **Wesentlichkeitskriterium** ist erfüllt, wenn die mit der Leistungserbringung betraute Einrichtung „im Wesentlichen“ für den öffentlichen Auftraggeber tätig wird. Die Richtlinien sehen nun erstmalig eine quantitative Abgrenzung vor. Danach müssen **mehr als 80%** der Tätigkeiten der Einrichtung der Ausführung von Aufgaben dienen, die ihnen vom öffentlichen Auf-



traggeber persönlich oder von einem Rechtssubjekt übertragen wurden, das seinerseits vom öffentlichen Auftraggeber kontrolliert wird. Der Prozentsatz soll anhand des **durchschnittlichen Gesamtumsatzes** errechnet werden. Alternativ kann ein anderer tätigkeitsgestützter Wert herangezogen werden oder – falls derartige Daten für die letzten drei Jahre wie beispielsweise im Falle der Neugründung nicht vorliegen – eine durch Prognosen über die Geschäftsentwicklung gestützte Glaubhaftmachung vorgenommen werden.

Neu geregelt werden zudem die bislang umstrittenen Voraussetzungen an die Vergabefreiheit der Beauftragung von Mutter- bzw. Schwestergesellschaften (bottom up-Vergabe bzw. horizontales Inhouse-Geschäft) sowie die Vergabe an ein gemeinsam kontrolliertes Unternehmen.

Fazit: Die Neuregelung bedeutet eine geringfügige Lockerung des Kontrollkriteriums, das in Deutschland derzeit beispielsweise bei landesrechtlich vorgeschriebenen Privatbeteiligungen an Wasserwirtschaftsverbänden in Betracht käme. Von der im Rahmen des Wesentlichkeitskriteriums zu etablierenden 80%-Grenze ist ein deutlicher Zuwachs an Rechtssicherheit zu erwarten. Aus dem gleichen Grunde sind auch die Regelungen zur Beauftragung von Mutter- und Schwestergesellschaften sowie von gemeinsam kontrollierten Unternehmen zu begrüßen. Allerdings werden die neuen Richtlinien nicht für alle Bereiche der öffentlichen Auftragsvergabe gelten, da insbesondere die bisherigen Sonderregelungen im Bereich der Verteidigung und Sicherheit sowie im Bereich des Personenverkehrs auf Schiene und Straße von den Neuregelungen unberührt bleiben. <<

MELCHERS LAW: VERTRAGSRECHT

Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr

Am 29.07.2014 ist das sogenannte Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug in Kraft getreten (Bundesgesetzblatt, Teil I, Seite 1218). Es dient unter anderem der Umsetzung der neu gefassten EU-Zahlungsverzugsrichtlinie (RL 2011/7/EU). Das Gesetz sieht insbesondere *Einschränkungen der Vertragsfreiheit* vor, um *vertragliche Zahlungsfristen zu beschränken*.

Individualvereinbarungen

Nach § 271a Abs. 1 BGB sind vertraglich vereinbarte Zahlungsziele von mehr als 60 Tagen nur wirksam, wenn sie ausdrücklich getroffen und im Hinblick auf die Belange des Gläubigers nicht grob unbillig sind. Das gilt selbst für Individualabreden, die auf Augenhöhe der Parteien frei verhandelt worden sind. Die Beweislast, dass das Zahlungsziel ausnahmsweise nicht grob unbillig sei, trifft den Schuldner.

AGB-Klauseln

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ist der Maßstab noch strenger. Schon bisher galt, dass sich der AGB-Verwender keine unangemessen lange Frist für die

Erfüllung von Entgeltforderungen vorbehalten dürfe. Nun heißt es in § 308 Nr. 1a Halbsatz 2 BGB sogar, dass eine Zahlungsfrist von 30 Tagen ab Empfang der Gegenleistung und Rechnungszugang „im Zweifel“ unangemessen sei. Auch hier trifft die Beweislast den Schuldner, der sich auf die ausnahmsweise Angemessenheit eines längeren Zahlungszieles beruft.

Rechtsfolgen

Vertragsregelungen, welche sich nicht an die genannten Maßstäbe halten, sind unwirksam. Die Wirksamkeit der übrigen Vertragsregelungen bleibt hiervon jedoch unberührt (§§ 271a Abs. 4, 306 Abs. 2 BGB).

Die Zahlungsforderungen sind dann nach der gesetzlichen Regelung des § 271 BGB *sofort fällig*. Nach § 286 Abs. 3 BGB gerät der Schuldner spätestens 30 Tage nach Fälligkeit und Rechnungszugang in *Verzug*. Der Verzugszinssatz für Entgeltforderungen im Unternehmensverkehr wurde auf *9 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz* angehoben.

