

# LUTZ | ABEL

RECHT AKTUELL

01/2018

# RECHT AKTUELL 01/2018

Sehr geehrte Leserinnen und Leser,

heute halten Sie eine druckfrische Ausgabe der Recht Aktuell in Händen: ausgewählte Beiträge zu Rechtsprechung und Gesetzgebung, aktuelle Veranstaltungshinweise sowie Neuigkeiten aus der Kanzlei.

Das Jahr 2018 steht bei LUTZ | ABEL weiter für Wachstum. Vor diesem Hintergrund dürfen wir Ihnen eine Reihe neuer Kolleginnen und Kollegen vorstellen.

Unser Stuttgarter Büro hat zu Jahresbeginn zwei erfahrene Partner hinzugewonnen: Dr. Marc Seiffert verstärkt die Praxisgruppe Bank- und Kapitalmarktrecht. Er begann seine Laufbahn als Rechtsanwalt im Jahr 2000 bei einer renommierten Stuttgarter Kanzlei und war zuletzt Partner einer der führenden multidisziplinären Beratungsgesellschaften in Baden-Württemberg. Die Verteidigung von Banken und Sparkassen gegen Klagen von Kapitalanlegern ist heute einer seiner Beratungsschwerpunkte. Zu seinen Mandanten zählen unter anderem eine Reihe baden-württembergische Sparkassen. Außerdem berät er im Gesellschaftsrecht.

Dr. Daniel Junk berät insbesondere an der Schnittstelle von Bau- und Vergaberecht. Vor seinem Wechsel zu LUTZ | ABEL war er neun Jahre für eine angesehene Kanzlei in Stuttgart tätig, zuletzt als Equity Partner. Zu seinen Mandanten zählen unter anderem Projektgesellschaften und öffentliche Auftraggeber. Er bringt außerdem umfangreiche Erfahrung aus der Begleitung von Infrastrukturprojekten auf Auftragnehmerseite mit, unter anderem in Fragestellungen rund um den gestörten Bauablauf. Daneben vertritt Herr Junk auch zahlreiche mittelständische Bauunternehmen in gerichtlichen Auseinandersetzungen.

Auch unser Team in Hamburg wächst weiter. Janna Nedderhut verstärkt LUTZ | ABEL in den Bereichen IP-, IT-Recht und Datenschutz und war bereits mehrere Jahre in einer Hamburger Wirtschaftskanzlei als Rechtsanwältin im Wettbewerbs- und Markenrecht tätig.

Im Arbeitsrecht sind gleich zwei Neuzugänge zu verzeichnen: Claudia Knuth, Fachanwältin für Arbeitsrecht, ist seit 2014 als Rechtsanwältin im Arbeitsrecht tätig, zuvor in einer auf Arbeitsrecht spezialisierten Wirtschaftskanzlei in Hamburg. Mit Justine Prasetyo kam eine Berufseinsteigerin hinzu, die sowohl das Team in Hamburg als auch in München unterstützt.

Auch in München freuen sich einige Praxisgruppen über Verstärkung. Seit Februar erweitert Jan-Philipp Kunz das Venture Capital Team. Er war zuvor unter anderem in einer auf Gesellschaftsrecht & Transaktionen spezialisierten Boutique in Hamburg tätig sowie Mitgründer und CEO eines LegalTech Start-ups. Auch das Team Vergaberecht verstärkt sich mit Hendrik Stamm um einen erfahrenen Associate, der vor seinem Einstieg bei LUTZ | ABEL bereits vier Jahre für eine renommierte deutsche Anwaltskanzlei tätig war. Ganz aktuell hat Anna Zaprutckaja ihre Laufbahn als Rechtsanwältin bei LUTZ | ABEL im Bereich Gesellschaftsrecht begonnen.

Wir laden Sie ein, die neuen Kolleginnen und Kollegen im Rahmen der regelmäßig bei uns an den einzelnen Standorten stattfindenden Veranstaltungen kennenzulernen.

Lassen Sie sich nun auf den folgenden Seiten dieser Ausgabe der Recht Aktuell von den Rechtsanwältinnen und -anwälten aus unterschiedlichen Fachbereichen informieren. Für Fragen stehen Ihnen die Autoren sowie das gesamte LUTZ | ABEL Team gerne zur Verfügung.

Herzliche Grüße

Ihre LUTZ | ABEL Rechtsanwalts GmbH

# VERANSTALTUNGEN

## ARBEITSRECHT

### NEUE VERANSTALTUNGSREIHE

#### Arbeitsrecht im Mittelstand

Unsere neue, zunächst dreiteilige Veranstaltungsreihe ARBEITSRECHT IM MITTELSTAND ist speziell für mittelständische Unternehmen konzipiert: ausgewählte Themen, Präsentation mit hohem Praxisbezug, offen für Ihre Fragen, Zeit für Austausch und Diskussion.

Als Rechtsanwaltskanzlei haben wir einen Fokus auf die Beratung mittelständischer Unternehmen gelegt. Dies hat das Branchenmagazin JUVE mit der Auszeichnung „Kanzlei des Jahres für den Mittelstand“ honoriert. Für uns ein Grund mehr, den Dialog mit dem Mittelstand zu intensivieren.



Kanzlei des Jahres  
für den Mittelstand

#### I. Flexibilisierung von Vergütung und Arbeitszeit

LUTZ | ABEL Frühstück

31. Mai 2018 in Hamburg  
14. Juni 2018 in München  
21. Juni 2018 in Stuttgart

Dr. Philipp Byers,  
Dr. Henning Abraham,  
Claudia Knuth,  
Manuela Kerscher

#### II. Zusammenarbeit des Arbeitgebers mit Betriebsräten und Gewerkschaften

LUTZ | ABEL Frühstück

06. September 2018 in Hamburg  
13. September 2018 in Stuttgart  
20. September 2018 in München

Dr. Philipp Byers,  
Dr. Henning Abraham, u.a.

#### III. Compliance im Mittelstand

LUTZ | ABEL Frühstück

08. November 2018 in München  
15. November 2018 in Stuttgart  
28. November 2018 in Hamburg  
17. Januar 2019 in München (stetter Rechtsanwälte)

Dr. Sabine Stetter, stetter Rechts-  
anwälte,  
Dr. Philipp Byers

## ARBEITSRECHT

### Der neue Beschäftigtendatenschutz

BECK Seminare

Dr. Philipp Byers

25. September 2018 in Frankfurt am Main

[www.beck-seminare.de](http://www.beck-seminare.de)

## GESELLSCHAFTSRECHT

### Brennpunkt Managerhaftung

Abendveranstaltung

18. Oktober 2018 in München

Dr. Sabine Stetter, stetter Rechts-  
anwälte, Dr. Simon Hammerstingl,  
Hiscox Europe Underwriting Ltd.,  
Dr. Kilian K. Eßwein

### Gesellschafterstreit - Typische Konfliktfelder

BECK Seminare

22. November 2018 in Mannheim

Dr. Reinhard Lutz,  
Dr. Christian Dittert

### Gesellschafterstreit im Prozess

BECK Seminare

23. November 2018 in Mannheim

Dr. Reinhard Lutz,  
Dr. Christian Dittert

[www.beck-seminare.de](http://www.beck-seminare.de)

## REAL ESTATE

### Megatrend Digitalisierung – Chancen für die Immobilienbranche

LUTZ | ABEL Frühstück

22. Juni 2018 in Hamburg

René Doeubler & Norman Meyer,  
Drees & Sommer SE,  
Dr. Robert Castor, Gerrit Sieber

### Störungen im Bauablauf

Seminar des Verlag Dashöfer

28. Juni 2018 in Leipzig

Dr. Daniel Junk

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

# VERANSTALTUNGEN

## VENTURE CAPITAL

### **Deutscher Business Angels Tag 2018**

17. Bis 18. Juni 2018 in Hamburg

LUTZ | ABEL ist auch in diesem Jahr Partner des Business Angels Tages. Darüber hinaus tritt Dr. Lorenz Jellinghaus als Referent auf.

