



SEPTEMBER 2011

## *recht*AKTUELL

- 2 SMART GRIDS UND SMART METERING – DIE ENTWICKLUNG INTELLIGENTER STROMNETZE UND INTELLIGENTER MESSSYSTEME
- 6 EUGH STÄRKT KLAGERECHTE VON UMWELTSCHUTZVEREINIGUNGEN
- 8 DAS ENDE DER BINDUNG DER ERDGASPREISE AN DEN ÖLPREIS?
- 12 VERFOLGUNG VON SCHADENSERSATZANSPRÜCHEN DURCH KARTELLGESCHÄDIGTE
- 14 GLÄUBIGERRECHTE IN DER INSOLVENZ – AKTUELLE RECHTSPRECHUNG ZUR AUSSONDERUNG UND ABSONDERUNG
- 16 DER STETIGKEITSGRUNDSATZ IM NEUEN DEUTSCHEN BILANZRECHT
- 18 FALLSTRICKE IM GEMEINSCHAFTSMARKENRECHT
- 20 EINFÜHRUNG DER .XXX-DOMAINS – MARKENSCHUTZ NOCH MÖGLICH
- 22 BELEHRUNG DES ARBEITNEHMERS BEIM BEM ÜBER VERWENDETE DATEN
- 24 ANPASSUNG DES WPFLG AN DEN „FREIWILLIGEN WEHRDIENST“ – NEUER BUNDESFREIWILLIGENDIENST KEIN ARBEITSVERHÄLTNIS
- 26 BESCHRÄNKUNG DES URLAUBSABGELTUNGSANSPRUCHS AUF 18 MONATE?
- 28 NEUES ZUR URLAUBSANRECHNUNG BEI FREISTELLUNG WÄHREND DER KÜNDIGUNGSFRIST
- 30 BEFÖRDERUNG VON ARBEITNEHMERN ZU GESCHÄFTSFÜHRERN – WARUM DER ABSCHLUSS EINES SCHRIFTLICHEN GESCHÄFTSFÜHRERANSTELLUNGSVERTRAGES NOTWENDIG IST
- 32 DREI JAHRE SIND GENUG – BAG BEGRENZT REICHWEITE DES VORBESCHÄFTIGUNGSVERBOTS BEI SACHGRUNDLOSER BEFRISTUNG
- 34 IN EIGENER SACHE

## SMART GRIDS UND SMART METERING – DIE ENTWICKLUNG INTELLIGENTER STROMNETZE UND INTELLIGENTER MESSSYSTEME



Sowohl auf Ebene der EU, als auch in Deutschland wird politisch die Entwicklung und Etablierung intelligenter Stromnetze, sog. Smart Grids angestrebt. Als „Smart Grids“ werden Stromnetze bezeichnet, die mit Hilfe von Informations- und Kommunikationstechnik das Netzmanagement, Stromerzeuger, Versorger und Verbraucher vernetzen. „Intelligente Netze können die direkte Interaktion und Kommunikation zwischen Verbrauchern, Haushalten oder Unternehmen, anderen Netznutzern und Energieversorgern steuern“ (Mitteilung der Europäischen Kommission vom 12.04.2011, KOM [2011] 202 endg.). Als Basis dieser Smart Grids binden intelligente Messsysteme die Stromzähler in ein Kommunikationssystem ein und ermöglichen beispielsweise dem Verbraucher die direkte Kontrolle seines momentanen Energieverbrauchs oder Stromtarife in Abhängigkeit vom Zeitpunkt der Stromentnahme.

### UMSTRUKTURIERUNG DER ENERGIEBRANCHE

Die Energiebranche steht vor einer Umstrukturierung. Der Ausstieg aus der Kernenergieerzeugung bis 2022 ist beschlossen, der Ausbau erneuerbarer Energien wird stärker fokussiert. Um dies zu realisieren, ist ein Umbau der Energieversorgung notwendig. Die Stromnetze in Deutschland müssen ausgebaut werden, das Netzmanagement muss optimiert werden: Die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien findet an anderen Standorten statt, als die Erzeugung von Strom in konventionellen Kraftwerken.

Zudem ist die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien kaum steuerbar, sondern beispielsweise abhängig von der jeweiligen Wetterlage (Windgeschwindigkeit). Ein wichtiger Baustein für die Gewährleistung einer sicheren und effizienten Energieversorgung auch in der Zukunft ist die Entwicklung intelligenter Stromnetze (Smart Grids).

Intelligente Stromnetze ermöglichen die optimale Systemintegration der fluktuierenden Energieerzeugung aus erneuerbaren Energien, eine optimale Netzauslastung und die Ausnutzung von Energieeffizienzpotentialen beim Verbraucher (vgl. den Überblick über das Energiepaket der Bundesregierung, Nr. 37, [www.bmwi.de/BMWi/Navigation/energie,did=405004.html](http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/energie,did=405004.html)).

### ENERGIESEKTOR: GESETZLICHE PFLICHT ZUM EINBAU INTELLIGENTER MESSSYSTEME

Im Rahmen des dritten Energiebinnenmarktpaketes der Europäischen Union aus dem Jahr 2009 sind die Mitgliedstaaten verpflichtet worden, die Einführung intelligenter Messsysteme (ein Bestandteil intelligenter Stromnetze) zu gewährleisten, durch die eine aktive Beteiligung der Verbraucher am Stromversorgungsmarkt unterstützt wird (Anhang I (2) zur Richtlinie 2009/72/EG vom 13.07.2009). Vorbehaltlich einer Analyse der Marktbedingungen wird angestrebt, bis zum Jahr 2020 80 % der Verbraucher mit intelligenten Messsystemen auszustatten.

Der Entwurf des neuen nationalen Energiewirtschaftsgesetzes sieht dementsprechend verpflichtend den Einbau intelligenter Messsysteme vor in Gebäuden, die neu an das Energieversorgungsnetz angeschlossen oder einer größeren Renovierung unterzogen werden, bei Kunden mit einem Jahresverbrauch von mehr als 6.000 kWh sowie bei größeren Anlagen zur Energieerzeugung aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung, soweit dies technisch möglich ist (§ 21c Abs. 1 Buchstabe a bis c EnWG-Entwurf). In allen übrigen Gebäuden sind intelligente Messsysteme einzubau-

en, soweit dies nicht nur technisch möglich, sondern zudem auch wirtschaftlich vertretbar ist (§ 21c Abs. 1 Buchstabe d EnWG-Entwurf).

Die neuen intelligenten Messsysteme sind in ein Kommunikationsnetz eingebunden und spiegeln den tatsächlichen Energieverbrauch sowie die tatsächliche Nutzungszeit wider (§ 21d Abs. 1 EnWG-Entwurf). Durch die Einbindung in ein Kommunikationsnetz wird eine Interaktion der Messsysteme mit dem Stromnetz erreicht (Begründung zum EnWG-Entwurf, BT-Drs. 17/6072 vom 06.06.2011, S. 149). Der Einbau intelligenter Zähler soll die Basis für intelligente Netze schaffen (Begründung zum EnWG-Entwurf, BT-Drs. 17/6072 vom 06.06.2011, S. 145). Den Verbrauchern ermöglicht dies einen verbesserten Zugang zu Verbrauchsinformationen und auf diese Weise eine Senkung des Energieverbrauchs, verbunden mit Kosteneinsparungen. Netzbetreiber können durch intelligente Stromnetze flexibler und zielgerichteter auf die Nachfrage reagieren; beispielsweise durch die Ermöglichung der Fernablese von Stromzählern können Kosten eingespart werden. Versorger können neue, innovative Angebote in ihr Portfolio aufnehmen wie z.B. zeitabhängige Energiepreise (höhere Preise im Zeitpunkt von Abnahmespitzen oder günstige Preise, wenn eine große Menge Strom aus erneuerbaren Energie verfügbar ist).





### TELEKOMMUNIKATIONSSEKTOR: GEWÄHRLEISTUNG DES DATENSCHUTZES

Je nach Ausgestaltung der Funktionsweise intelligenter Messsysteme und intelligenter Stromnetze erfolgt der Datenaustausch, die IT-basierte Kommunikation, durch Telekommunikationsdienste. Telekommunikationsdienste i.S.d. § 3 Nr. 24 TKG sind Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen. Sie unterliegen der sektorspezifischen Regulierung nach den Vorgaben des TKG. Insbesondere enthalten die §§ 91 ff. TKG spezielle datenschutzrechtliche Vorgaben.

Die Gewährleistung des Datenschutzes ist mit dem Einbau intelligenter Messsysteme unmittelbar verknüpft (siehe zu der entsprechenden Verpflichtung § 21e EnWG-Entwurf). Die Messsysteme müssen so ausgestaltet sein, dass Datenschutz und Datensicherheit gewährleistet werden, insbesondere die Vertraulichkeit und Integrität der Daten sowie die Feststellbarkeit der Identität der übermittelnden Stelle (§ 21e Abs. 3 EnWG-Entwurf).

Energie- und telekommunikationsrechtliche Regulierung treffen auf diese Weise aufeinander: § 21e EnWG-Entwurf verpflichtet zur Gewährleistung des Datenschutzes und der Datensicherheit; die Regelung von Einzelheiten ist einer – noch nicht vorliegenden – Rechtsverordnung vorbehalten.

Daneben enthalten die §§ 91 ff. TKG spezifische Vorgaben, die mit den im Energiesektor noch zu schaffenden detaillierten Vorgaben abzustimmen sind. Schließlich enthält das im Bundesdatenschutzgesetz normierte allgemeine Datenschutzrecht weitere Vorgaben. Im Rahmen des durch das BMWi initiierte Förderprogramm E-Energy ([www.e-energy.de](http://www.e-energy.de)) sind Empfehlungen für die Ausgestaltung des Datenschutzes im intelligenten Stromnetz der Zukunft erarbeitet worden.

### NORMUNG UND STANDARDISIERUNG

Eine netzübergreifende Einbindung der Messsysteme und Stromnetze in eine Kommunikationsstruktur erfordert darüber hinaus eine Interoperabilität der Systeme (vgl. bereits Anhang I (2) zur Richtlinie 2009/72/EG vom 13.07.2009). Erreicht werden kann dies durch Normungsvorgaben: Im Rahmen des durch das BMWi initiierte Förderprogramm E-Energy ist eine „Normungsroadmap“ zu E-Energy und Smart Grid entwickelt worden.

Derartige Normungsvorgaben können allerdings gegen das nationale und unionsrechtliche Kartellrecht verstoßen. Eine – grundsätzliche verbotene – Wettbewerbsbeschränkung liegt jedoch dann nicht vor, wenn für alle Marktteilnehmer die Möglichkeit der uneingeschränkten Mitwirkung am Normungsprozess gegeben ist, das Normungsverfahren transparent gestaltet ist, keine Verpflichtung zur Einhaltung der Norm besteht und Dritte zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen Zugang zu der Norm ha-

ben (Europäische Kommission, Horizontalleitlinien, ABl.EU C 11/1 v. 14.01.2011, Rn. 280). Werden diese Kriterien erfüllt, droht keine Rechtswidrigkeit der Normung.

## KÜNFTIGE ENTWICKLUNG

Die Entwicklung intelligenter Stromnetze und intelligenter Messsysteme steht am Anfang. Sie eröffnet für alle Marktbeteiligten – Unternehmen des Telekommunikations- und Energiesektors,

Verbrauchern und Regulierern – Chancen, die bestmöglich genutzt werden sollten: Neue Geschäftsmodelle werden möglich, die Marktteilnehmer können flexibler agieren.

Die Nutzung dieser Chancen sollte durch eine adäquate Regulierung flankiert werden, die Anreize für die Etablierung der notwendigen Kommunikationssysteme setzt und zugleich hinreichende Handlungsspielräume belässt.



Für Fragen zum Thema „Smart Grids und Smart Metering“ oder sonstigen Bereichen des Energierichts stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Raimund Schütz  
Telefon: +49 (0) 221 65065-240  
raimund.schuetz@loschelder.de

Dr. Kristina Schreiber  
Telefon: +49 (0) 221 65065-240  
kristina.schreiber@loschelder.de



## EUGH STÄRKT KLAGERECHTE VON UMWELTSCHUTZ-VEREINIGUNGEN

Die Möglichkeiten von Umweltschutzvereinigungen, gerichtlich gegen gewerbliche und industrielle Vorhaben vorzugehen, waren bislang begrenzt. Die Umweltschutzvereinigung musste sich darauf berufen, dass das Vorhaben Vorschriften verletzt, die den Schutz individueller Rechtspositionen bezwecken und nicht nur im Allgemeininteresse liegen. Diese Schranken hat der EuGH in seinem Urteil vom 12. Mai 2011 (Rechtssache C-115/09) aufgehoben und damit die Klagerechte von Umweltschutzvereinigungen erheblich erweitert. Gewerbliche und industrielle Unternehmen werden dadurch angreifbarer und es ist mit einer Zunahme gerichtlicher Verfahren zu rechnen.