Fazit: Die Rechtsposition von Zahlungsgläubigern wird durch die Neuregelungen aufgewertet. Ob sie diese gegenüber Kunden auch tatsächlich durchsetzen können, steht auf einem anderen Blatt und hängt maßgeblich von deren Marktmacht ab. Wer selbst auf lange Zahlungsziele angewiesen ist, bedarf guter Gründe, wenn er sich längere Zahlungsziele als 30 oder 60 Tage vorbehalten möchte. <<

Dr. Andreas Masuch
a.masuch@melchers-law.com

MELCHERS LAW: PERSÖNLICH

Sebastian Petrack

MELCHERS Frankfurt

Herr Petrack ist seit dem 1. Juli 2014 als Rechtsanwalt bei MELCHERS tätig.



Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt in der wirtschaftsrechtlichen Beratung national und international tätiger Unternehmen, insbesondere in den Bereichen des Handels- und Gesellschaftsrechts sowie im gewerblichen Rechtsschutz.

Herr Petrack über sich:

Ein guter Arbeitstag beginnt ...
... in großer Entspannung und mit freiem Kopf.

Am Beruf des international tätigen Rechtsanwalts reizt mich ...
... umfangreiche und vielschichtige Sachverhalte auf fachlich hohem Niveau zu bearbeiten und dabei die beste Lösung für den Mandanten zu finden.

Wer es in meinem Job zu etwas bringen will ...
... benötigt Talent, Mut, Überzeugungskraft, Ausdauer und Freude.

Erfolge feiere ich ...
... mit einem Lächeln.

Es bringt mich auf die Palme ...
... wenn ich keinen Weg von der Palme herunter finde.

Zur Zeit beschäftigt mich ...
... mein neues Videospiele und die Suche nach einem passenden Geburtstagsgeschenk für meine Mutter. <<



MELCHERS LAW: VERANSTALTUNGEN**» Jahrestagung Gesellschaftsrecht 2014**

Ebenso aktuelle wie hoch interessante Themen erwarten Sie auf unserer diesjährigen Jahrestagung Gesellschaftsrecht:

- » Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zur Erbschaftsteuer;
- » Nießbrauch an Gesellschaftsbeteiligungen als Gestaltungsmittel bei vorweggenommenen Erbfolgen;
- » Entlastung von Organmitgliedern und ihre Folgen;
- » Insichgeschäfte und Mehrfachvertretung;
- » Güterstandsklauseln in Gesellschaftsverträgen.

Entgegen dem Vorurteil, Jura sei trocken, endet die Veranstaltung mit einem Bericht von Herrn Thomas Seeger vom Weingut Seeger Leimen/Heidelberg zur Weinlese 2014. Bei herzhaften Snacks können dabei auch Weine des Weinguts Seeger genossen werden.

Lassen Sie sich dieses Highlight nicht entgehen! Über Ihre Teilnahme freuen wir uns sehr.

Termin: Freitag, 21.11.2014, 14.00 Uhr

Ort: Heidelberg

Veranstalter: MELCHERS Seminare GmbH

Info: www.melchers-seminare.com

**MELCHERS LAW: AUTOREN DIESER AUSGABE**

Nähere Informationen zu den Autoren finden Sie im Internet unter www.melchers-law.com.

**ALPER ARDALI**

ist als langjährig tätiger Anwalt praxiserfahren vor allem in der Beratung im individuellen und kollektiven Arbeitsrecht mit internationalem Bezug und in der Vertragsgestaltung von Arbeits- und Geschäftsführerdienstverträgen. Daneben berät er in angrenzenden Bereichen, wie etwa dem Gesellschafts- und Handelsrecht.

**FLORIAN ARMBRUSTER**

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

**DOMINIK GALLINI**

ist als Fachanwalt für Arbeitsrecht im individuellen und kollektiven Arbeitsrecht einschließlich des Rechts der betrieblichen Altersversorgung tätig. Daneben berät er im Handels- und allgemeinen Vertragsrecht.

**DR. ANDREAS MASUCH**

ist Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht. Seit vielen Jahren berät er in- und ausländische Unternehmen im Gesellschafts-, Handels- und Bankrecht. Er ist ausgewiesen durch zahlreiche Publikationen und lehrt an der Universität Heidelberg.

**DR. ILONA RENKE**

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

**PATRICK SENGER**

berät nationale und internationale Mandanten schwerpunktmäßig auf den Gebieten des Handels- und Gesellschaftsrechts. Zu seinen weiteren Tätigkeitsschwerpunkten gehört das internationale Privatrecht.

MELCHERS LAW: IMPRESSUM**HERAUSGEBER**

Melchers Rechtsanwälte
Partnerschaftsgesellschaft

CHEFREDAKTION

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

KONZEPTION UND GESTALTUNG

www.fischerziegler.com

ERSCHEINUNGSWEISE

6 Ausgaben pro Jahr

NACHBESTELLUNGEN

newsletter@melchers-law.com

STANDORTE UND KONTAKT**HEIDELBERG**

Im Breitspiel 21
69126 Heidelberg, Deutschland
T +49-(0)6221-18 50-0
F +49-(0)6221-18 50-100
E heidelberg@melchers-law.com

BERLIN

Katharinenstraße 8
10711 Berlin, Deutschland
T +49-(0)30-3101399-0
F +49-(0)30-3101399-10
E 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

www.melchers-law.com