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

### **Banken und Versicherungen als Wagniskapitalgeber**

Vortragsveranstaltung von TABULARAZA by zeb und LUTZ | ABEL

04. Juli 2018 in Hamburg

Dr. Lorenz Jellinghaus,  
Maximilian Vocke, Martin Kulik,  
Head of TABULARAZA by zeb,  
Timo Fleig, Berliner Volksbank  
VenturesTBA, Daniel Chennaoui,  
EnBW New Ventures, N.N.  
Dr. Markus Wienen, Haspa Next  
GmbH N.N.

## KONTAKT

Für Fragen zu den Veranstaltungen und zur Anmeldung stehen Ihnen die Referenten sowie Maria Schiller (Telefon: +49 89 544 147-0, E-Mail: [marketing@lutzabel.com](mailto:marketing@lutzabel.com)) gerne zur Verfügung.

Weitere Informationen finden Sie darüber hinaus auf unserer Internetseite unter [www.lutzabel.com/termine](http://www.lutzabel.com/termine)

# INHALTSVERZEICHNIS

<b>Arbeitsrecht</b>		
10	Arbeitsrechtliche Reformvorhaben der Großen Koalition – Vom Recht auf befristete Teilzeit und erheblichen Einschränkungen bei befristeten Arbeitsverhältnissen	Dr. Henning Abraham
<b>Privates Baurecht</b>		
14	Reduzierung des Überzahlungsrisikos des Auftraggebers bei Abschlagszahlungen auf Nachträge im Bauvertrag gemäß § 650c Abs. 3 S. 1 BGB	Dr. Hubert Bauriedl
18	Achtung bei der Anlieferung von Baustoffen – Zum Umfang der Untersuchungsobliegenheit nach § 377 HGB beim Handelskauf	Julian Stahl
20	Ein Klassiker: Erstattungsfähigkeit der Kosten der Nachtragsbearbeitung?	Sebastian Schreiber, LL.M.
22	Ersatzvornahmekosten oder Schadensersatz – was durch die Rechtsprechungsänderung zu beachten ist	Dr. Daniel Junk
<b>Öffentliches Baurecht</b>		
26	Fehleranfälligkeit von Bebauungsplänen	Dr. Christian Braun
<b>Beihilfen- und Kartellrecht</b>		
29	Internetvertrieb: EuGH und BGH konkretisieren die Anforderungen an die Zulässigkeit selektiver Vertriebssysteme für Luxus- und Markenwaren	Christoph Richter
<b>Gesellschaftsrecht</b>		
35	GmbH: Die Eintragung einer Kapitalerhöhung heilt einen Formmangel der Übernahmeerklärung	Dr. Alexander Henne M.Jur.

# ARBEITSRECHT

## Arbeitsrechtliche Reformvorhaben der Großen Koalition – Vom Recht auf befristete Teilzeit und erheblichen Einschränkungen bei befristeten Arbeitsverhältnissen

RA Dr. Henning Abraham | abraham@lutzabel.com

### I. Der Koalitionsvertrag 2018

Nach langem Ringen haben sich die Spitzen von CDU/CSU und SPD am 07.02.2018 auf einen Koalitionsvertrag für die nächste Legislaturperiode geeinigt. Unternehmen sind gut beraten, sich bereits jetzt mit den Plänen der neuen Regierung und deren Auswirkungen auf ihre betriebliche Organisationsstruktur auseinander zu setzen. Schließlich hat die Große Koalition bereits in der vergangenen Legislaturperiode insbesondere im Bereich des Arbeitsrechts nachdrücklich bewiesen, dass sie die Regelungen eines Koalitionsvertrages nicht nur als grobe Leitlinie, sondern als konkreten Handlungsauftrag versteht.

Zwar sind die in Abschnitt V.1. des Koalitionsvertrags unter der Überschrift „Gute Arbeit“ zusammengefassten arbeitsrechtlichen Reformvorhaben nicht mit den tiefgreifenden Umgestaltungen der vergangenen Legislaturperiode (z.B. Tarifeinheitgesetz, Rente mit 63, Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, Entgelttransparenzgesetz) vergleichbar, dennoch dürften einige Vorhaben im Falle ihrer Umsetzung zu erheblichen Beeinträchtigungen der betrieblichen Organisation zahlreicher Unternehmen führen. Dies gilt insbesondere für die geplante umfassende Reform des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG). Insgesamt erscheint die Frage durchaus berechtigt, ob die neue Bundesregierung ihrem selbst gesetzten Ziel „Eine neue Dynamik für Deutschland“ mit diesen Reformen tatsächlich näher kommen würde.

### II. Ausgewählte Reformvorhaben

Neben einer umfassenden Reform des Arbeitsförderungsrechts finden sich im Koalitionsvertrag vor allem die Einführung eines Anspruchs auf befristete Teilzeit, Regelungen zur Verhinderung eines offen-

bar festgestellten Missbrauchs von Befristungen, die Absicht einer ersten, vorsichtigen Lockerung des Arbeitszeitgesetzes, strengere Vorgaben für das Instrument „Arbeit auf Abruf“ sowie geplante Änderungen bei der betrieblichen und der Unternehmensmitbestimmung. Außerdem sollen die Unternehmen wieder stärker an den Lohnnebenkosten beteiligt werden.

#### 1. Anspruch auf befristete Teilzeit

Bereits zum Ende der abgelaufenen Legislaturperiode versuchte das SPD-geführte BMAS neben dem Entgelttransparenzgesetz auch noch den bereits vorliegenden „Referentenentwurf zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts“ in Gesetzesform zu gießen. Neben einer Umkehr der Darlegungslast vom Arbeitnehmer auf den Arbeitgeber im Zusammenhang mit einer (Wieder-)Aufstockung der Stundenzahl von Teilzeitbeschäftigten sah dieser Referentenentwurf insbesondere ein vergleichsweise uferloses Recht auf befristete Teilzeit vor, bei dem insbesondere die Mindest- und Höchstdauer einer solchen befristeten Teilzeit nicht festgelegt waren. Der Referentenentwurf scheiterte seinerzeit vor allem am Widerstand der CDU/CSU, welche unter anderem eine Beschränkung des Anspruchs auf Unternehmen mit mindestens 200 Mitarbeitern forderten.