Wollen sich Umweltschutzvereinigungen gegen gewerbliche Vorhaben wehren, konnten sie bislang lediglich die Verletzung solcher rechtlichen Bestimmungen geltend machen, die dem Schutz individueller Interessen dienen und nicht nur dem Allgemeininteresse. So dienen die Einleitungsgrenzwerte des Wasserrechts in der Regel nur Allgemeininteressen, ebenso wie z.B. naturschutzrechtliche Vorgaben oder die Vorsorgeanforderungen aus dem Immissionsschutzrecht.

Dem Schutz von Individualinteressen Dritter dienen dagegen z.B. die Immissionsgrenzwerte aus der TA Luft oder der 13. oder 17. BImSchV, da diese gerade deswegen erlassen wurden, um z.B. die Gesundheit der Nachbarn bei bestimmten Vorhaben zu schützen. Der EuGH hat diese Beschränkungen der Klagemöglichkeiten nun in weiten Teilen aufgehoben:

### DER SACHVERHALT

Im nordrhein-westfälischen Lünen wird derzeit von der Trianel Kohlekraftwerk Lünen GmbH & Co. KG ein Kohlekraftwerk errichtet. In der Nähe befinden sich mehrere FFH-Gebiete, also Gebiete die den besonderen naturschutzrechtlichen Vorgaben der Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie unterliegen. Der BUND NRW klagte gegen die nach BImSchG erteilte Genehmigung. Das OVG Münster stellte fest, dass die Umweltverträglichkeit des Vorhabens in Bezug auf die Schutzgebiete nicht ausreichend nachgewiesen sei.

Nach bislang geltendem deutschen Recht konnte dieser Umstand jedoch von Naturschutzorganisationen nicht vor Gericht geltend gemacht werden, weil die naturschutzrechtlichen Anforderungen nur die Allgemeinheit und nicht die Rechte Einzelner schützen (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UmwRG – Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz). Trotz der festgestellten Rechtsverletzung dürfte die Genehmigung nicht aufgehoben werden und die Klage hätte abgewiesen werden müssen.

## DIE ENTSCHEIDUNG DES EUGH

Das OVG Münster hatte indessen Zweifel, ob diese Einschränkungen den Vorgaben des Europäischen Rechts entsprechen, insbesondere der UVP-Richtlinie (Richtlinie über Umweltverträglichkeitsprüfungen), die Umweltschutzorganisationen mit weit reichenden Klagerechten ausstatten, und legte dem EuGH bestimmte Fragen zur Entscheidung vor. Der EuGH teilte die Zweifel des OVG Münster und hat nun entschieden, dass diese Begrenzung der Klagerechte nicht mit europarechtlichen Vorgaben vereinbar sei. Umweltschutzvereinigungen müssen vor Gericht auch die Verletzung solcher Vorschriften geltend machen können, die nur dem Allgemeininteresse dienen, sofern sie aus Unionsrecht hervorgegangen sind. Nur dies sei mit der von Unionsrecht bezweckten starken Stellung von Umweltschutzvereinigungen vereinbar.

## DIE FOLGEN

Der EuGH stärkt damit die Klagerechte von Umweltschutzvereinigungen. Das deutsche Verwaltungsprozessrecht wird weiter europarechtlich überformt. Dies gilt jedenfalls für die Genehmigungsverfahren, die unter das deutsche UVPG fallen und für die eine Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich ist – ggf. nach einer standortbezogenen oder allgemeinen Vorprüfung des Einzelfalls. Die Entscheidung ist insbesondere von erheblicher praktischer Bedeutung, weil im Umweltschutzrecht der überwiegende Teil der Rechtsvorschriften aus Unionsrecht hervorgegangen ist und sich die rein deutschen Vorgaben nur schwer rechtssicher bestimmen lassen.



## UNSER RAT

In der Praxis ist im Genehmigungsverfahren noch größerer Wert auf die Einhaltung umweltschutzrechtlicher Vorgaben zu legen. Dies gilt insbesondere für die Durchführung der Umweltverträglichkeitsprüfungen und die naturschutzrechtlichen Untersuchungen. Diese sind gerade deswegen anspruchsvoll, weil die Wirkzusammenhänge zwischen Vorhaben und schutzbedürftiger Umgebung nur selten anhand konkreter Grenzwerte beurteilt werden können, sondern auf Prognosen zurückgegriffen werden muss.

Wenn sich das Vorhaben noch in der Planungsphase befindet, wäre zu überlegen, den Standort so zu wählen, dass sich möglichst keine Naturschutzgebiete in der näheren Umgebung befinden. Ferner sollte mit der Genehmigungsbehörde bereits im Genehmigungsverfahren geklärt werden, die Genehmigung mit Sofortvollzug auszustatten, sollte sie von Dritten angegriffen werden, damit Klagen Dritter keine aufschiebende Wirkung haben und mit der Realisierung des Vorhabens begonnen werden kann. In bereits abgeschlossenen und gerichtlich angegriffenen Verfahren sollten die Umweltverträglichkeitsprüfungen sowie die naturschutzrechtlichen Prüfungen auf ihre Belastbarkeit untersucht und ggf. nachgeholt werden.

Für Fragen zum Thema „Klagen von Umweltschutzvereinigungen“ oder zu anderen Bereichen des Umweltrechts steht Ihnen gerne zur Verfügung:



Dr. Cedric Meyer  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-240  
cedric.meyer@loschelder.de

# DAS ENDE DER BINDUNG DER ERDGASPREISE AN DEN ÖLPREIS? – RECHTSWIRKSAME GESTALTUNG VON PREISANPASSUNGSKLAUSELN IN ERDGASLIEFERVERTRÄGEN UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DER NEUEN BGH-RECHTSPRECHUNG



Verträge über die Lieferung von Erdgas werden oftmals langfristig abgeschlossen. Um über die gesamte Vertragsdauer ein angemessenes Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zu gewährleisten, werden daher zumeist Preisanpassungsklauseln vereinbart, also Vertragsbestimmungen, aufgrund derer sich der für den Erdgasbezug zu zahlende Preis automatisch an sich im Zeitablauf verändernde Marktbedingungen anpasst. In regelmäßigen Abständen wird der Erdgaspreis durch derartige Preisanpassungsklauseln entsprechend der Entwicklung ausgewählter Preisindizes, beispielsweise der Preisentwicklung anderer Produkte, geändert. In der Vergangenheit wurde der Erdgaspreis zumeist auf sämtlichen Wertschöpfungsstufen – also vom Import bis hin zur Belieferung der Letztverbraucher – an die Entwicklung des Preises für Heizöl gekoppelt.

Die neuere Rechtsprechung des BGH lässt an der Rechtswirksamkeit der Vereinbarung solcher Ölpreisbindungsklauseln zweifeln und macht die Entwicklung neuer Preisleitklauseln für die rechtswirksame Gestaltung von Erdgaslieferverträgen erforderlich. Ist eine Preisanpassungsklausel unwirksam, so hat der Lieferant grundsätzlich keinen Anspruch auf eine Anpassung des ursprünglich vereinbarten Erdgaspreises und der Kunde korrespondierend einen Anspruch auf Rückzahlung der Beträge, um die der ursprünglich vereinbarte Erdgaspreis aufgrund der unwirksamen Preisanpassungsklausel erhöht wurde und die der Kunde daher rechtsgrundlos geleistet hat.

## KEINE ERWIRTSCHAFTUNG ZUSÄTZLICHER GEWINNE

Werden Preisanpassungsklauseln als Allgemeine Geschäftsbedingungen – also Vertragsregeln, die der Lieferant für eine Vielzahl von Fällen verwendet und nicht ernsthaft zur Disposition des Kunden stellt – vereinbart, dürfen sie die Kunden nicht unangemessen benachteiligen. Von einer solchen unangemessenen Benachteiligung geht der BGH regelmäßig dann aus, wenn Preisanpassungsklauseln dem Lieferanten die Möglichkeit eröffnen, „über die Abwälzung konkreter Kostensteigerungen hinaus den zunächst vereinbarten Preis ohne jede Begrenzung anzuheben und so nicht nur eine Gewinnschmälerung zu vermeiden, sondern einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen“ (BGH, Urteil vom 24.03.2010, Az. VIII ZR 178/o8, Rn. 35).

Für eine unangemessene Benachteiligung der Kunden spricht dabei insbesondere, wenn die Preisanpassungsklausel keine Berücksichtigung einer etwaigen Absenkung der Kosten des Lieferanten, die bei diesem für die Belieferung der Kunden anfallen, vorsieht (vgl. BGH, Urteile vom 24.03.2010, Az. VIII ZR 178/o8, Rn. 38 ff.; vgl. auch Az. VIII ZR 304/o8, Rn. 44).





### ÖLPREISBINDUNG UNANGEMESSEN?

Vor dem Hintergrund dieser Grundsätze hat der BGH in mehreren Entscheidungen in den Jahren 2010 und 2011 die Rechtswirksamkeit der seit Jahrzehnten praktizierten Bindung des Erdgaspreises an die Entwicklung des Ölpreises in Zweifel gezogen.

Auch die Rechtsprechung erkennt zwar grundsätzlich ein berechtigtes Interesse von Erdgaslieferanten an, Kostensteigerungen während der Vertragslaufzeit an ihre Kunden weiterzugeben. Der BGH hat dies jedoch dahingehend eingegrenzt, dass eine Preisanpassungsklausel in einem Erdgasliefervertrag, nach der sich der Preis für die Lieferung von Gas ausschließlich in Abhängigkeit zur Preisentwicklung für extra leichtes Heizöl ändert, den Kunden des Gasversorgers unangemessen benachteiligt und daher als Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksam ist, wenn ein Rückgang der sonstigen Gestehungskosten des Versorgers unberücksichtigt

bleibt (BGH, Urteile vom 24.03.2010, Az. VIII ZR 178/08 und Az. VIII ZR 304/08; bestätigt durch die auf Fernwärme bezogenen Urteile vom 06.04.2011, Az. VIII ZR 66/09 und VIII ZR 273/09).

Rechtswirksam kann eine Bindung des Erdgaspreises an die Entwicklung des Preises für Heizöl nach der Rechtsprechung allenfalls sein, wenn feststeht, dass der Erdgaslieferant seinerseits gegenüber seinen Vorlieferanten einer in Art und Umfang entsprechenden Ölpreisbindung unterliegt (BGH, Urteil vom 06.04.2011, Az. VIII ZR 273/09, Rn. 41) und eine Weitergabe von etwaigen Kostensenkungen beim Lieferanten an den Kunden nach den Vertragsbestimmungen möglich ist. Die Variantenvielfalt der verwendeten Ölpreisbindungen ist jedoch im Allgemeinen sehr hoch (vgl. Bundeskartellamt, Sektorenuntersuchung Gas, Dezember 2009, S. 22), so dass es einer genauen Prüfung bedarf, ob die Preisanpassungsklauseln des Vorlieferanten denen des Lieferanten tatsächlich (umfassend) in Art und Umfang entsprechen.

## INTERESSEGERECHTE AUSGESTALTUNG VON PREISANPASSUNGSKLAUSELN IN DER ZUKUNFT

Zur rechtswirksamen Gestaltung von Preisanpassungsklauseln kann vor diesem Hintergrund in Zukunft allenfalls noch sehr eingeschränkt auf eine Ölpreisbindung zurückgegriffen werden. Längerfristige Erdgaslieferverträge sollten daher von der Ölpreisentwicklung unabhängige Preisanpassungsklauseln vorsehen, die sich an der Kostenentwicklung des Lieferanten orientieren und eine Erwirtschaftung zusätzlicher Gewinne ausschließen.

Um die Interessen beider Vertragsparteien zu wahren und die Gefahr unwirksamer Preisanpassungsklauseln zu minimieren, sollte die Entwicklung des Erdgaspreises jedenfalls nicht ausschließlich an die Entwicklung von Preisindizes gekoppelt werden, durch die die Preisentwicklung für andere Produkte als Erdgas abgebildet wird. Ein Erdgasliefervertrag sollte zumindest ergänzend die Berücksichtigung von Kostensenkungen ebenso wie Kostenerhöhungen vorsehen und die Erwirtschaftung zusätzlicher Gewinne explizit ausschließen.

## EINSEITIGES PREISBESTIMMUNGSRECHT?

Eine nach der Rechtsprechung des BGH wirksame Lösung könnte die Aufnahme einseitiger Preisbestimmungsrechte für den Lieferanten anstelle von Preisanpassungsklauseln darstellen. Für die Grundversorgung von Haushaltskunden mit Erdgas sieht die Gasgrundversorgungsverordnung (GasGVV) vor, dass der Lieferant Preisänderungen einseitig bestimmen kann (§ 5 Abs. 2 GasGVV). Dem Kunden steht im Fall einer Preisänderung ein Kündigungsrecht zu (§ 5 Abs. 3 GasGVV). Weder der Anlass, noch die Voraussetzungen oder der Umfang von Preisänderungen müssen nach den Vorgaben der GasGVV vertraglich konkret bestimmt sein. Der Lieferant muss im Rahmen der Preisänderungen jedoch Kostensenkungen ebenso berücksichtigen wie Kostenerhöhungen (vgl. BGH, Beschluss vom 18.05.2011, Az. VIII ZR 71/10, Rn. 11). Nach nationalem Recht kann in Erdgaslieferverträgen ein solches Preisbestimmungsrecht angesichts der verordnungsrechtlichen Vorschrift rechtswirksam vereinbart werden.

Ob dieses einseitige Preisbestimmungsrecht jedoch auch mit dem Unionsrecht vereinbar ist, wird derzeit durch den EuGH überprüft (vgl. BGH, Beschluss vom 09.02.2011, Az. VIII ZR 162/09 und Beschluss vom 18.05.2011, Az. VIII ZR 71/10). Zum jetzigen Zeitpunkt ist daher noch unklar, ob eine rechtswirksame Vereinbarung eines derart offen gestalteten, einseitigen Preisbestimmungsrechts letztlich möglich ist.

Bei Fragen zu Preisanpassungsklauseln in Erdgaslieferverträgen oder sonstigen Bereichen des Energierechts stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Raimund Schütz  
Telefon: +49 (0) 221 65065-240  
raimund.schuetz@loschelder.de



Dr. Kristina Schreiber  
Telefon: +49 (0) 221 65065-240  
kristina.schreiber@loschelder.de



## VERFOLGUNG VON SCHADENERSATZANSPRÜCHEN DURCH KARTELLGESCHÄDIGTE

In den Jahren 2009 und 2010 hat allein das Bundeskartellamt 27 Untersuchungsverfahren wegen unerlaubter Kartelle geführt und über 500 Mio. Euro Bußgelder verhängt. Betroffen waren alle Branchen, darunter Brillenglaserhersteller, der Chemiegroßhandel, Feuerwehrlöschfahrzeughersteller, Kesselhersteller, Konsumgüterproduzenten, Kaffeeröster, Mineralölunternehmen etc. Auch auf europäischer Ebene hat es entsprechende Untersuchungen durch die EU-Kommission gegeben. Kartelle führen regelmäßig zu überhöhten Preisen bei den Abnehmern; diese können den Mehrpreis zwar als Schadensersatz verlangen, müssen aber konkret darlegen, dass eine Kartellabsprache ihren Schaden verursacht hat, und Schätzgrundlagen für die Höhe des Schadens angeben.

Der Europäische Gerichtshof hat jetzt das Recht der Kartellgeschädigten anerkannt, die Verfahrensakte der Kartellbehörde umfassend einzusehen und damit die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen erleichtert.

### SACHAUFLÄRUNG DURCH AKTENEINSICHT

Kartellgeschädigte erfahren regelmäßig erst durch Presseartikel von unerlaubten Absprachen ihrer Lieferanten. Das Bundeskartellamt veröffentlicht zwar einen Fallbericht zu einem Verfahren; daraus lassen sich aber selten konkrete Informationen für einzelne Rechtsgeschäfte und mögliche Schadensersatzansprüche entnehmen. Bußgeldentscheidungen werden oftmals erst sehr spät und regelmäßig mit vielen Schwärzungen wegen Geschäftsgeheimnissen veröffentlicht.

Zwar haben Kartellgeschädigte ein Recht auf Einsicht in die Behördenakten. Das folgt aus § 406e Abs. 1 StPO mit § 46 OWiG, wonach Geschädigte einer Ordnungswidrigkeit – Verstöße gegen das Kartellverbot werden als Ordnungswidrigkeiten geahndet – das grundsätzliche Recht haben, über einen Rechtsanwalt die Verfahrensakte einzusehen. Dabei ist eine Begrenzung der Akteneinsicht nur für den überwiegenden Schutz der Interessen des Betroffenen, d.h. etwa für Geschäftsgeheimnisse, oder bei Gefährdung des Ermittlungsverfahrens vorgesehen.

In seiner bisherigen Praxis lehnte das Bundeskartellamt indes mit Verweis auf die Vertraulichkeit des sog. Kronzeugenprogramms und das Prinzip der effektiven Kartellrechtsdurchsetzung auf europäischer Ebene durch Informationsaustausch der Kartellbehörden häufig die Einsicht insbesondere in die Kronzeugenunterlagen ab. Das Kronzeugenprogramm (sog. Bonusregelung aus dem Jahr 2006) dient dazu, einem Kartellbeteiligten die Straffreiheit in Aussicht zu stellen, wenn er als Erster noch vor der Einleitung eines Verfahrens freiwillig umfassende und vollständige Angaben zu dem Kartell macht und die entsprechenden Unterlagen vorlegt. Diese Angaben und Unterlagen sind indes für Kartellgeschädigte von besonderem Interesse, weil sich in der Regel nur darin die Angaben finden, um die Ursächlichkeit der Kartellabsprache für den Schaden nachzuweisen und die Höhe des Schadens aus der Differenz zwischen Marktpreisen und abgesprochenen Preisen zu berechnen.



### DAS URTEIL DES EUGH VOM 14.06.2011 (Az.: 360/09)

Der EuGH hat nunmehr entschieden, dass europäische Regelungen des Wettbewerbsrechts und der Effektivitätsgrundsatz der Gewährung von Akteneinsicht auch in die Kronzeugenunterlagen grundsätzlich nicht entgegenstünden. Die Behörde bzw. das zuständige nationale Gericht müssten vielmehr eine Interessenabwägung zwischen dem Geheimhaltungsinteresse der Kartellanten und der effektiven Kartellrechtsdurchsetzung einerseits und dem Interesse des Geschädigten auf Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen andererseits vornehmen. Zwischen diesen Zielen bestehe kein Vorrangverhältnis. Der EuGH hob ferner hervor, dass die effektive Durchsetzung des Kartellrechts durch die Stärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung und der damit verbundenen Abschreckungswirkung für Kartelle ein maßgeblicher Gesichtspunkt sei.

Es bleibt abzuwarten, wie das Bundeskartellamt die Abwägung im Einzelfall vornehmen wird. Das für das Bundeskartellamt zuständige Amtsgericht Bonn hat bereits angedeutet, dass es die Akteneinsicht weitgehend auch in die Kronzeugenunterlagen zulassen werde; lediglich Unterlagen betreffend die behördeninterne internationale und nationale Kommunikation seien auszunehmen.

### FOLGEN FÜR DIE PRAXIS

Erfährt ein Unternehmen, dass auf seinen Absatz- oder Nachfragemärkten wettbewerbswidrige Absprachen von den Kartellbehörden untersucht und mit einer Bußgeldentscheidung versehen worden sind, sollte es über einen Rechtsanwalt Akteneinsicht beantragen. Dafür ist vorzutragen, dass mit dem Kartellanten oder dessen direktem Abnehmer eine Geschäftsbeziehung bestanden hat und Schadenersatzansprüche aufgrund der Kartellabsprache in Betracht kommen.

Der BGH hat erst kürzlich entschieden (Urteil v. 28. 6. 2011, Az.: KZR 75/10), dass nicht nur dem direkten Abnehmer des Kartellanten, sondern auch dem Käufer der nächsten Stufe (indirekter Abnehmer) kartellrechtliche Schadenersatzansprüche zustehen können. Verlangt der indirekte Abnehmer indes Schadenersatz vom Kartellanten, muss der direkte Abnehmer mit dem Einwand der Schadensabwälzung auf die nächste Marktstufe (sog. „passing-on-defence“) rechnen.

Der Aktenbestand ist darauf zu prüfen, ob mit den Informationen im Schadenersatzprozess gegen den Kartellanten vorgetragen werden kann, dass die Kartellabsprache ursächlich für einen zu hohen Preis war und welche Differenz zwischen Kartellpreis und Marktpreis bestand. Für letzteres weist das Bundeskartellamt auf wirtschaftswissenschaftliche Studien hin, wonach Kartellabsprachen zu Preisen führen, die im Durchschnitt um 25 Prozent über den Preisen bei unverfälschtem Wettbewerb liegen.

Bei Fragen zur kartellrechtlichen Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen und zu anderen Bereichen des Kartellrechts stehen Ihnen gern zur Verfügung:



Dr. Thilo Klingbeil  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-200  
[thilo.klingbeil@loschelder.de](mailto:thilo.klingbeil@loschelder.de)



Steffen Rhein LL.M.  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-200  
[steffen.rhein@loschelder.de](mailto:steffen.rhein@loschelder.de)

# GLÄUBIGERRECHTE IN DER INSOLVENZ – AKTUELLE RECHTSPRECHUNG ZUR AUSSONDERUNG UND ABSONDERUNG

Im Bereich Insolvenzrecht sind zwei Entscheidungen des 9. Senats beim Bundesgerichtshof aus Februar 2011 von besonderem Interesse, von denen die erste alle Branchen gleichermaßen, die zweite insbesondere baubezogene Unternehmen betrifft.

Grundlegend für beide Entscheidungen ist der begriffliche und rechtliche Unterschied zwischen Aussonderung einerseits und Absonderung andererseits. Die Verteilung des verbliebenen Vermögens des Insolvenzschuldners (der Masse) vollzieht sich in mehreren gedanklichen Schritten. Zunächst bleiben diejenigen Vermögenswerte außen vor, die haftungsrechtlich überhaupt nicht der Schuldnerin zuzuordnen sind.

Begrifflich handelt es sich hierbei schon nicht um die Insolvenzmasse. Macht etwa ein Gläubiger geltend, er sei Eigentümer (nicht nur Sicherungseigentümer) einer im Besitz der Schuldnerin befindlichen Sache, so macht er ein Aussonderungsrecht geltend. Die ihm gehörende Sache erhält er grundsätzlich ausgehändigt. Häufig bestehen hinsichtlich der dann verbleibenden Masse darüber hinaus Absonderungsrechte, nämlich solche, die nicht zu einer Aussonderung berechtigen, wohl aber zu einer gegenüber den anderen Gläubigern bevorzugten Befriedigung (etwa Grundschuld, Sicherungseigentum). Die diesen Rechten unterfallenden Gegenstände werden verwertet und nur ihr Erlös kommt dem jeweiligen Absonderungsberechtigten zugute.

Der Sachverhalt, der der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17.02.2011 (IX ZR 83/10) zugrunde lag, betraf eine durch Grundschuld gesicherte Darlehensgeberin. Sie hatte der späteren Insolvenzschuldnerin rund 2,5 Mio. Euro zur Verfügung gestellt und verlangte abgesonderte Befriedigung. Zugleich meldete sie die Darlehensforderungen für den Ausfall – nämlich für den Fall, dass der Erlös aus der Verwertung der Grundschulden nicht zur Deckung ihrer Forderungen ausreicht – zur Tabelle an.

Tatsächlich wurde nur ein Betrag von rund 1,7 Mio. Euro aus der Verwertung des Grundstücks erlöst, so dass der Insolvenzverwalter 800.000 Euro zur Tabelle feststellte. Mit diesem Betrag nahm die Darlehensgeberin an der Verteilung der restlichen Insolvenzmasse teil wie die übrigen ungesicherten Insolvenzgläubiger. Der Streit ging nun lediglich dahin, ob weitere 33.000 Euro zur Tabelle hätten festgestellt werden müssen. Die Darlehensgeberin argumentierte, die Tilgung durch Verwertung des Grundstücks hätte vorrangig auf die erheblichen, seit Insolvenzeröffnung angelaufenen Zinsen, erst danach auf die Hauptforderung angerechnet werden müssen. Es wäre demnach ein um 33.000 Euro höherer Restbetrag verblieben.

Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs ergibt sich dies tatsächlich aus der Tilgungsreihenfolge in § 367 BGB, wonach im Zweifel vorrangig auf die Kosten und die Zinsen gezahlt werde. Von Bedeutung ist dabei insbesondere, dass die Rechtsprechung dem Insolvenzverwalter die Möglichkeit versagt, bei der Auskehr eines Verwertungserlöses einen Tilgungszweck (also Anrechnung auf die Hauptforderung oder die Zinsen) selbst zu bestimmen.

Im Ergebnis bedeutet dies eine bewusste Aufwertung des Absonderungsrechts. Wer sich auf ein solches Recht berufen kann, darf durch die gesetzliche Tilgungsbestimmung auch seine Zinsforderung für den Zeitraum ab Insolvenzeröffnung realisieren und behält eine höhere zur Tabelle anzumeldende Hauptforderung.

Die Entscheidung erinnert über ihren eigentlichen Inhalt hinaus an die Bedeutung der Tilgungsbestimmung im Allgemeinen. Häufig übersehen Schuldner bei Teilzahlungen ihre Möglichkeit, durch eine solche Tilgungsbestimmung selbst zu entscheiden, welche Forderungen sie bedienen und welche nicht. Um die Anwendung der gesetzlichen Regel zu vermeiden, müssen sie dies jedoch rechtzeitig, nämlich bei Zahlung tun. Im Gegenzug lohnt es sich aus Gläubigersicht, Teilzahlungen ohne Tilgungsbestimmung des Schuldners im Hinblick auf die gesetzliche Tilgungsreihenfolge zu überprüfen.