Nunmehr wollen die Koalitionspartner in der neuen Legislaturperiode einen weiteren Anlauf zur Einführung eines Rechtsanspruchs auf befristete Teilzeitbeschäftigung nehmen. Angesichts der im Koalitionsvertrag bereits sehr detailliert festgeschriebenen Rahmenvorgaben wird man mit einer zügigen Durchführung des Gesetzgebungsverfahrens rechnen können. So haben die Koalitionäre den bisherigen Referentenentwurf insoweit spezifiziert, dass eine Mindestdauer von einem Jahr und eine Höchstdauer

von fünf Jahren für den Anspruch auf befristete Teilzeitbeschäftigung festgelegt wurden. Die Frage der erforderlichen Unternehmensgröße wurde dahingehend gelöst, dass ein Ausschluss von Unternehmen mit maximal 45 Mitarbeitern vorgesehen ist und für Unternehmen mit 46 bis 200 Mitarbeitern eine quantitative Beschränkung eingezogen wurde. Danach steht in solchen Unternehmen nur einem pro angefangenen 15 Mitarbeitern ein Recht auf befristete Teilzeitbeschäftigung zu. Da die ersten 45 Mitarbeiter einzuberechnen sind, könnten beispielsweise in einem Unternehmen mit 46 Mitarbeitern insgesamt vier Mitarbeiter das Recht auf befristete Teilzeitbeschäftigung geltend machen. In Unternehmen mit maximal 200 Mitarbeitern wären bis zu 14 Mitarbeiter berechtigt. Hier wird man vor allem gespannt sein dürfen, wie die Verteilung dieser begrenzten Zahl von Ansprüchen auf eine größere Zahl von Anspruchstellern erfolgen soll. Denkbar wären sowohl ein Prioritätsprinzip, bei welchem ein Wettlauf unter den interessierten Mitarbeitern ausgelöst werden würde, als auch eine Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte. Unklar ist ebenfalls, ob bei den vorgenannten Schwellenwerten Leiharbeitnehmer mitzuzählen sind. In jedem Fall soll aber weiterhin gelten, dass wie alle Teilzeitanprüche nach dem TzBfG auch Ansprüche auf befristete Teilzeitbeschäftigung aus entgegenstehenden betrieblichen Gründen abgelehnt werden können.

#### 2. Verhinderung vermeintlichen Missbrauchs bei Befristungen

Im Zusammenhang mit der Einführung eines Anspruchs auf befristete Teilzeitbeschäftigung werden die Regierungsparteien voraussichtlich zugleich auch die vereinbarte Bekämpfung eines vermeintlichen Missbrauchs bei Befristungen ins Gesetzgebungsverfahren einbringen.

Danach soll für Unternehmen mit mehr als 75 Mitarbeitern die Möglichkeit sachgrundloser Befristungen dadurch erheblich eingeschränkt werden, dass maximal 2,5 % der Belegschaft einen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag erhalten dürfen. Dies wären bei 80 Mitarbeitern also gerade einmal zwei sachgrundlos befristete Verträge und in größeren Unternehmen mit beispielsweise 800 Mitarbeitern nur 20 derartige Befristungen. Alle über diese Begrenzung hinaus gehenden, sachgrundlos befristeten Arbeitsverträge sollen als unbefristet gelten. Es ist davon auszugehen, dass abweichend von der bisherigen Praxis künftig in befristeten Arbeitsverträgen ausdrücklich angegeben werden muss, ob diese mit

oder ohne Sachgrund befristet werden sollen, um eine Kontrolle der Anzahl sachgrundloser Befristungen zu ermöglichen. Die derzeit noch mögliche Berufung auf das Vorliegen eines Sachgrundes im Falle einer unwirksamen sachgrundlosen Befristung wäre dem Arbeitgeber dann versagt.

Daneben soll die mögliche Dauer solcher sachgrundloser Befristungen von bislang 24 auf künftig nur noch 18 Monate reduziert werden und innerhalb dieses Zeitraums anstelle von bisher drei künftig nur noch maximal eine Verlängerung möglich sein.

Zudem sollen sog. Kettenbefristungen dadurch verhindert werden, dass künftig auch Befristungen mit Sachgrund nur noch bis zu einer Gesamtdauer von fünf Jahren zulässig sein sollen. Neben vorherigen befristeten und unbefristeten Arbeitsverhältnissen sollen hierbei insbesondere auch Zeiten einer vorhergehenden Überlassung des später befristet eingestellten Arbeitnehmers als Leiharbeitnehmer an den späteren Arbeitgeber berücksichtigt werden, sofern zwischen diesen Vorbeschäftigungszeiten und dem Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses nicht mindestens drei Jahre liegen.

Nachdem vor dem Hintergrund der Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes derzeit viele Unternehmen ihr Bedürfnis nach Flexibilität bei der Belegschaftsgröße dadurch zu erfüllen versuchen, dass sie von Leiharbeitnehmern auf befristet Beschäftigte umstellen, würde eine entsprechende Gesetzesreform eine erneute Überprüfung und Anpassung dieser Flexibilitätsoption erforderlich machen. Generell dürfte sich die international viel gerühmte Flexibilität des deutschen Arbeitsmarktes durch eine solche Reform weiter verringern.

#### 3. Lockerung des Arbeitszeitgesetzes

Die starren Regelungen des Arbeitszeitgesetzes mit seinen strengen täglichen und wöchentlichen Höchstarbeitszeiten und Mindestruhepausen werden seit geraumer Zeit auf breiter Front – selbst von den Gewerkschaften – kritisiert. Insofern besteht Einigkeit, dass eine Reform des Arbeitszeitgesetzes dringend erforderlich ist. Dieses Thema nahm bereits breiten Raum in dem vom BMAS in der vergangenen Legislaturperiode erarbeiteten „Weißbuch Arbeiten 4.0“ ein. Neben dem dort ebenfalls diskutierten Anspruch auf befristete Teilzeitbeschäftigung soll nunmehr ein weiteres Element Eingang ins Gesetzgebungsverfahren finden: die Einführung sog. „Experimentierräume“, in denen Unternehmen vom

Arbeitszeitgesetz abweichen können. Entsprechend dem erklärten Ziel der Koalitionspartner, die Tarifautonomie zu stärken, ist derzeit vorgesehen, solche Experimentierräume durch die Einführung von Tariföffnungsklauseln im Arbeitszeitgesetz nur für tarifgebundene Unternehmen zur Verfügung zu stellen. Gleichzeitig soll eine flexible Regelung wöchentlicher Höchstarbeitszeiten nur auf Basis von Betriebsvereinbarungen möglich sein.

Da die Regelungen im Koalitionsvertrag zu diesem Punkt eher rudimentär sind, wird abzuwarten bleiben, wie eine gesetzliche Neuregelung im Detail aussehen würde. Es macht den Eindruck, dass die Koalitionäre das komplexe Thema Arbeitszeitrecht nicht im Detail ausdiskutieren wollten. Die derzeit vereinbarten Eckpunkte klingen jedenfalls eher nach einer „kleinen Lösung“, insbesondere da sie nur auf tarifgebundene Unternehmen mit Betriebsrat beschränkt wären. Das im „Weißbuch Arbeiten 4.0“ ebenfalls diskutierte Wahlarbeitszeitgesetz, welches sowohl Arbeitgebern als auch Arbeitnehmern die Vereinbarung individueller, vom Arbeitszeitgesetz abweichender Regelungen zu Arbeitszeit und Arbeitsort ermöglichen soll, findet sich im Koalitionsvertrag jedenfalls nicht wieder.