Wirtschaftlich bedeutender als bei der Berücksichtigung von Zinsforderungen kann dies insbesondere nach § 366 Abs. 2 BGB bei der Tilgung von fälligen vor nicht fälligen oder von ungesicherten vor gesicherten Forderungen sein. So mag eine später fällige Forderung in ihren Voraussetzungen für den Gläubiger leichter beweisbar sein. Hier kann sich die Tilgungsreihenfolge des Gesetzes für den Gläubiger sehr günstig auswirken.

Aus dem Bereich Bauinsolvenz hatte der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 10.02.2011 (IX ZR 73/10) über eine nicht herausgegebene Bürgschaft zu entscheiden. Viele Bauverträge sehen vor, dass ein zunächst vom Auftraggeber zurückgehaltener Betrag für etwaige Mängelrechte (Sicherheitseinbehalt) zur Zahlung an den Auftragnehmer fällig wird, sobald dieser hierfür eine Bürgschaft stellt (vgl. § 17 Abs. 3 VOB/B). Erhält der Auftraggeber zum Zwecke des Sicherheitentausches eine vertragsgemäße Bürgschaft, ist er verpflichtet, den zunächst einbehaltenen Betrag alsbald zu zahlen.



In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall verweigerte der Auftraggeber sowohl die Auszahlung des Einbehalts, als auch die Rückgabe der Bürgschaft. Er fiel in die Insolvenz. Es stellte sich die Frage, ob der Auftragnehmer vom Insolvenzverwalter die Herausgabe der Bürgschaft verlangen kann oder ob diese in die Masse fällt. Herausgabe kann nur verlangt werden, wenn ein Aussonderungsrecht besteht, wenn also die Bürgschaft haftungsrechtlich noch dem Vermögen des Auftragnehmers zuzuordnen ist, obwohl sie eigentlich – gegen Auszahlung des Einbehalts – dem Vermögen des Auftraggebers zugehören sollte.

Der Bundesgerichtshof hat dem Auftragnehmer das Aussonderungsrecht zugesprochen. Er gibt die Bürgschaft nur unter der auflösenden Bedingung her, dass der Einbehalt sofort ausbezahlt wird. Kommt der Auftraggeber also seiner Pflicht nicht nach, so tritt die Bedingung ein und die Bürgschaft fällt wieder dem Vermögen des Auftragnehmers zu.

Die Entscheidung betont die Treuhandbindung in Bezug auf die Bürgschaft. Auf keinen Fall darf der Auftraggeber beide Sicherheiten behalten, sondern er muss die vertraglichen Regelungen zur Abwicklung beachten, um die Bürgschaft behalten und verwerten zu dürfen. An dieser Situation ändert die später eintretende Insolvenz des Auftraggebers nichts. Die einmal dem Vermögen des Auftragnehmers zugeordnete Bürgschaft bleibt diesem erhalten.

Für Frage zum Thema „Gläubigerrechte in der Insolvenz“ oder zu anderen Bereichen des Insolvenzrechts stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Frank Heerstraßen  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-180  
frank.heerstrassen@loschelder.de

Dr. Mirko Ehrich  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-194  
mirko.ehrich@loschelder.de



# DER STETIGKEITSGRUNDSATZ IM NEUEN DEUTSCHEN BILANZRECHT – ÄNDERUNGEN GEGENÜBER DER ALTEN RECHTSLAGE UND ÜBERGANGSREGELUNGEN

Das Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG) ist am 29.05.2009 in Kraft getreten. Durch das BilMoG wurde der Stetigkeitsgrundsatz im deutschen Bilanzrecht verschärft. § 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB, der die Bewertungsstetigkeit regelt, wurde von einer Soll- in eine Muss-Vorschrift geändert. Daneben wurde in § 246 Abs. 3 HGB ausdrücklich der Grundsatz der Ansatzstetigkeit eingeführt. Gemäß Artikel 66 Abs. 3 S. 1 EGHGB sind die durch das BilMoG geänderten Rechnungslegungsvorschriften – und dazu gehören auch die Regelungen zur Bilanzstetigkeit – erstmals für das nach dem 31.12.2009 beginnende Geschäftsjahr anzuwenden. Gemäß Artikel 66 Abs. 3 S. 6 EGHGB können die neuen Vorschriften freiwillig bereits auf das nach dem 31.12.2008 beginnende Geschäftsjahr angewandt werden. Die neuen Regelungen zur Bilanzstetigkeit müssen also zwingend bei Aufstellung aller Jahresabschlüsse für nach dem 31.12.2009 beginnende Geschäftsjahre, und damit alle Geschäftsjahre, die ab dem 01.01.2010 oder später beginnen, beachtet werden.

## BEDEUTUNG DER ÄNDERUNG DER VORSCHRIFTEN ZUR BILANZSTETIGKEIT

Die Änderung des § 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB (Bewertungsstetigkeit) von einer Soll- in eine Muss-Vorschrift dient – so ausdrücklich in der Gesetzesbegründung – „allein klarstellenden Zwecken“. Bereits bei Geltung der alten Soll-Vorschrift des § 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB a. F. konnte von dem Grundsatz der Bewertungsstetigkeit gemäß § 252 Abs. 2 HGB nur in begründeten Ausnahmefällen abgewichen werden. Daher wurde auch die alte Vorschrift des § 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB von der überwiegenden Auffassung im handelsrechtlichen Schrifttum de facto wie eine Muss-Vorschrift ausgelegt.

Die in § 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB vorgeschriebene Bewertungsstetigkeit wird nun durch § 246 Abs. 3 HGB um das Gebot der Ansatzstetigkeit ergänzt. Auch davon kann in entsprechender Anwendung von § 252 Abs. 2 HGB nur in begründeten Ausnahmefällen abgewichen werden. Zwar wurde im handelsrechtlichen Schrifttum zum Teil bereits bei Geltung des § 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB a. F. vertreten, dass das Gebot der Ansatzstetigkeit auch aus dieser Vorschrift folgen würde. Dies war allerdings umstritten. Durch Einfügung des § 246 Abs. 3 HGB gilt neben dem Gebot der Bewertungsstetigkeit nunmehr auch im deutschen Recht eindeutig das Gebot der Ansatzstetigkeit. Dadurch soll die Transparenz der Jahresabschlüsse verbessert werden. Gleichzeitig wurden durch das BilMoG bestehende Ansatzwahlrechte erheblich eingeschränkt. Gleichwohl hat die Regelung der Ansatzstetigkeit erhebliche Bedeutung.

So können für Pensionszusagen, die vor dem 01.01.1987 erteilt oder nach dem 31.12.1986 erhöht wurden (sog. Altzusagen) nach Art. 28 Abs. 1 Satz 1 EGHGB weiterhin wahlweise Pensionsrückstellungen gebildet werden oder nicht. Es besteht anders als bei sog. Neuzusagen (Zusagen, die nach dem 01.01.1987 erteilt wurden) keine Verpflichtung, entsprechende Rückstellungen zu bilden (es sei denn, es

ergibt sich eine solche Verpflichtung im Einzelfall aus besonderen Umständen). Auch für sog. mittelbare Pensionsverpflichtungen besteht gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 2 EGHGB grundsätzlich – unabhängig vom Datum der Zusage – ein Wahlrecht, ob Rückstellungen gebildet werden. Mittelbare Pensionsverpflichtungen sind solche, bei denen nicht das Unternehmen, sondern ein anderer Rechtsträger, wie ein Pensionsfonds, unmittelbar verpflichtet ist und das Unternehmen nur gemäß § 1 BetrAVG mittelbar haftet. Aufgrund des nun in § 246 Abs. 3 HGB geregelten Grundsatzes der Ansatzstetigkeit sind Wahlrechte über die Bildung von Pensionsrückstellungen aus sog. Altzusagen und mittelbaren Pensionszusagen künftig für alle vergleichbaren Einzelfälle gleich auszuüben.



**WANN BESTEHT BINDUNGSWIRKUNG AN EINE BEREITS ERFOLGTE AUSÜBUNG VON ANSATZWahlRECHTEN?**

Wie bereits ausgeführt, sind die §§ 246 Abs. 3 und 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB n. F. erstmals für nach dem 31.12.2009 beginnende Geschäftsjahre anzuwenden. Damit stellt sich die Frage, wie die Übergangsregelung des Artikel 66 Abs. 3 EGHGB für den durch das BilMoG verschärften Grundsatz der Bilanzstetigkeit genau auszulegen ist:

Völlig unklar ist, ob der Grundsatz der Ansatzstetigkeit für Geschäftsjahre, die ab dem 01.01.2010 beginnen, bereits insofern anzuwenden ist, dass der Bilanzierende bei Aufstellung dieser Jahresabschlüsse an die Ausübung von Ansatzwahlrechten bei der Aufstellung von Jahresabschlüssen für Geschäftsjahre vor dem 31.12.2009 gebunden wäre.

Die Frage ist also: Ist der Bilanzierende verpflichtet, bei Aufstellung des Jahresabschlusses für das Geschäftsjahr 2010 Ansatzwahlrechte so auszuüben, wie bei Aufstellung der Jahresabschlüsse für die Geschäftsjahre 2009 und früher? Oder ist der Bilanzierende nur verpflichtet, ab Aufstellung des Jahresabschlusses 2011 Ansatzwahlrechte entsprechend der Ausübung bei Aufstellung des Jahresabschlusses 2010 auszuüben? Bezogen auf das Beispiel der Pensionsrückstellungen bei sog. Altfällen und mittelbaren Pensionszusagen bedeutet dies also: Ist der Bilanzierende, wenn er vor 2010 für sog. Altzusagen und mittelbare Pensionsverpflichtungen Pensionsrückstellungen gebildet hat, verpflichtet, ab 2010 bei gleichartigen Verpflichtungen ebenfalls Pensionsrückstellungen zu bilden? Oder ist der Bilanzierende nur verpflichtet, sog. Altzusagen und mittelbare Pensionsverpflichtungen ab 2011 in vergleichbaren Fällen so zu behandeln wie 2010?

Der BilMoG-Gesetzgeber hat dazu in den Übergangsregelungen keine ausdrückliche Regelung vorgesehen. Geht man entsprechend der Gesetzesbegründung zum BilMoG davon aus, dass das Gebot der Ansatzstetigkeit erst seit Einführung des § 246 Abs. 3 HGB gilt und sich nicht bereits vorher aus § 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB a. F. ergab, sind wir der Ansicht, dass sich für die Ausübung von Ansatzwahlrechten noch keine Bindungswirkung für das Jahr der erstmaligen Anwendung des § 246 Abs. 3 HGB n. F. ergeben kann.

Bindungswirkung in Bezug auf die Ausübung von Ansatzwahlrechten kann nach unserer Einschätzung daher erst für die Aufstellung von Jahresabschlüssen für Geschäftsjahre ab dem 01.01.2011 gelten. Daher ist der Bilanzierende aus unserer Sicht bei Aufstellung des Jahresabschlusses 2010 nicht verpflichtet, Ansatzwahlrechte wie im Jahresabschluss 2009 und Vorjahren auszuüben.

Diese Frage ist allerdings noch nicht abschließend geklärt. Daher sollte bei einer Abweichung der Ausübung von Ansatzwahlrechten bei Aufstellung des Jahresabschlusses für das Geschäftsjahr 2010 gegenüber dem Jahresabschluss 2009 und früher zur Vorsicht im Einzelfall geprüft werden, ob sich die Abweichung als Ausnahmefall im Sinne von § 252 Abs. 2 HGB begründen lässt. Begründete Ausnahmefälle können zum Beispiel die Änderung von Gesetzen, Satzungen, Rechtsprechung oder Steuerpraxis, die Ergebnisse einer steuerlichen Betriebsprüfung, die Einbeziehung in einen Konzernverbund, Gesellschafterbestandsänderungen und andere Unternehmenskonzeptionen, wie der Wechsel im Management, sein.

Für Fragen zum Thema „Stetigkeitsgrundsatz im Bilanzrecht“ oder zu sonstigen Bereichen des Gesellschaftsrechts stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Henning W. Wahlers  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-220  
henning.wahlers@loschelder.de

Dr. Sandra Orlikowski-Wolf  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-183  
sandra.orlikowski-wolf@loschelder.de



## FALLSTRICKE IM GEMEINSCHAFTSMARKENRECHT



1994 traten das deutsche Markengesetz (MarkenG) und auch die Verordnung über die Gemeinschaftsmarke (GMV) in Kraft. Die GMV und das MarkenG entsprechen sich in weiten Teilen. Es gibt aber auch überraschende Unterschiede zwischen den Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt und dem Europäischen Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (HABM), das für die Anmeldung und Löschung der europaweit geschützten Gemeinschaftsmarken zuständig ist. Drei Beispiele:

### 1. KEINE FRISTVERLÄNGERUNG

Das deutsche Patent- und Markenamt (DPMA) ist sehr liberal, wenn es um Fristverlängerungen geht. Wenn das Amt, insbesondere in zweiseitigen Verfahren, „die Geduld verliert“, so weist es regelmäßig darauf hin, dass eine weitere Fristverlängerung nur noch bei Zustimmung des Gegners erfolgen werde.