#### 4. Beschränkungen der Arbeit auf Abruf

Ein weiterer Reformpunkt im Teilzeit- und Befristungsgesetz ist die geplante Beschränkung der in § 12 TzBfG geregelten Arbeit auf Abruf. Die in der arbeitsrechtlichen Praxis bereits weithin anerkannte Beschränkung der maximalen Abweichung von der vereinbarten Regelarbeitszeit (Bandbreite) im Rahmen eines solchen Modells auf eine Unterschreitung um maximal 20 % und eine Überschreitung von maximal 25 % soll nunmehr auch gesetzlich festgelegt werden. Zudem soll die Dauer der gesetzlich fingierten Wochenarbeitszeit für den Fall, dass die Parteien keine bestimmte Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit vereinbaren, von bislang 10 auf künftig 20 Wochenstunden steigen.

#### 5. Änderungen im Betriebsverfassungsgesetz

Im Betriebsverfassungsgesetz soll ein Initiativrecht des Betriebsrates für Weiterbildungsmaßnahmen, insbesondere im Zusammenhang mit der Digitalisierung, aufgenommen werden. Der Betriebsrat könnte hierdurch den Arbeitgeber zu einer Beratung über entsprechende Maßnahmen der Berufsbildung zwingen und zugleich für den Fall einer Nicht-Einigung einen sog. Moderator anrufen. Dieser würde dann zwischen den Betriebsparteien vermitteln und auf eine gütliche Einigung hinwirken. Ein Einigungszwang

vergleichbar der Mitbestimmung im Rahmen des § 87 BetrVG soll hingegen nicht bestehen. Im Ergebnis hätte der Betriebsrat damit (nur) die Möglichkeit, zusätzlichen Zeit- und Kostenaufwand beim Arbeitgeber zu verursachen, ohne im Ergebnis bestimmte Regelungen erzwingen zu können.

Zudem soll die Errichtung von Betriebsräten durch eine Ausweitung des Anwendungsbereichs für das vereinfachte Wahlverfahren von Betrieben mit bis zu 50 Arbeitnehmern auf Betriebe mit bis zu 100 Arbeitnehmern erleichtert werden. Anstatt wie bislang für Betriebe mit 51 bis 100 Arbeitnehmern soll die Anwendung des vereinfachten Verfahrens zukünftig zudem für Betriebe mit 101 bis zu 200 Arbeitnehmern zwischen Wahlvorstand und Arbeitgeber vereinbart werden können. Im Ergebnis müssten insbesondere Arbeitgeber mit Betrieben, in denen zwischen 51 und 100 wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt werden, mit einer deutlich kurzfristiger möglichen Errichtung eines Betriebsrats rechnen.

#### 6. Mitbestimmung

Schließlich wollen die künftigen Regierungsparteien sich für eine Sicherung der nationalen Mitbestimmungsrechte im Falle von grenzüberschreitenden Sitzverlegungen einsetzen. Welche Sachverhalte den Koalitionären hier genau vorschweben, ist weitgehend unklar. Möglicherweise sollen die Mitbestimmungsgesetze künftig auch auf Unternehmen mit ausländischer Rechtsform und Sitz in Deutschland Anwendung finden.

#### 7. Lohnnebenkosten

Bei den Lohnnebenkosten sollen insbesondere die Arbeitnehmer entlastet werden. Der Beitragssatz zur Arbeitslosenversicherung soll von 3,0 % auf 2,7 % sinken. Vor allem aber sollen ab dem 01.01.2019 die Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung, insbesondere also der bisherige Zusatzbeitrag, wieder paritätisch von Arbeitgeber und Arbeitnehmer getragen werden. Die Entlastung der Arbeitgeber bei den Lohnnebenkosten soll folglich wieder rückgängig gemacht werden, was mit erheblichen Kosten für die Unternehmen verbunden wäre.

#### 8. Fazit

Im Ergebnis werden die im Koalitionsvertrag angelegten Reformen das deutsche Arbeitsrecht sicherlich nicht grundlegend umwälzen, insbesondere im Bereich des Teilzeit- und Befristungsrechts dürfte es aber für zahlreiche Unternehmen zu teilweise schmerzhaften Änderungen kommen. Arbeitgeber,

die derzeit mit einer Vielzahl befristeter Arbeitsverträge agieren, sollten sich rechtzeitig auf die zu erwartenden Restriktionen einstellen. Positiv zu bewerten ist, dass der Gesetzgeber endlich eine Lockerung des Arbeitszeitgesetzes in Angriff nehmen will, wenngleich die bislang vereinbarten Eckpunkte aus Sicht der Praxis eher zu kurz greifen dürften.



**Dr. Henning Abraham**

\_ Rechtsanwalt  
\_ Fachanwalt für Arbeitsrecht

abraham@lutzabel.com

# PRIVATES BAURECHT

## Reduzierung des Überzahlungsrisikos des Auftraggebers bei Abschlagszahlungen auf Nachträge im Bauvertrag gemäß § 650c Abs. 3 S. 1 BGB

RA Dr. Hubert Bauriedl | bauriedl@lutzabel.com

Seit 01.01.2018 besteht für den Unternehmer eines Bauvertrags bei in Textform angeordneten Änderungen das Recht, vom Besteller für vertragsgemäß erbrachte Änderungsleistungen Abschlagszahlungen u.a. in Höhe von bis zu 80 % der in einem Angebot ausgewiesenen Mehrvergütung zu verlangen, wenn (und solange) sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben, keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht, § 650c Abs. 3 S. 1 BGB, oder Schlussrechnungsreife eintritt.

Dadurch wird dem Besteller das Insolvenzrisiko des Unternehmers teilweise überbürdet, und zwar in Höhe der Differenz zwischen 80 % der angebotenen Mehrvergütung und 100 % der tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn, § 650c Abs. 3 S. 3 BGB.

Aus Sicht des Auftraggebers (AG) fragt man sich, welche rechtlichen Möglichkeiten zur Reduzierung dieses Überzahlungsrisikos in BGB- und VOB/B-Bauverträgen bestehen.

### I. Anspruch auf Abschlagszahlungen gem. §§ 650a Abs. 1 S. 2, 632a Abs. 1 S. 1 BGB

Im BGB-Bauvertrag kann der Unternehmer auf die gem. § 650g Abs. 4 BGB erst nach Abnahme und Erteilung einer prüffähigen Schlussrechnung fällig werdende Vergütung Abschlagszahlungen unter folgenden Tatbestandsvoraussetzungen verlangen:

1. vertragsgemäß erbrachte und nach dem Vertrag geschuldete Leistung,
2. ggf. Übereignung oder Sicherheitsleistung bei Abschlagszahlungen für erforderliche Stoffe oder

Bauteile, die angeliefert oder eigens angefertigt und bereitgestellt sind,

3. Nachweis durch eine Aufstellung, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss (= Abschlagsrechnung).

Die Höhe der Abschlagsforderung richtet sich dabei nach dem vereinbarten (Gegen-)Wert der erbrachten Leistung, d.h. nach der dafür vereinbarten Vergütung. Wenn nichts anderes vereinbart ist, werden Abschlagsforderungen in BGB-Bauverträgen im Zweifel sofort nach Zugang der Aufstellung in Höhe von 100 % des sachlich berechtigten Rechnungsbetrags fällig, § 271 BGB.

4. Für Abschlagszahlungen auf in Textform angeordnete Änderungsleistungen (= Nachträge) bestehen dieselben Tatbestandsvoraussetzungen wie für die ursprünglich vereinbarte Leistung. Jedoch hat der Unternehmer für jede angeordnete Änderungsleistung die Möglichkeit, sich der Höhe nach zwischen mehreren in Frage kommenden Berechnungsmethoden zu entscheiden:

a) 100 % der Nachtragsvergütung, über die sich die Parteien der Höhe nach geeinigt haben. Da Nachtragsleistung und Nachtragsvergütung hier auf einem Änderungsvertrag gem. § 311 Abs. 1 Alt. 2 BGB beruhen, ist dieser Fall gleich zu behandeln wie Abschlagszahlungen auf die ursprünglich vereinbarte Leistung. Ein Überzahlungsrisiko des AG besteht nicht.

b) 100 % der auf Basis einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation fortgeschriebenen Nachtragsvergütung, § 650c Abs. 2 S. 1 BGB. Da für den Unternehmer in diesem Fall sogar eine widerlegliche gesetzliche Vermutung streitet, dass die so ermittel-

te Vergütung der Vergütung nach § 650c Abs. 1 BGB (= tatsächlich erforderliche Mehrkosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn – „AGK und WuG“) entspricht, empfiehlt es sich aus AG-Sicht, bereits die vereinbarungsgemäße Hinterlegung einer Urkalkulation auszuschließen, um dem Unternehmer diese gesetzliche Möglichkeit wieder zu nehmen. Wird die Nachtragsvergütung später trotzdem mittels Preisfortschreibung ermittelt, steht es dem AG frei, sich hierauf mit dem Unternehmer zu einigen.

„Die vereinbarungsgemäße Hinterlegung einer Urkalkulation gem. § 650c Abs. 2 S. 1 BGB wird hiermit ausgeschlossen.“

c) 80 % der in einem Angebot des Unternehmers nach § 650b Abs. 1 S. 2 BGB genannten Mehrvergütung, § 650c Abs. 3 BGB. Da die vom Unternehmer angebotene Mehrvergütung keinen Bezug zu der für die ursprünglich geschuldete Leistung vereinbarten Vergütung oder zu tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für AGK und WuG aufzuweisen braucht, droht hier dem AG ein Überzahlungsrisiko in Höhe der Differenz zwischen 80 % der genannten Mehrvergütung und 100 % der (erheblich niedrigeren) tatsächlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für AGK und WuG, wenn und solange sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben, keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht oder Schlussrechnungsreife eintritt.

d) Fraglich ist, ob der Unternehmer auch Abschlagszahlungen auf Änderungsleistungen in Höhe von 100 % der tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn verlangen kann: Unmittelbar aus dem Gesetz ergibt sich das Recht auf Abschlagszahlungen für Nachträge der Höhe nach nur bei vereinbarungsgemäß hinterlegter Urkalkulation und hinsichtlich der vom Unternehmer in einem Nachtragsangebot genannten Mehrvergütung. Da es sich bei der Vergütung nach tatsächlich erforderlichen Kosten zzgl. angemessener Zuschläge für AGK und WuG jedoch um die im Rahmen der Schlussrechnung gesetzlich geschuldete Nachtragsvergütung handelt, würde sich für den AG auch aus dieser Berechnung kein Überzahlungsrisiko ergeben.

Aus AG-Sicht erscheint es zur Entdeckung eines Überzahlungsrisikos sogar erstrebenswert, wenn er möglichst früh, z.B. zum Zeitpunkt, zu dem ihm das nach dem Gesetz vom Unternehmer vorzulegende

Mehrvergütungsangebot zugeht, auch ein Angebot über die voraussichtlich tatsächlich erforderlichen Kosten und – sofern diese nicht vereinbart sind – nach Ansicht des Unternehmers angemessene Zuschläge für AGK und WuG erhält. Gleichermaßen interessiert ist der AG zur Reduzierung seines Überzahlungsrisikos an der Entwicklung der tatsächlich erforderlichen Kosten im Gegensatz zur angebotenen Mehrvergütung und an der sofortigen Korrektur eines überhöhten Mehrvergütungsangebots und einem möglichst zeitnahen Ausgleich bereits eingetretener Überzahlungen auf Nachträge. Da der Unternehmer weder zur Vorlage eines zweiten Kostenanschlages über die voraussichtlich tatsächlich erforderlichen Kosten mit nach Ansicht des Auftragnehmers (AN) angemessenen Zuschlägen für AGK und WuG noch zur laufenden Ermittlung der tatsächlich angefallenen Kosten gesetzlich verpflichtet ist, empfiehlt es sich, ihm als angemessenen Ausgleich für die damit einhergehende Benachteiligung eine Vergütung für die Erstellung des zweiten Kostenanschlages unabhängig von dessen späterer Beauftragung zu gewähren.

„Der Unternehmer ist verpflichtet, dem AG ein Angebot nach § 650b Abs. 1 S. 2 BGB n. F. als Kostenanschlag über die Mehr- oder Mindervergütung einerseits sowie über die gem. § 650c Abs. 1 S. 1 BGB n.F. voraussichtlich tatsächlich erforderlichen Kosten mit nach Ansicht des AN angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten („AGK“) in % der Einzelkosten der Teilleistung („EKT“ einschließlich Baustellengemeinkosten „BGK“) und für „Wagnis und Gewinn“ („WuG“) in % der Herstellkosten („HK“=EKT+AGK) andererseits unverzüglich, d.h. i.d.R. binnen sechs Arbeitstagen ab Zugang des Änderungsbegehrens, in Textform vorzulegen. Der vermehrte oder verminderte „Aufwand“ gem. § 650c Abs. 1 S. 1 BGB n.F. ergibt sich dabei zunächst aus der Differenz der für die geänderte Hauptleistung ursprünglich vereinbarten Vergütung abzgl. angemessener Zuschläge für „AGK“ sowie „WuG“ und den voraussichtlich tatsächlich erforderlichen Kosten zzgl. angemessener Zuschläge für „AGK“ sowie „WuG“. Der AN ist gem. § 632 Abs. 3 BGB berechtigt, dem AG für jeden rechtzeitigen und vertragsgemäßen Kostenanschlag unabhängig von dessen späterer Beauftragung ein Entgelt von [x] EUR netto zzgl. gesetzlicher Umsatzsteuer zu berechnen.“

Zur endgültigen Ermittlung der tatsächlich erforderlichen Kosten hat der AN mit jeder Abschlagsrechnung ein Aufmaß über die tatsächlich



angefallenen „EKT“ vorzulegen. Zeigt sich dabei, dass die in seinem Kostenanschlag ausgewiesene Minder- bzw. Mehrvergütung unzutreffend ist, hat er sein Angebot nach § 650b Abs. 1 S. 2 BGB n.F. auf Verlangen des AG unentgeltlich zu berichtigen und unter Anrechnung etwa bereits erfolgter Überzahlungen seinen weiteren Abschlagsforderungen wegen Mehrvergütung gem. § 650c Abs. 3 BGB n.F. zugrunde zu legen. § 650c Abs. 3 S. 2 BGB n.F. bleibt unberührt.“

5. Keine Abschlagszahlungen kann der Unternehmer für vom AG (noch) nicht oder nicht in Textform angeordnete Änderungsleistungen verlangen, also insbesondere auf Aufwendungs- und Wertersatzansprüche nach §§ 677 ff., 812 ff. BGB, so dass sich auch insoweit kein Überzahlungsrisiko ergibt.