Fristverlängerungsanträge sind zwar auch in Verfahren vor dem HABM möglich, wenn das Amt selbst die Frist festgelegt hat (Regel 71 der Durchführungsverordnung zur GMV). Es ist aber eine einzelfallbezogene Begründung erforderlich, die sich nicht in Stan-

dardphrasen erschöpfen darf. Wenn auch regelmäßig keine Glaubhaftmachung notwendig ist, sollte man Sorgfalt auf die Formulierung des Verlängerungsantrags verwenden. Insbesondere bei der Zusammenstellung von Benutzungsunterlagen im Widerspruchsverfahren sollte man versuchen, die erste vom Amt gesetzte Frist möglichst einzuhalten.

### 2. KEINE „REVOLVIERENDEN BENUTZUNGSZEITRÄUME“

Sieht man sich bei einer Markenmeldung mit dem Widerspruch des Inhabers einer älteren Marke konfrontiert, lohnt immer eine Prüfung, ob die „Nichtbenutzungseinrede“ erhoben werden kann: Ist eine Marke länger als fünf Jahre unbenutzt, ist sie „verfallen“: sie kann gelöscht werden, ein darauf gestützter Widerspruch bleibt erfolglos.

Im Widerspruchsverfahren gegen eine deutsche Marke ist dabei für die Frage, ob fünf Jahre abgelaufen sind, stets auf den letztmöglichen Stichtag im Verfahren abzustellen. Sobald also die fünf Jahre während des Widerspruchsverfahrens ablaufen, kann man die Nichtbenutzungseinrede erheben (§ 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG).

Beim Widerspruch gegen eine Gemeinschaftsmarkenanmeldung ist es anders. Hier müssen die fünf Jahre schon vor der Veröffentlichung der Anmeldung der jüngeren Marke abgelaufen waren. Laufen die fünf Jahre erst während des Widerspruchsverfahrens

ab, so nützt das dem Anmelder der jüngeren Marke nichts. Einen solchen späteren Verfall der Widerspruchsmarke kann er nur ausnutzen, indem er gesondert einen Löschungsantrag stellt. Unter Berufung auf diesen Löschungsantrag kann er sodann Aussetzung des Widerspruchsverfahrens beantragen. Die Aussetzung steht allerdings im Ermessen des Amtes. Sie wird also auch davon abhängen, ob das Amt dem Verfallsverfahren Erfolgsaussichten einräumt.

### 3. „DISKRIMINIERUNG“ DER DEUTSCHEN EIDESSTATTLICHEN VERSICHERUNG VOR DEM HABM

Im Verfahren vor dem DPMA sind eidesstattliche Versicherungen ein häufig genutztes Mittel insbesondere zur Glaubhaftmachung der rechtserhaltenden Benutzung (§ 43 Abs. 1 MarkenG). Eine eidesstattliche Versicherung genießt in Verfahren vor dem DPMA gegenüber einer einfachen schriftlichen Erklärung eine erhöhte Glaubwürdigkeit, weil die Abgabe falscher eidesstattlicher Versicherungen strafbar ist (§ 156 StGB i.V.m. mit § 294 ZPO, § 60 MarkenG).

Auch in Verfahren vor dem HABM sind z.B. „eidliche Erklärungen“ nach spanischem Recht oder Affidavits nach englischem Recht mehr als nur eine (einfache) Urkunde im Sinne von Art. 78 Abs. 1c) GMV. Sie fallen unter Art. 78 Abs. 1 lit. f) GMV und genießen erhöhte Beweiskraft (EuG, Urteil vom 12.07.2011, T-374/08 – TOP Craft).

Eidesstattliche Versicherungen nach deutschem Recht entfalten diese erhöhte Beweiskraft nicht. Sie sind nur (einfache) Urkunden im Sinne von Art. 78 Abs. 1 lit. c) GMV (HABM–BK vom 05.06.2007 – R09993/2005 – 4 – COSANA/SONANA): Erstens ist das HABM nicht i.S.v. § 156 StGB zur Abnahme von Eiden befugt. Zweitens sieht § 294 ZPO die eidesstattliche Versicherung nur als Glaubhaftmachungsmittel vor, in Verfahren vor dem HABM muss aber der volle Beweis erbracht werden.

Die daraus resultierenden Beweisschwierigkeiten deutscher Verfahrensbeteiligter sollte man nun nicht überschätzen. Denn das HABM macht die Beweiskraft von Erklärungen nicht so sehr von deren formalrechtlichem Charakter abhängig; wichtiger ist, wie präzise sie sind und wie gut ihr Inhalt durch begleitende Materialien (Rechnungen, Werbematerialien ect.) gestützt wird. Trotzdem kann der deutsche Rechtsanwender erwägen, ob er in Verfahren vor dem HABM statt einer deutschen eidesstattlichen Versicherung den Erklärenden bittet, etwa eine „eidliche Erklärung“ nach spanischem Recht oder einen Affidavit nach englischem Recht – jeweils natürlich vor den dafür zuständigen Stellen – zu errichten. Im Einzelfall kann dies die Beweismäßigkeit des HABM vielleicht doch einmal entscheidend beeinflussen.

Für weitere Fragen zum Gemeinschaftsmarkenrecht steht Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Volker Schoene  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-142  
volker.schoene@loschelder.de



## EINFÜHRUNG DER .XXX-DOMAINS...



### ...MARKENSCHUTZ NOCH MÖGLICH

In verschiedenen Etappen werden in diesem Herbst die neuen .xxx-Domains vergeben. Markeninhaber haben bis zum 28. Oktober 2011 die Möglichkeit, eine Registrierung ihrer Marke unter der .xxx-Top Level Domain zu verhindern.

Nach mehr als elfjährigen Verhandlungen und trotz massiver Proteste vor allem einiger islamischer Staaten hat die ICANN im Jahr 2010 der Schaffung einer weiteren Top Level Domain zugestimmt, unter der vor allem Angebote der Erwachsenenunterhaltung bereitgehalten werden sollen. Die neue Domain, deren Einrichtung im Wesentlichen durch die Anbieter entsprechender Inhalte gefördert wird, wird die vielsagende Endung .xxx erhalten. Die Domainvergabe startet im Herbst diesen Jahres, die ersten Inhalte sollen in Kürze online gehen. Bereits jetzt liegen dem Betreiber, dem US-Unternehmen ICM Registry, nach eigenen Angaben über 900.000 Registrierungsanfragen vor.

#### VERHINDERUNG MISSBRÄUCLICHER REGISTRIERUNGEN

Die Einführung der neuen .xxx-Top Level Domain stellt die Inhaber von Marken und Kennzeichen einmal mehr vor die Notwendigkeit, eine missbräuchliche Registrierung durch Spekulanten und Domain-squatter zu verhindern. Aufgrund des sehr speziellen Umfeldes und

der Inhalte, die auf den anderen xxx-Domains bereitgehalten werden, kann die Registrierung einer Second Level Domain, die mit einer eingetragenen Marke identisch ist, zu tatsächlichen Verwechslungen führen und einen ernsthaften Imageschaden herbeiführen.

Die Betreiber der .xxx-Domain haben diese Problematik frühzeitig erkannt und daher ein besonderes Schutzkonzept für Markeninhaber entwickelt. Nicht zuletzt hoffen die Betreiber, auf diese Weise die Zahl der Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit .xxx-Domains gering zu halten und ein negatives Image für das delikate Vorhaben zu vermeiden. Das Schutzkonzept sieht vor, dass die Markeninhaber im Rahmen der sogenannten „Sunrise“-Phase eine Registrierung vornehmen können, die bevorzugt behandelt wird. Die spezielle Form der Registrierung ermöglicht nachfolgend keine kommerzielle Nutzung der xxx-Domain, sondern bewirkt allein die Anzeige eines standardisierten Hinweises auf die Registrierung der Domain.

## VORAUSSETZUNGEN

Die Registrierung, die von den Betreibern als „Reservation Request“ bezeichnet wird, steht jedem Inhaber einer eingetragenen Marke zur Verfügung, sofern die Marke am 1. September 2011 in Kraft ist. Demgegenüber können geschäftliche Bezeichnungen und Namensrechte nicht im Wege einer „Reservation Request“ geschützt werden. Ferner kann der Markeninhaber nur die Vergabe einer Internet-Domain verhindern, die mit seiner Marke identisch ist. Ein Schutz vor ähnlichen Bezeichnungen oder den sogenannten „Tippfehler-Domains“ ist auf diese Weise nicht möglich. Sofern die Marke Sonderzeichen wie @, & oder § enthält, können diese weggelassen oder transkribiert werden (im Falle des & z.B. durch das Wort „und“). Ferner ist es möglich, Umlaute entweder durch die übliche Transkription (ä = ae) oder durch den am nächsten kommenden Buchstaben (ä = a) zu ersetzen.

Die „Reservation Request“ muss mit den erforderlichen Nachweisen über das Bestehen der Marke bis zum 28. Oktober 2011 an den Betreiber übermittelt werden, wobei sich der Betreiber die Anforderung weiterer Unterlagen, insbesondere Benutzungsnachweise, vorbehält. Ferner ist eine Registrierungsgebühr zu entrichten.

## KOSTEN UND NUTZEN

Das größte Problem hinsichtlich der Durchsetzung der Rechte am ICM Registry hat die Kosten für die Durchführung einer „Reservation Request“ noch nicht endgültig festgelegt. In Pressemitteilungen hat das Unternehmen bekanntgegeben, dass die Gebühren voraussichtlich zwischen 200-300 US \$ liegen sollen. Mit diesem Betrag werden, so der Betreiber, ausschließlich die Kosten für die Überprüfung der übermittelten Unterlagen und die Einrichtung der Sperrung gedeckt. Vor dem Hintergrund, dass die Durchsetzung von markenrechtlichen Ansprüchen insbesondere gegen Domaininhaber, die im Ausland ansässig sind, oftmals sehr viel höhere, nicht einbringliche Kosten verursacht, ist die Einreichung einer „Reservation Request“ eine sinnvolle Möglichkeit, um zumindest die Registrierung von .xxx-Domains zu verhindern, die mit einer Marke identisch sind.

Sollte die .xxx-Domain gleichwohl eingerichtet werden – etwa aufgrund einer gleichlautenden Marke eines ausländischen Unternehmens, welches einschlägige Angebote zur Verfügung stellt – können markenrechtliche Ansprüche selbstverständlich auch vor Gericht durchgesetzt werden. Dies gilt auch für die Inhaber geschäftlicher Bezeichnungen, denen eine Blockierung der .xxx-Domain im Wege der „Reservation Request“ nicht eröffnet wird.

Für Fragen zum Thema „Schutz vor .xxx-Domains“ stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Thomas Schulte-Beckhausen

Telefon: +49 (0) 221 650 65-134

thomas.schulte-beckhausen@loschelder.de

Dr. Stefan Maaßen, LL.M.

Telefon: +49 (0) 221 650 65-134

stefan.maassen@loschelder.de



## BELEHRUNG DES ARBEITNEHMERS BEIM BEM ÜBER VERWENDETE DATEN

§ 84 Abs. 2 SGB IX regelt die Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) für den Fall einer lang andauernden Erkrankung oder häufiger Kurzerkrankungen eines Arbeitnehmers.

Nach Satz 1 bedarf es hierfür der Zustimmung der betroffenen Person. Gemäss Satz 3 muss der Arbeitnehmer auf die Ziele des BEM sowie auf die Art und den Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten durch den Arbeitgeber hingewiesen werden.

Das BAG (Urt. v. 24.03.2011 – 2 AZR 170/10) hatte mit dem ihm vorliegenden Fall die Gelegenheit, die Anforderungen an ein ordnungsgemässes BEM zu präzisieren.

### INHALT DES BEM

Das BEM gilt für alle Arbeitnehmer – nicht nur für behinderte oder von einer Behinderung bedrohte Menschen – und gleichzeitig auch für alle Arbeitgeber. Die Größe des Betriebs oder der Verwaltung ist für die Durchführung eines BEM nicht relevant. Ein BEM ist durchzuführen, wenn ein Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig erkrankt ist. Maßstab ist dabei nicht das Kalenderjahr, sondern ein Zeitraum von einem Jahr.

Inhalt des BEM ist die Klärung, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden kann und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann. Einzubeziehen ist der Betriebsrat und bei schwerbehinderten Menschen außerdem die Schwerbehindertenvertretung. Soweit erforderlich soll der Werks- oder Betriebsarzt hinzugezogen werden.

### BEDEUTUNG DES BEM FÜR DIE DARLEGUNGS- UND BEWEISLAST

Regelmässig spielt das BEM im Rahmen von krankheitsbedingten Kündigungen eine Rolle. Die Durchführung eines BEM ist jedoch keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung wegen Krankheit. Die Verpflichtung stellt eine Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar, weil möglicherweise mildere Mittel als die Kündigung erkannt und entwickelt werden können. Verzichtet der Arbeitgeber auf das BEM oder kündigt er, nachdem sich im BEM eine andere Einsatzmöglichkeit des Arbeitnehmers herausgestellt hat, kehrt sich die Darlegungs- und Beweislast um: Der Arbeitgeber



Alternativen vortragen. Erst dann muss sich der Arbeitnehmer substantiiert darauf einlassen und darlegen, dass er doch weiterbeschäftigt werden kann.