6. Zur Absicherung des o.g. Überzahlungsrisikos einschließlich Zinsen gem. § 650c Abs. 3 S. 3 u. 4 BGB empfiehlt es sich im Hinblick auf § 767 Abs. 1 S. 2 BGB, den Sicherungszweck der Vertragserfüllungsbürgschaft ausdrücklich auch auf

„... Überzahlungen aus Abschlagszahlungen gem. § 650c Abs. 3 S. 1 BGB einschließlich Zinsen gem. § 650c Abs. 3 S. 3 u. 4 BGB ...“

zu erstrecken.

7. Fraglich erscheint es angesichts des Gesetzeszwecks (leicht zu begründender vorläufiger Mehrvergütungsanspruch), ob ein Abwendungsrecht durch Sicherheitsleistung des AG in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam vereinbart werden kann, da dem Unternehmer durch Sicherheitsleistung des AG keine liquiden Mittel zufließen und er durch die Möglichkeit zur Ablösung durch Sicherheitsleistung liquide Mittel in gleicher Höhe aufwenden muss, so dass er unangemessen benachteiligt sein könnte.

„Vereinbarte oder gemäß §§ 650a Abs. 1 S. 2, 632a Abs. 1 S. 1 BGB geschuldete Abschlagszahlungen, die vom Unternehmer gemäß § 650c Abs. 3 S. 1 BGB berechnet werden, kann der AG dadurch abwenden, dass er Abschlagszahlungen mindestens in Höhe des zutreffenden Betrags der Höhe des Vergütungsanspruchs leistet und in Höhe der Differenz des vom AN nach § 650c Abs. 3 S. 1 BGB geforderten Betrags zum Betrag dieser Abschlagszahlung des AG (die so ermittelte Differenz nachfolgend der „Differenzbetrag“) auf seine Kosten Sicherheit leistet.“

Der Unternehmer kann seinerseits Zahlung des Differenzbetrags ganz oder teilweise verlangen, soweit er selbst eine Sicherheit in gleicher Höhe an den AG leistet und eine etwa bereits vom AG gestellte Sicherheit Zug um Zug gegen Zahlung zurückgibt. Der AG hat dem Unternehmer die Kosten der Sicherheitsleistung zu erstatten.

§ 650f BGB bleibt unberührt. Verlangt der AN Sicherheit nach dieser Vorschrift, die den v.g. Differenzbetrag umfasst, sind vom AG insoweit gestellte Sicherheiten zurückzugeben.“

Individualvertraglich dürfte eine solche Abwendungsbefugnis dagegen ohne weiteres wirksam vereinbart werden können.

**II. Anspruch auf Abschlagszahlungen gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 VOB/B bei Verwendung durch den AG**

In VOB/B-Bauverträgen kann der Auftragnehmer Abschlagszahlungen auf Nachträge verlangen, wenn folgende Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen:

1. Antrag des AN; der Eintritt eines in einem Zahlungsplan vereinbarten Zeitpunkts bezieht sich regelmäßig auf die ursprünglich geschuldete Leistung, außer wenn zusammen mit dem Abschluss einer Änderungsvereinbarung zugleich auch der Zahlungsplan angepasst wird.
2. Nachweis durch eine Aufstellung, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss (= Abschlagsrechnung).
3. ggf. Übereignung oder Sicherheitsleistung bei Abschlagszahlungen für erforderliche Stoffe oder Bauteile, die angeliefert oder eigens angefertigt und bereitgestellt sind.
4. vertragsgemäße (Änderungs-)Leistungserbringung: Einfach sind die Fälle, in denen es sich um Abschlagszahlungen auf einvernehmlich geänderte Leistung handelt, da in diesen Fällen regelmäßig auch eine Einigung über die geänderte Vergütung und ggf. die entsprechende Anpassung des vereinbarten Zahlungsplans erfolgt. Im VOB/B-Bauvertrag dürften darüber hinaus auch auf die Vergütung von nachträglich anerkannten Änderungsleistungen Abschlagszahlungen verlangt werden können, § 2 Abs. 8 Nr. 2 S. 1 VOB/B, da eine nachträgliche Anerkennung dem Abschluss einer Änderungsvereinbarung gleichsteht.

Abweichend von § 650b Abs. 2 S. 1 BGB genügt es im VOB/B-Vertrag, wenn die einseitige Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des AG nach § 2 Abs. 5 VOB/B formlos erfolgen. Sie bedürfen nicht der gesetzlichen Textform. Führen solche Anordnungen dazu, dass sich die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung ändern, kann der AN dafür auch Abschlagszahlungen beantragen. Das Gleiche gilt für Abschlagszahlungen auf Nachträge gem. § 2 Abs. 6 VOB/B und § 2 Abs. 9 Nr. 1 VOB/B, selbst wenn die entsprechende Forderung bzw. das entsprechende Verlangen des AG nicht in Textform erfolgt.

5. Fraglich ist, ob der AN Abschlagszahlungen im VOB/B-Bauvertrag für Nachtragsansprüche aus § 2 Abs. 8 Nr. 2 S. 2 VOB/B verlangen kann: bei kundenfreundlichster Auslegung wohl eher ja.

Keine Abschlagszahlungen erhält der AN dagegen auch im VOB/B-Vertrag für Aufwendungs- und Wertersatzansprüche nach § 2 Abs. 8 Nr. 3 VOB/B, §§ 677 ff., 812 ff. BGB sowie § 2 Abs. 9 Nr. 2 VOB/B.

6. Bei kundenfreundlichster Auslegung hat der Auftragnehmer für jede angeordnete Änderungsleistung ebenfalls die Möglichkeit, sich der Höhe nach zwischen mehreren in Frage kommenden Berechnungsmethoden zu entscheiden:

- a) 100 % der einvernehmlich geänderten Vergütung, siehe oben.
- b) 100 % des Werts [= anteilige vereinbarte (= zutreffend preisfortgeschriebene Nachtrags-) Vergütung] einschließlich des ausgewiesenen, darauf entfallenden Umsatzsteuerbetrags, selbst wenn die Urkalkulation nicht vereinbarungsgemäß hinterlegt worden ist.