Gleiches gilt für die Darlegungs- und Beweislast bei einem nicht den gesetzlichen Mindestanforderungen genügenden Verfahren. In diesem Kontext steht das Urteil, das für das Einladungsschreiben an den Arbeitnehmer eine qualifizierte Aufklärung über die Ziele des BEM sowie Art und Umfang der erhobenen und verwendeten Daten verlangt (§ 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX).

Da der Arbeitgeber für die Durchführung des BEM die Initiativlast trägt, muss er auch für die ordnungsgemäße Aufklärung sorgen. Das BAG will die Arbeitnehmer durch eine umfassende Aufklärung vor einer voreiligen Verweigerung des BEM schützen. Im Hinblick auf den Datenschutz darf ohne Einwilligung des Arbeitnehmers nach § 4a BDSG keine Stelle unterrichtet und eingeschaltet werden.

Ist das BEM ordnungsgemäß durchgeführt worden und hat es zum Ergebnis geführt, dass die Kündigung nicht vermieden werden kann, muss der Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten aufzeigen, wobei er auf solche Möglichkeiten beschränkt ist, die sich nach Abschluss des BEM ergeben haben. Arbeitgeber sollten daher unbedingt die Einhaltung eines ordnungsgemäßen BEM dokumentieren.

Es empfiehlt sich auch unter Beachtung des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG, ein allgemeines Verfahren zur Durchführung des BEM einschließlich allgemeiner Anleitungen für die Gesprächsführung und zum Schutz der Gesundheitsdaten als besondere personenbezogene Daten im Sinne des § 3 Abs. 9 BDSG zu schaffen.

Stimmt der Arbeitnehmer dem BEM trotz einer ordnungsgemäßen Aufklärung nicht zu, verhält sich dies „kündigungsneutral“. Es verbleibt bei der normalen Darlegungs- und Beweislast im Prozess. Dies ist die Konsequenz daraus, dass es sich um ein freiwilliges Verfahren handelt und der Arbeitnehmer aus der Ablehnung keine Nachteile erlangen soll.

## FAZIT

Die Rechtsprechung erhöht zunehmend die Anforderungen an die ordnungsgemäße Durchführung des BEM. Arbeitgeber müssen zwingend die Einladungsschreiben für das BEM den erhöhten Anforderungen der Rechtsprechung in Bezug auf die Darstellung des BEM sowie die verwendeten Daten anpassen. Sonst wird das durchgeführte BEM von den Arbeitsgerichten möglicherweise nicht als ordnungsgemäß angesehen. Sehr sinnvoll ist ebenfalls eine Dokumentation der durchgeführten Maßnahmen.

Bei Fragen zum Thema „Durchführung des BEM“ oder zu anderen Bereichen des Arbeitsrechts stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Detlef Grimm  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-129  
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Hendrik Strauf LL.M  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-129  
hendrik.strauf@loschelder.de



## ANPASSUNG DES WPFLG AN DEN „FREIWILLIGEN WEHRDIENST“ – NEUER BUNDESFREIWILLIGENDIENST KEIN ARBEITSVERHÄLTNIS



Die Aussetzung der Wehrpflicht zum 1.7.2011 hat Auswirkungen auf das Arbeitsplatzschutzgesetz und führt zur Einführung eines freiwilligen Wehrdienstes und eines Bundesfreiwilligendienstes.

**FREIWILLIGER WEHRDIENST HAT SCHUTZ DES ARBEITSPLATZ-SCHUTZGESETZES**

Ab dem 1.7.2011 tritt anstelle der Wehrpflicht ein „freiwilliger Wehrdienst“ mit einer Dauer von zwölf bis längstens 23 Monaten (§§ 54 ff. WPfIG). § 56 WPfIG stellt die freiwillig Wehrdienstleistenden den früher Wehrdienstleistenden gleich, indem Regelungen, die an die Ableistung des Grundwehrdienstes oder des freiwilligen zusätzlichen Wehrdienstes anknüpfen, entsprechend anzuwenden sind, soweit keine ausdrückliche Regelung besteht.

Klarstellend eingefügt wurde § 16 Abs. 7 ArbPISchG. Die dem Arbeitgeber mit dem ArbPISchG beim Grundwehrdienst auferlegten Pflichten sind bei Arbeitnehmern, die zum freiwilligen Wehrdienst nach § 60 WPfIG einberufen werden, zu beachten. Hierzu gehört das Verbot der Kündigung ab Zustellung des Einberufungsbescheids bis zur Beendigung des freiwilligen Wehrdienstes nach § 2 Abs. 1 ArbPISchG. Dem Auszubildenden ist es untersagt, die Übernahme eines Auszubildenden in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses aus Anlass des freiwilligen Wehrdienstes abzulehnen (§ 2 Abs. 5 ArbPISchG).

**NEUER BUNDESFREIWILLIGENDIENST KEIN ARBEITSVERHÄLTNIS**

Daneben hat der Deutsche Bundestag einen Bundesfreiwilligendienst geschaffen. Das Bundesfreiwilligendienstgesetz (BFDG) ist zum 3.5.2011 in Kraft getreten (BGBl Teil I 2011, S. 687ff.). Allgemein formuliert regelt es eine erweiterte Nachfolge des Zivildienstes und kann zwischen 6 und 24 Monaten andauern. Der Freiwillige erhält unentgeltliche Unterkunft und Verpflegung, ein angemessenes Taschengeld und Arbeitskleidung (§ 2 Ziff. 4 BFDG). Der Dienst hat gemeinwohlorientierte Hilfstätigkeiten zum Gegenstand (§ 3 BFDG). Beteiligte sind der Bund, der Freiwillige (§ 2 BFDG) und die Einsatzstelle (§ 6 BFDG). Der Bund erstattet den Einsatzstellen Taschengeld, Sozialversicherungsbeiträge und Aufwendungen für die pädagogische Betreuung (§ 17 Abs. 3 BFDG). Vor Beginn des Dienstes wird eine Vereinbarung zwischen dem Bund und dem Freiwilligen unterzeichnet, § 8 BFDG.

Die Arbeitsschutzbestimmungen, das Jugendarbeitsschutzgesetz und das Bundesurlaubsgesetz sind gemäß § 13 BFDG entsprechend anzuwenden. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass arbeitsrechtliche Normen sonst nicht gelten und kein Arbeitsverhältnis – insbesondere keines mit der Einsatzstelle – begründet wird. Der Freiwilligendienst ist deshalb auch keine befristete Vorbeschäftigung bei der Einsatzstelle nach § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG (das galt auch schon bisher für das freiwillige soziale Jahr und den Einsatz als Zivildienstleistender). Eine spätere sachgrundlose befristete Einstellung ist daher möglich, ohne dass es auf eine dreijährige Unterbrechung zwischen den Beschäftigungen (BAG v. 6.4.2011 – 7 AZR 716/09) ankommt.

Zuständig für Streitigkeiten sind nach den neuen §§ 2 Abs. 1 Nr. 8 a), 2a Abs. 1 Nr. 3 d) ArbGG die Arbeitsgerichte.

Bei Fragen zur rechtlichen Einordnung des Bundesfreiwilligendienstes oder zu anderen Bereichen des Arbeitsrechts stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Detlef Grimm  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-129  
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Hendrik Strauf LL.M  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-129  
hendrik.strauf@loschelder.de



## BESCHRÄNKUNG DES URLAUBSABGELTUNGSANSPRUCHS AUF 18 MONATE?

Der EuGH hatte in der Rechtssache „Schultz-Hoff“ (Urt. v. 20.01.2009, C-350/06) entschieden, dass der Anspruch auf Jahresurlaub und eine damit verbundene Abgeltung nicht genommenen Urlaubs in Fällen langfristiger Krankheit unantastbar ist. Das Urteil hatte für Aufregung gesorgt. Die Generalanwältin beim EuGH tritt nun am 07.07.2011 in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache C-214/10 (Schulte) für eine Begrenzung der Übertragungsmöglichkeit auf 18 Monate nach dem Ende des Urlaubsjahres ein.



Gegenstand des Verfahrens ist eine Folgewirkung der Schultz-Hoff-Entscheidung, die die Abgeltung von Urlaubsansprüchen (nur) für das Vorjahr und das laufende Jahr zum Gegenstand gehabt hatte. Der EuGH hatte zur Frage, ob eine zeitlich unbegrenzte Ansammlung von Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüchen, die aus der krankheitsbedingten Abwesenheit des Arbeitnehmers resultiert, möglich ist, noch nicht Stellung genommen. In den vom LAG Hamm (Aktenzeichen 16 Sa 1176/09) vorgelegten Verfahren kamen Urlaubs- und Schwerbehindertenzusatzurlaubsabgeltungsansprüche bis 2002 (!) und damit für 7 Jahre in Betracht.

### BERÜCKSICHTIGUNG DES ERHOLUNGSZWECKS

Die Generalanwältin Trstenjak wägt in ihren Schlussanträgen die Argumente für und gegen eine uneingeschränkte Ansammlung von Urlaubs- und Abgeltungsansprüchen ab. Dabei stellt sie fest, dass eine solche Ansammlung nicht geboten sei, um den angestrebten Zweck des Urlaubs zu erreichen.

Damit der Urlaub seine positive Wirkung für die Gesundheit des Arbeitnehmers vollständig entfaltet, bedarf es allerdings einer gewissen zeitlichen Nähe zwischen dem Bezugszeitraum und der tatsächlichen Inanspruchnahme des Jahresurlaubs. Der Urlaub weist eine Zweckgebundenheit auf, die darin besteht, dass es zwischen der zuvor verrichteten Arbeit und dem Urlaub sowohl einen zeitlichen als auch einen kausalen Zusammenhang gibt. Insoweit ist es nicht nachvollziehbar, wie der Urlaub seine Funktion entfalten soll, wenn er erst nach einer mehrjährigen Abwesenheit vom Arbeitsplatz genommen wird. In der Regel dürfte die mit dem Urlaub beabsichtigte Erholung noch gewahrt werden, wenn der im Folgejahr wieder neu entstandene Urlaub gewährt wird. Eine Steigerung der Erholungswirkung sei durch die Vervielfachung des Mindesturlaubs jedenfalls nicht ersichtlich.

### NACHTEILE EINER UNBEGRENZTEN ANSAMMLUNG

Eine Anhäufung der Urlaubsansprüche steht einer Wiedereingliederung des Arbeitnehmers ins Arbeitsleben entgegen, was sich kontraproduktiv auf seine Karriere auswirken kann. Zudem kann die finanzielle Belastung für den Arbeitgeber einen Anreiz bedeuten, sich möglichst früh von langfristig arbeitsunfähigen Arbeitnehmern zu trennen.

Die Generalanwältin hebt den Schutzzweck hervor, den die Richtlinie auf der Grundlage des damals geltenden EG-Vertrags gewährleisten soll, nämlich die „Förderung der Beschäftigung“ und einen „angemessenen sozialen Schutz“.

#### **ÜBERTRAGUNGSZEITRAUM MAXIMAL 18 MONATE NACH ENDE DES URLAUBSJAHRES**

Die Generalanwältin belässt es aber nicht nur dabei, Argumente für eine Beschränkung des Urlaubsabgeltungsanspruchs zu benennen, sondern sie liefert auch einen praktikablen Ansatz zur zeitlichen Begrenzung des Übertragungszeitraums. Danach kommt eine entsprechende Anwendung des Art. 9 Abs. 1 aus dem Übereinkommen Nr. 132 der IAO in Betracht. Die Relevanz des Übereinkommens für die Auslegung der Richtlinie 2003/88/EG hat der EuGH bereits in der Sache „Schultz-Hoff“ bestätigt.

Die Regelung besagt, dass der bezahlte Jahresurlaub „spätestens achtzehn Monate nach Ablauf des Jahres, für das der Urlaubsanspruch erworben wurde, zu gewähren und zu nehmen [ist]“. Hieraus ergibt sich, dass der Arbeitnehmer bis zu zweieinhalb Jahre Zeit hätte, seinen Mindesturlaub für ein bestimmtes Urlaubsjahr zu nehmen. Diese Frist erscheint objektiv gesehen lang genug, um eine effektive Rechtsausübung zu gewährleisten. Darüber hinaus hätte der Arbeitnehmer stets die Gewähr, nach einer langwierigen Krankheit über einen längeren Zeitraum der Erholung zu verfügen.

Für Fragen zum Thema „Beschränkung des Urlaubsabgeltungsanspruchs“ oder zu anderen Bereichen des Arbeitsrechts stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Detlef Grimm  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-129  
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Hendrik Strauf LL.M  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-129  
hendrik.strauf@loschelder.de



#### **FOLGEN FÜR DIE BETRIEBSPRAXIS**

In den Schlussanträgen wird am Ende noch einmal klar gestellt, dass die Übernahme der 18-Monats-Frist aus dem Übereinkommen Nr. 132 der IAO nicht zwingend ist. Vielmehr stellt dieser Zeitraum lediglich einen Richtwert dar, an dem sich die Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung möglichst orientieren sollen. Ein Zeitraum von 18 Monaten genügt jedenfalls den Zielen des Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG; eine Übertragungsmöglichkeit von lediglich sechs Monaten, wie sie Gegenstand der Rechtssache „Schultz-Hoff“ war, hingegen nicht.

Auch wenn der EuGH den Schlussanträgen der Generalanwälte fast immer folgt, bleibt bis zu dem in einigen Monaten zu erwartenden Urteil Unsicherheit über die Begrenzung der Folgewirkungen des Schultz-Hoff-Urteils. Würde der EuGH dem Schlussantrag folgen, wären die schlimmsten Folgen des Schultz-Hoff-Urteils für die Praxis mit der Begrenzung des Urlaubsabgeltungsanspruchs auf 18 Monate nach Ende des Bezugszeitraums abgemildert. Dann könnten die diese Grenze überschreitenden Rückstellungen in den Unternehmen aufgelöst werden.

## NEUES ZUR URLAUBSANRECHNUNG BEI FREISTELLUNG WÄHREND DER KÜNDIGUNGSFRIST

In der Praxis kommt es häufig vor, dass Arbeitgeber nach Ausspruch einer Kündigung den betroffenen Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Kündigungsfrist von der Pflicht zur Arbeitsleistung freistellen. Oftmals erfolgt eine solche Freistellung „unter Anrechnung etwaiger Urlaubs- und sonstiger Freizeitausgleichsansprüche“, d.h. in der Freistellungsphase sollen diese Ansprüche gleichsam „miterledigt“ werden. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte sich in einem Urteil vom 17.05.2011 (Az. 9 AZR 189/10 - bislang liegt nur die Pressemitteilung Nr. 37/11 vor) mit den urlaubsrechtlichen Folgen einer solchen Erklärung zu befassen.

### DER FALL

Der BAG-Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Arbeitnehmer war als Angestellter mit einem jährlichen Urlaubsanspruch von 30 Arbeitstagen beschäftigt. Im November 2006 kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis zum 31.03.2007. Gleichzeitig stellte er den Arbeitnehmer „ab sofort unter Anrechnung Ihrer Urlaubstage von Ihrer Arbeit unter Fortzahlung der Bezüge“ frei. Im nachfolgenden Kündigungsschutzprozess obsiegte der Arbeitnehmer, der während des Prozesses – aus Sicht des Arbeitgebers konsequent – keine Arbeitsleistung erbracht hatte. Die Unwirksamkeit der Kündigung und damit der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses wurden rechtskräftig festgestellt.

Der Arbeitnehmer machte daraufhin Resturlaub aus dem Jahr 2007 geltend. Er vertrat die Auffassung, für die Zeit ab dem 01.04.2007 seien weitere Urlaubsansprüche entstanden. Der Arbeitgeber habe ihm während der Kündigungsfrist neben dem aus 2006 resultierenden Urlaub allenfalls den Teilurlaub für das Jahr 2007 gewährt, der sich gem. § 5 Abs. 1 Buchst. c Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) für den Zeitraum vom 01.01. bis 31.03.2007 ergibt (7,5 Tage).

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Das Hessische Landesarbeitsgericht (LAG Hessen) hatte in II. Instanz (Urteil vom 27.08.2009, Az. 11/18 Sa 1114/08) zugunsten des Arbeitgebers angenommen, dass die Erklärung über die Urlaubsanrechnung nicht nur den Teilurlaub bis zum Beendigungsdatum erfasse, sondern auch den – bei unwirksamer Kündigung entstehenden – darüber hinausgehenden Urlaubsanspruch für den Rest des Jahres 2007.



### DIE ENTSCHEIDUNG DES BAG

Das BAG entschied jedoch zugunsten des Arbeitnehmers. Die Erklärung des Arbeitgebers erfasse nur den auf den Zeitraum vom 01.01. bis 31.03.2007 entfallenden Teilurlaub.

Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG legt der Arbeitgeber den Urlaub zeitlich fest. Die Erklärung eines Arbeitgebers, einen Arbeitnehmer unter Anrechnung auf dessen Urlaubsansprüche nach der Kündigung von der Arbeitsleistung freizustellen, ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die gem. §§ 133, 157 BGB aus Sicht eines verständigen Arbeitnehmers auszulegen ist.

Nach Auffassung des BAG muss die Erklärung für den Arbeitnehmer hinreichend deutlich erkennen lassen, in welchem Umfang der Arbeitgeber die Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers erfüllen will. Zweifel gingen zu Lasten des Arbeitgebers, da er es als Erklärender in der Hand habe, den Umfang der Freistellung eindeutig festzulegen. Im Streitfall habe der Arbeitnehmer der Freistellungserklärung nicht mit hinreichender Sicherheit entnehmen können, ob der Arbeitgeber den vollen Urlaubsanspruch für das Jahr 2007 oder lediglich den Teilurlaubsanspruch (bis zum 31.03.2007) erfüllen wollte.

### EINORDNUNG UND KRITIK

Auf den ersten Blick – und ohne Kenntnis des vollständigen Urteils – irritiert diese Begründung. Dass Zweifel bei der Auslegung einer Willenserklärung zu Lasten des Erklärenden gehen, ist eine Sanktion, die hauptsächlich im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verankert ist (sog. Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB). Sie ist die Kehrseite dessen, dass eine Vertragspartei einseitig den Vertragsinhalt diktiert. Im BAG-Fall ging es jedoch nicht um einen Vertrag, sondern um eine notwendigerweise ein-

seitige Willenserklärung. Hier gilt üblicherweise – ebenso wie im Bereich ausgehandelter Verträge – ein anderer Grundsatz für Zweifelsfälle, nämlich dass im Zweifel gewollt ist, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der recht verständenen Interessenlage entspricht (so z.B. BAG, Urteil vom 15.12.2005, Az. 2 AZR 148/05).

So hatte das LAG Hessen in II. Instanz die für den Arbeitgeber günstige Auslegung der Freistellungserklärung damit begründet, diese liege im „wohlverstandenen Eigeninteresse des Arbeitgebers“, um die Kumulation von Annahmeverzugs- und Urlaubsabgeltungsansprüchen zu verhindern. Der Arbeitnehmer habe seiner Auslegung einseitig nur seine Interessen zugrunde gelegt.

Es bleibt nun abzuwarten, ob das BAG in der – noch zur Veröffentlichung ausstehenden – vollständigen Urteilsfassung eine überzeugende Begründung für seine Auffassung liefert.

#### KONSEQUENZEN DER BAG-ENTSCHEIDUNG

Unabhängig davon müssen sich Arbeitgeber jedoch darauf einstellen, dass die Entscheidung des BAG von den Instanzgerichten umgesetzt wird. Freistellungserklärungen mit dem eingangs genannten Anrechnungswortlaut werden daher nur noch den in der Kündigungsfrist bis zum Beendigungsdatum anfallenden Teilurlaub erfassen. Wie erreicht man nun als Arbeitgeber, dass, falls die Kündigung unwirksam ist, auch während der Freistellung nach dem Beendigungsdatum Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers erfüllt werden?

Bei Fragen zum Thema „Urlaubsanrechnung“ oder zu anderen Bereichen des Arbeitsrechts stehen Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Detlef Grimm  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-129  
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-129  
sebastian.pelzer@loschelder.de



Die nächstliegende Lösung ist, dies bereits in der Freistellungserklärung – die regelmäßig mit der Kündigungserklärung verbunden wird – klarzustellen. Wenn der Zeitraum dies erlaubt, sollte die Freistellung erklärt werden

*„unter Anrechnung Ihrer Urlaubstage einschließlich des ungekürzten Jahresurlaubs für das Jahr ....“.*

Allerdings sind einige Konstellationen denkbar, in denen sinnvollerweise eine klarstellende Erklärung zum Umfang der Urlaubsanrechnung erst später – z.B. kurz vor Ablauf der Kündigungsfrist – abgegeben werden kann. Wenn z.B. eine Kündigung zum 30.11. eines Jahres ausgesprochen wurde und die Parteien sich über deren Wirksamkeit streiten, kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zum Jahreswechsel schriftlich mitteilen, dass

*„vorsorglich für den Fall, dass die ausgesprochene Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht wirksam zum 30.11. ... beendet hat, während Freistellung auch etwaige Urlaubsansprüche erfüllt werden, die nach dem 30.11. ... entstehen.“*

Sollten sich die Arbeitsvertragsparteien nach Ausspruch einer Kündigung einvernehmlich auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu einem späteren als dem im Kündigungsschreiben genannten Datum einigen und der Arbeitnehmer bis zu diesem späteren Datum freigestellt sein, so ist aus Arbeitgebersicht darauf zu achten, dass im Aufhebungsvertrag festgehalten wird, dass sämtliche Urlaubs- und Freizeitausgleichsansprüche „in natura gewährt und genommen“ wurden.

## BEFÖRDERUNG VON ARBEITNEHMERN ZU GESCHÄFTSFÜHRERN – WARUM DER ABSCHLUSS EINES SCHRIFTLICHEN GESCHÄFTSFÜHRERANSTELLUNGSVERTRAGES NOTWENDIG IST.



Wenn Gesellschafter einen früheren Arbeitnehmer des Unternehmens zum Geschäftsführer bestellen, ist es wichtig, für den geänderten Inhalt der Tätigkeit auch einen angepassten rechtlichen Rahmen durch einen Geschäftsführeranstellungsvertrag zu vereinbaren. Auf die kündigungsrechtliche Bedeutung dieser Vereinbarung weist eine neue Entscheidung des BAG vom 15.03.2011 (10 AZB 31/10) hin.

Ein Arbeitnehmer war zum Geschäftsführer bestellt worden, ohne dass die Parteien einen geänderten schriftlichen Vertrag schlossen. Nach einem Jahr erfolgte die Abberufung und Kündigung des Geschäftsführers, der gegen die Kündigung vor dem Arbeitsgericht voring. Die Gesellschaft hielt das Arbeitsgericht für unzuständig, da dieses gem. § 5 Abs. 1 Satz 3 Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) für Geschäftsführer nicht zuständig sei. Anders als das Arbeitsgericht Hamburg, das sich zunächst für unzuständig erklärt hatte, hielten das Landesarbeitsgericht Hamburg und das Bundesarbeitsgericht (BAG) den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten für eröffnet: Der Kläger könne sich auf ein mit der Gesellschaft trotz der Geschäftsführerbestellung weiterbestehendes Arbeitsverhältnis berufen.

Die Frage des Kündigungsschutzes des zum Geschäftsführer beförderten Arbeitnehmers ist von den Gerichten in der Vergangenheit sehr kontrovers behandelt worden. Tatsächlich kann sich der scheinbare Vorteil der Beförderung zum Geschäftsführer wegen des bei Geschäftsführern fehlenden Kündigungsschutzes als verhängnisvoll erweisen.

Das BAG war zunächst versucht, dem beförderten Arbeitnehmer mit der Annahme zu helfen, neben dem Geschäftsführerstellungsvertrag bestehe ein Arbeitsverhältnis, das Kündigungsschutz vermittele, „ruhend“ weiter. Dieser Konstruktion erteilte das BAG in der Folge jedoch wieder eine Absage: Mit dem Abschluss eines Geschäftsführerdienstvertrages werde das bisherige Arbeitsverhältnis des angestellten Mitarbeiters im Zweifel aufgehoben.

Allerdings bedarf die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses gem. § 623 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) stets der Schriftform – an der die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im besprochenen Fall scheiterte. Die Parteien hatten über die Tätigkeit als Geschäftsführer nichts Schriftliches vereinbart. Das übliche Vorgehen des BAG, in den Geschäftsführerstellungsvertrag den arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrag hineinzulesen, scheiterte. Die Überlegung, dass sich das Arbeitsverhältnis nach der Bestellung zum Geschäftsführer in ein Geschäftsführerstellungsverhältnis „umgewandelt“ habe, überzeugte das BAG nicht: Eine solche Umgestaltung beinhalte im Kern gerade die Beendigung der bisherigen Vertragsbeziehungen und damit des Arbeitsverhältnisses und verlange daher nach der Schriftform. Der gekündigte Geschäftsführer konnte vor den Arbeitsgerichten klagen und sich auf den arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz berufen.

Allerdings ist diese rechtliche Position des Geschäftsführers nicht so komfortabel, wie sie auf den ersten Blick erscheint. Arbeitsrechtlich erstreitbar sind die Weiterarbeit auf dem früheren Posten als Arbeitnehmer und die Bezüge als Arbeitnehmer und nicht die zuletzt ausgeübte Geschäftsführerstellung. Dieser Kündigungsschutz wird vielfach lediglich noch als Druckmittel in einem Abfindungspoker dienen können. Letztlich ist daher beiden Seiten mit dem Abschluss eines Geschäftsführerstellungsvertrages, der – wie üblich – den fehlenden Kündigungsschutz durch längere Kündigungsfristen, Befristungen oder eine Abfindungsregelung – die allerdings sämtlich im Falle einer außerordentlichen Kündigung versagen – kompensiert, besser gedient.