Die vorkalkulatorische Preisfortschreibung ist ein Wesensmerkmal der VOB/B. Bei kundenfreundlichster Auslegung erscheint es somit nicht abwegig, dass ein Gericht zu dem Ergebnis gelangt, dass bei Vereinbarung der VOB/B i.S.v. § 650c Abs. 2 S. 1 BGB die Hinterlegung der Urkalkulation stets konkludent vereinbart wird, da eine vorkalkulatorische Preisfortschreibung ohne notfalls nachträglich zu erstellende Urkalkulation nicht möglich ist.

Soll dem Auftragnehmer diese Möglichkeit genommen werden, müsste daher umfassender als bei einem BGB-Bauvertrag nicht nur die vereinbarungsgemäße Hinterlegung einer Urkalkulation, sondern die vor-

kalkulatorische Preisfortschreibung insgesamt einschließlich des Rechts, auf vorkalkulatorisch ermittelte Nachträge Abschlagszahlungen verlangen zu können, ausgeschlossen und auf das BGB verwiesen werden.

„Die vereinbarungsgemäße Hinterlegung einer Urkalkulation gem. § 650c Abs. 2 S. 1 BGB wird hiermit ausgeschlossen. Abweichend von § 2 Abs. 5 S. 1, Abs. 6 Nr. 2 S. 1, Abs. 7, Abs. 8 Nr. 2 und/oder Abs. 9 VOB/B (vorkalkulatorische Preisfortschreibung) richtet sich die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer schriftlichen Anordnung des Bestellers nach § 650b Abs. 2 BGB vermehrten oder verminderten Aufwand nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für AGK und WuG. Das Recht des Auftragnehmers, Abschlagszahlungen nach § 650c Abs. 3 S. 1 BGB zu verlangen, bleibt unberührt.“

c) 100 % tatsächlich erforderliche Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn, siehe oben.

d) § 650c Abs. 3 BGB: 80 % der in einem Angebot nach § 650b Abs. 1 S. 2 BGB genannten Mehrvergütung, siehe oben.

7. Abweichend von den Regelungen des BGB werden Abschlagsforderungen nicht sofort, sondern erst binnen 21 Tagen nach Zugang der Aufstellung fällig.

8. Zur Absicherung des o.g. Überzahlungsrisikos einschließlich Zinsen gem. § 650c Abs. 3 S. 3 u. 4 BGB empfiehlt es sich im Hinblick auf § 767 Abs. 1 S. 2 BGB auch in VOB/B-Verträgen, den Sicherungszweck der Vertragserfüllungsbürgschaft ausdrücklich auch auf

„... Überzahlungen aus Abschlagszahlungen gem. § 650c Abs. 3 S. 1 BGB einschließlich Zinsen gem. § 650c Abs. 3 S. 3 u. 4 BGB ...“

zu erstrecken.

9. Fraglich erscheint auch in VOB/B-Verträgen angesichts des Gesetzeszwecks (leicht zu begründender vorläufiger Mehrvergütungsanspruch), ob ein doppeltes Abwendungsrecht durch Sicherheitsleistung des AG in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam vereinbart werden kann, siehe oben:

„Vereinbarte oder gemäß §§ 650a Abs. 1 S. 2, 632a Abs. 1 S. 1 BGB geschuldete Abschlagszahlun-

gen, die vom Unternehmer gemäß § 650c Abs. 3 S. 1 BGB berechnet werden, kann der AG dadurch abwenden, dass er Abschlagszahlungen mindestens in Höhe des zutreffenden Betrags der Höhe des Vergütungsanspruchs leistet und in Höhe der Differenz des vom AN nach § 650c Abs. 3 S. 1 BGB geforderten Betrags zum Betrag dieser Abschlagszahlung des AG (die so ermittelte Differenz nachfolgend der „Differenzbetrag“) auf seine Kosten Sicherheit leistet.

Der Unternehmer kann seinerseits Zahlung des Differenzbetrags ganz oder teilweise verlangen, soweit er selbst eine Sicherheit in gleicher Höhe an den AG leistet und eine etwa bereits vom AG gestellte Sicherheit Zug um Zug gegen Zahlung zurückgewährt. Der AG hat dem Unternehmer die Kosten der Sicherheitsleistung zu erstatten.

§ 650f BGB bleibt unberührt. Verlangt der AN Sicherheit nach dieser Vorschrift, die den v.g. Differenzbetrag umfasst, sind vom AG insoweit gestellte Sicherheiten zurückzugeben.“

Individualvertraglich dürfte eine solche Abwendungsbefugnis auch in VOB/B-Bauverträgen dagegen ohne weiteres wirksam vereinbart werden können.

### III. Zusammenfassung

Dem gesetzlich überbürdeten Überzahlungsrisiko kann der AG durch Vertragsgestaltung und genaue Rechnungsprüfung wirkungsvoll entgegenwirken.

Beispiele für entsprechende Regelungen finden sich oben bei dem jeweiligen Vertragstyp.

Hält sich der Unternehmer nicht an die ihm überbürdeten Pflichten, kann der AG gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen, um das Recht des Unternehmers, Abschlagszahlungen nach § 650c Abs. 3 S. 1 BGB zu verlangen, durch eine anderweitige gerichtliche Entscheidung zu begrenzen.



**Dr. Hubert Bauriedl**  
\_ Rechtsanwalt, Partner  
bauriedl@lutzabel.com

## Achtung bei der Anlieferung von Baustoffen – Zum Umfang der Untersuchungsobliegenheit nach § 377 HGB beim Handelskauf

RA Julian Stahl | stahl@lutzabel.com

### 1. Urteil des BGH vom 06.12.2017 (Az.: VIII ZR 246/16)

Bei Kaufverträgen zwischen Unternehmern müssen die Kaufsachen bei bzw. nach der Anlieferung unverzüglich auf Mängel untersucht werden. Geschieht dies nicht, drohen weitgehende Nachteile, insbesondere der Verlust der Mängelrechte. Die Intensität der Untersuchung hat der Bundesgerichtshof mit den folgenden Leitsätzen, die sinngemäß wiedergegeben werden, erneut definiert:

- Für die Untersuchungsobliegenheit kommt es darauf an, welche Maßnahmen im Rahmen eines

ordnungsgemäßen Geschäftsgangs einem ordentlichen Kaufmann im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen des Verkäufers zur Erhaltung seiner Gewährleistungsrechte zugemutet werden können (Handelsbrauch). Anhaltspunkte für die Grenzen der Zumutbarkeit bilden vor allem der für eine Überprüfung erforderliche Kosten- und Zeitaufwand, die dem Käufer zur Verfügung stehenden technischen Prüfungsmöglichkeiten, das Erfordernis eigener technischer Kenntnisse für die Durchführung der Untersuchung beziehungsweise die Notwendigkeit, die Prüfung von Dritten vornehmen zu lassen.

- Wer einen für die Überprüfungsintensität relevanten Handelsbrauch behauptet, muss eine in räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht ausreichende einheitliche und auf Konsens der beteiligten Kreise hindeutende Verkehrsübung darlegen.

- Art und Umfang einer gebotenen Untersuchung können durch Allgemeine Geschäftsbedingungen zwar konkretisiert werden. Unwirksam ist es aber, wenn die Klausel ohne nähere Differenzierung nach Anlass und Zumutbarkeit stets eine vollständige Untersuchung der Ware auf ein Vorhandensein aller nicht sofort feststellbarer Mängel fordert.