Für Fragen zum Thema „Geschäftsführerstellungsvertrag“ oder zu anderen Bereichen des Arbeitsrechts steht Ihnen gerne zur Verfügung:



Dr. Martin Brock  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-233  
martin.brock@loschelder.de

## DREI JAHRE SIND GENUG – BAG BEGRENZT REICHWEITE DES VORBESCHÄFTIGUNGSVERBOTS BEI SACHGRUNDLOSER BEFRISTUNG

Bereits in der letzten Ausgabe von *Recht Aktuell* hatten wir über wichtige Änderungen in der Rechtsprechung zum Befristungsrecht berichtet. Die dort geäußerte Hoffnung, dass sich der neu besetzte 7. Senat des Bundesarbeitsgerichts (BAG) auch der sachgrundlosen Befristung annehmen werde, ist recht zügig erfüllt worden: Das BAG hat mit einem Urteil vom 06.04.2011 (7 AZR 716/09) die Reichweite des zuvor unbegrenzten Vorbeschäftigungsverbot auf drei Jahre beschränkt.

Die sachgrundlose Befristung gemäß § 14 Abs. 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) ist eine Ausnahme vom Grundsatz des § 14 Abs. 1 TzBfG, dass Befristungen von Arbeitsverträgen eines rechtfertigenden Sachgrundes bedürfen: bis zur Dauer von zwei Jahren erlaubt § 14 Abs. 2 TzBfG die Befristung eines Arbeitsvertrages auch ohne dass ein Sachgrund diese rechtfertigt. Die dreimalige Verlängerung des Vertrages ist bis zur Zweijahresgrenze möglich.

In der Praxis ist diese Regelung von großer Bedeutung, da sie eine allein von formalen Voraussetzungen abhängige und damit sichere Befristung ermöglicht. Die Zahl der sachgrundlosen Befristungen übersteigt die der Sachgrundbefristungen erheblich.

Den Abschluss von Kettenarbeitsverträgen verhindert bei § 14 Abs. 2 TzBfG ein Vorbeschäftigungsverbot. Eine sachgrundlose Befristung ist nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Der Wortlaut des Gesetzes erlaubt dem Arbeitgeber damit nur jeweils ein einziges sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnis mit jedem Arbeitnehmer: einmal – und dann nie wieder.

Diese gesetzliche Regelung war eine deutliche Verschärfung der Vorgängernorm im Beschäftigungsförderungsgesetz 1996, nach der ein Anschlussverbot nur bei einem „engen sachlichen Zusammenhang“ mit einem zuvor bestehenden Arbeitsverhältnis galt, so dass nach Unterbrechungen auch wiederholte sachgrundlose Befristungen mit demselben Arbeitnehmer möglich waren.

Die Regelung des TzBfG war stets als zu rigide kritisiert worden; zahlreiche Autoren sprachen sich dafür aus, die Norm gegenüber dem Wortlaut einschränkend auszulegen. Trotz dieser Überlegungen hat der 7. Senat des Bundesarbeitsgerichts stets darauf bestanden, das Vorbeschäftigungsverbot streng und konsequent nach dem Wortlaut anzuwenden (vgl. BAG 06.11.2003 – 2 AZR 690/02, AP Nr. 7 zu § 14 TzBfG).

Mit dieser über lange Jahre strikt durchgehaltenen Rechtsprechung bricht nun der „neue“ 7. Senat. Eine Vorbeschäftigung soll einer erneuten sachgrundlosen Befristung bis zu zwei Jahre dann nicht entgegenstehen, wenn die frühere Beschäftigung mehr als drei Jahre zurückliegt; dies erfordere – so das BAG – eine „an Sinn und

Zweck orientierte, verfassungskonforme Auslegung der gesetzlichen Regelung“.

Das strikt gehandhabte Beschäftigungsverbot könne zwar Befristungsketten und den Missbrauch befristeter Arbeitsverträge wirksam verhindern, es könne allerdings auch zu einem Einstellungshindernis werden. Um dies zu verhindern, dürfe das Verbot nur soweit angewandt werden, wie dies sein Zweck, Befristungsketten zu verhindern, erfordere – was bei lange zurückliegenden früheren Beschäftigungen typischerweise nicht mehr der Fall sei. Der Gesetzeszweck rechtfertige in diesen Fällen die Beschränkung der Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien und die damit verbundene Einschränkung der Berufsfreiheit des Arbeitnehmers nicht.

Diese Korrektur der Rechtsprechung ist zu begrüßen, da die in ihrer Starrheit beschäftigungsfeindliche gesetzliche Regelung auf ein vernünftiges Maß zurückgeführt wird. In Bezug auf die richterliche Gesetzesbindung hinterlässt das Urteil allerdings einen etwas schalen Nachgeschmack.

Der Senat nimmt eine Gesetzeskorrektur in die Hand, die die Bundesregierung – jedenfalls noch ausweislich des Koalitionsvertrages – ähnlich selbst hatte umsetzen wollen, wobei allerdings der Ankündigung nur Tatenlosigkeit folgte. Auch die verfassungsrechtliche Begründung trägt nur bedingt, da das Bundesverfassungsgericht selbst keine verfassungsrechtlichen Zweifel am Vorbeschäftigungsverbot hatte und eine gegen die strenge Auslegung gerichtete Verfassungsbeschwerde erst gar nicht zur Entscheidung annahm (BVerfG 11.11.2004 – 1 BvR 930/04).

Damit verdeutlicht die neue Entscheidung den methodischen Paradigmenwechsel beim 7. Senat, der den Weg einer strikt wortlautorientierten Gesetzesanwendung bei Inkaufnahme nur schwer vermittelbarer Ergebnisse zugunsten einer Rechtsprechung, die sich zur Durchsetzung rechtspolitisch gewünschter Ergebnisse auch über den Wortlaut des geschriebenen Gesetzes hinwegsetzt, aufgibt und die Korrektur von als misslungen empfundenen Regelungen beherzt in die Hand nimmt.



Bei Fragen zum Thema „Vorbeschäftigungsverbot bei sachgrundloser Befristung“ oder zu anderen Bereichen des Arbeitsrechts steht Ihnen gerne zur Verfügung:

Dr. Martin Brock  
Telefon: +49 (0) 221 650 65-233  
[martin.brock@loschelder.de](mailto:martin.brock@loschelder.de)



## LEHRBUCH ZUM EUROPÄISCHEN WETTBEWERBSRECHT

Vor kurzem ist im Mohr Siebeck Verlag (UTB-Reihe) ein Lehrbuch zum „Europäischen Wettbewerbsrecht“ erschienen. Das Werk wurde von Loschelder-Rechtsanwältin Kristina Schreiber gemeinsam mit dem Bonner Universitätsprofessor Christian Koenig erstellt. Eine Fassung des Werkes in englischer Sprache ist im August diesen Jahres im Lexxion Verlag erschienen.

Das Europäische Wettbewerbsrecht, das seine Grundlage in nur neun Artikeln des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union findet, ist maßgeblich durch die Fallpraxis von EuGH und Kommission geprägt. Die Lösung wettbewerbsrechtlicher Fälle ist nur bei Kenntnis und Verständnis dieser umfangreichen Praxis möglich. Bisher fehlte ein Lehrwerk in handhabbarem Umfang, das dem Leser einen Einblick in diese Rechtsmaterie eröffnete und dem Praktiker in der täglichen Arbeit als Leitfaden diente.

Diese Lücke schließt das von Mohr Siebeck verlegte Buch, das neben dem Kartell- und Missbrauchsverbot auch die Grundzüge der Fusionskontrolle, des Beihilfen- und des Vergaberechts behandelt. Aufbereitet werden zudem die praktisch relevanten Fragen des Verfahrens wie z.B. die Ermittlungsbefugnisse der Kommission, die Beweislastverteilung oder Verjährungsfristen.

Das Lehrbuch nimmt die aktuelle Fallpraxis auf und fokussiert sich auf die Kernprobleme der Entscheidungen. Das Werk bietet dem Leser einen strukturierten, gut verständlichen und zugleich umfassenden Zugang zum EU-Wettbewerbsrecht und ermöglicht ihm die Einordnung und Analyse auch von neuen, noch nicht entschiedenen Fallkonstellationen. Bereits erschienene Rezensionen heben die präzise (Pechstein, EuZW 3/2011, S. 97) und anschauliche (Bartosch, WuW 12/2010, S. 1258 f.) Darstellungsweise hervor. Das Buch ist auch in englischer Sprache erschienen, als prägnanter Leitfaden angepasst an die angelsächsische Rechtsterminologie. Die Autoren des deutschen Lehrbuchs werden dabei von einer englischen Rechtsanwältin (Solicitor) unterstützt.



## EBENFALLS ERSCIENEN

**DR. SEBASTIAN PELZER**  
Sommerhitze und Arbeits(schutz)recht,  
*Lohn + Gehalt 2011, S. 92 ff.*

**DR. STEFAN MAASSEN, LL.M./DR. KRISTINA SCHREIBER**  
Vergaberechtliche Fragen der Einrichtung von GeoTLDs,  
*MMR, S. 363 ff.*

**DR. HENDRIK STRAUF, LL.M.** (zusammen mit Dr. Martin Fröhlich)  
Die Abstellungspflicht der FIFA  
*SpuRt 2011, S. 102 ff.*

**STEFFEN RHEIN, LL.M.** (zusammen mit Dr. Romina Polley)  
Anforderung an die Vereinbarung bzw. abgestimmtes Verhalten bei vertikaler Preisbindung,  
*KSZW 1/2011, S. 15 ff.*

## VORTRÄGE UNSERER ANWÄLTE

**CHRISTIAN MUSIOL**

Fachlehrgang Urheber- und Medienrecht  
08.09.2011, Berlin  
*Deutsche AnwaltAkademie*

**DR. STEFAN STOCK**

Real Estate Management  
09.-10.09.2011, Hamburg  
*ADI Akademie der Immobilienwirtschaft*

**DR. MARTIN BROCK**

Das neue Recht der Arbeitnehmerüberlassung  
12.09.2011, München  
*Management Circle*

**DR. STEFAN MAASSEN, LL.M.**

Werberecht für Praktiker  
21.09.2011, Wuppertal  
*Technische Akademie Wuppertal*

**DR. MARTIN BROCK**

Das neue Recht der Arbeitnehmerüberlassung  
07.10.2011, Düsseldorf  
*Management Circle*

**DR. MARTIN BROCK**

Bedarfsgerechter Personaleinsatz in der Produktion  
12.10.2011, Essen  
*Haus der Technik e.V.*

**DR. CEDRIC MEYER**

Betriebsbeauftragte für Gewässerschutz  
17.-20.10.2011, Essen  
*Haus der Technik e.V.*

**DR. MARTIN BROCK**

Update Arbeitsrecht  
20.10.2011, München  
*BeckAkademie*

**DR. DETLEF GRIMM**

Das neue Beschäftigtendatenschutzrecht  
22.10.2011, Stuttgart  
*Deutsche AnwaltAkademie*

**DR. DETLEF GRIMM**

Interessenausgleich und Sozialplan  
04.11.2011, Bremen  
*Deutsche AnwaltAkademie*

**DR. MARTIN BROCK/CHRISTIAN MUSIOL**

Wettbewerb durch und um Mitarbeiter  
– arbeits- und wettbewerbsrechtliche Aspekte  
24.11.2011, Hamburg  
*Deutsche AnwaltAkademie*

**DR. DETLEF GRIMM**

Das neue Beschäftigtendatenschutzrecht  
25.11.2011, Hannover  
*Deutsche AnwaltAkademie*

**DR. CEDRIC MEYER**

Betriebsbeauftragte für Gewässerschutz  
17.-20.10.2011, Essen  
*Haus der Technik e.V.*

**DR. MARTIN BROCK/CHRISTIAN MUSIOL**

Know-how-Schutz in Unternehmen  
02.12.2011, Frankfurt/Offenbach  
*RAK Frankfurt*

# DIE PUBLIKATION „RECHT AKTUELL“

ist eine unregelmäßig erscheinende Veröffentlichung von Loschelder Rechtsanwälte und beinhaltet keinen konkreten Rechtsrat zu einem speziellen Sachverhalt.

Die veröffentlichten Artikel sind allgemeine Zusammenfassungen zu aktuellen rechtlichen Fragen, gesetzgeberischen Entwicklungen und Veränderungen aufgrund neuer Entscheidungen.

Wir empfehlen deshalb dringend, bei konkreten Fragen einen Rechtsanwalt unserer Sozietät zu konsultieren. Dieser wird Ihre speziellen Fragen unter Berücksichtigung des Sachverhaltes und Ihrer Bedürfnisse gerne beantworten.

Diese Veröffentlichung kann auf unserer Internet-Homepage unter [www.loschelder.de](http://www.loschelder.de) abgerufen werden. Dort finden Sie auch weitere Veröffentlichungen unserer Sozietät.

## LOSCHELDERRECHTSANWÄLTE

Konrad-Adenauer-Ufer 11  
50668 Köln

Telefon +49 (0) 221 65065-0  
Telefax +49 (0) 221 65065-110

[www.loschelder.de](http://www.loschelder.de)