In dem entschiedenen Fall sollte jeder Käufer von Futtermittel das Futter folgendermaßen und auf eigene Kosten untersuchen:

„Bei Mängeln, die bei einer sensorischen Prüfung nicht festzustellen sind, insbesondere bei Abweichungen von vereinbarten Spezifikationen, sind nach beendeter Entladung unverzüglich, spätestens aber binnen 2 Geschäftstagen die Proben einem neutralen Sachverständigen zum Zwecke der Untersuchung zu übermitteln. Das Ergebnis der Untersuchung hat er spätestens am nächsten Geschäftstag nach Kenntnisnahme/Erhalt dem Verkäufer fernschriftlich mitzuteilen.“

Bei diesem Verständnis sei die Bestimmung gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, weil sie den Vertragspartner entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteilige. Der Vertragspartner müsste von jeder Lieferung eine Probe an einen neutralen Sachverständigen schicken, um keinen Rechtsverlust zu riskieren. Der damit verbundene erhebliche organisatorische und kostenmäßige Aufwand stehe im Normalfall in keinem Verhältnis zum Erkenntnisgewinn, weil in den seltensten Fällen Mängel festgestellt würden. Im Lebens- und Futtermittelbereich gebe es eine Reihe vorgeschriebener oder zumindest durch Zertifikatsbindung vereinbarter Untersuchungen, weshalb die Feststellung von weiteren Mängeln durch noch weitere Untersuchungen unwahrscheinlich sei.

### 2. Grundsätze

Die Untersuchungsobliegenheit des Käufers gemäß § 377 Abs. 1 HGB bemisst sich danach, was unter Berücksichtigung aller Umstände nach ordnungsgemäßen Geschäftsgang tunlich ist. Ist für bestimmte Bereiche des Handelsverkehrs eine besondere Art der Untersuchung des Kaufgegenstands auf etwa vor-

handene Mängel üblich und besteht damit insoweit ein Handelsbrauch, kann dies die Art und den Umfang der Untersuchungsobliegenheit beeinflussen.

Gemäß § 377 Abs. 1 HGB hat eine Untersuchung der gelieferten Ware zu erfolgen, soweit dies nach ordnungsgemäßen Geschäftsgang tunlich ist. Welche Anforderungen an die Art und Weise der Untersuchung zu stellen sind, ist nicht allgemein geregelt. Entscheidend ist, welche Maßnahmen einem ordentlichen Kaufmann zugemutet werden können. Eine derart weit gefasste Untersuchungsobliegenheit würde ansonsten das Mangelrisiko auf den Käufer verlagern und den Verkäufer dadurch von diesen Risiken entlasten.

Für Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) gelten „allgemein“ folgende Auslegungsregeln, anhand derer auch die eigenen Vertragsklauseln geprüft werden können (unabhängig von der Untersuchungsobliegenheit, § 377 HGB):

- AGB sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden.

- Ansatzpunkt für die bei einer Formulklausel gebotene objektive, nicht am Willen der konkreten Vertragspartner zu orientierende Auslegung ist in erster Linie ihr Wortlaut.

- Sofern nach Ausschöpfung aller in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeiten Zweifel verbleiben und zumindest zwei Auslegungsergebnisse rechtlich vertretbar sind, kommt die sich zu Lasten des die Klausel Verwendenden auswirkende Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB zur Anwendung, wonach die aus seiner Sicht negative Auslegung zugrunde gelegt werden muss.

Zu den wesentlichen Grundgedanken des § 377 Abs. 1 HGB zählt, dass die Untersuchungsobliegenheit des unternehmerischen Käufers dadurch begrenzt wird, was nach dem ordnungsgemäßen Geschäftsgang tunlich ist.

Zwar ist es zulässig, Art und Umfang einer gebotenen Untersuchung in bestimmter Weise, etwa hinsichtlich der zu untersuchenden Eigenschaften und der dabei vorzugsweise anzuwendenden Methoden, zu konkretisieren und gegebenenfalls auch zu generalisieren,

sofern dies durch die Umstände veranlasst oder durch eine in dieser Richtung verlaufende Verkehrsübung vorgezeichnet ist und die Konkretisierung oder Generalisierung eine hinreichende Rücksichtnahme auf die beiderseitigen Interessen erkennen lässt. Denn Zweck der Untersuchungsobliegenheit ist es nicht, die Beschaffenheit der gelieferten Ware schon vorab und ohne konkreten Anlass gleichsam gerichts fest zu klären. Der Zweck besteht vielmehr darin, eine im Falle der Mangelhaftigkeit erforderliche Mängelrüge vorzubereiten, also etwaige Mängel zu erkennen und über die dabei gewonnenen Erkenntnisse eine danach gebotene Mängelrüge hinreichend konkret zu formulieren. Dass es dazu im Streitfall nicht zwingend der Analyse eines neutralen Sachverständigen bedarf, liegt auf der Hand.

Diese Grundsätze müssen von beiden Vertragsparteien beachtet werden. Einerseits darf der Verkäufer die Anforderungen an die Mängelrüge nicht zu hoch ansetzen. Andererseits muss der Käufer fähig sein, bei Anlieferung die Waren auf ihre Ordnungsmäßigkeit zu überprüfen. Dies gilt auch für Architekten, die diese Aufgabe als Bauleiter für den Käufer übernehmen. Wer sich Baustoffe liefern lässt, muss diese

selbst überprüfen, auch wenn Dritte die Baustoffe entgegennehmen und anschließend einbauen.

### 3. Zusammenfassung

Die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit gemäß § 377 HGB kann in Verträgen genauer ausgestaltet und sowohl erweitert als auch begrenzt werden. Wichtig ist für den Käufer unabhängig davon, die Ware sogleich und nicht erst im Zuge der (später) geplanten Verwendung zu untersuchen. Ansonsten droht bei erkennbaren Mängeln auch seit Geltung des neuen Bauvertragsrechts zum 01.01.2018 ein weitgehender Rechtsverlust.



**Julian Stahl**

– Rechtsanwalt  
– Fachanwalt für Bau- und  
Architektenrecht

stahl@lutzabel.com

## Ein Klassiker: Erstattungsfähigkeit der Kosten der Nachtragsbearbeitung?

Sebastian Schreiber, LL.M. | schreiber@lutzabel.com

### 1. Einleitung

Die Frage ist ein „Klassiker“ und „Dauerbrenner“ bei jeder VOB/B-Nachtragsabrechnung: Darf der Auftragnehmer die Kosten der Nachtragsbearbeitung zusätzlich abrechnen oder sind diese (teilweise) schon von der (ursprünglichen) Vergütung mit umfasst?

Trotz der großen praktischen Relevanz hat sich bislang weder in der Rechtsprechung noch in der einschlägigen baurechtlichen Literatur eine einheitliche Linie gefunden und durchgesetzt.

Das jüngst veröffentlichte Urteil des Landgerichts Schwerin vom 28.06.2017 (Az.: 3 O 162/16) erkennt die Erstattungsfähigkeit der Kosten der Nachtragsbearbeitung grundsätzlich an.

### 2. Entscheidung des LG Schwerin

#### a) Sachverhalt

Der Auftragnehmer führte beim Bauvorhaben „BAB A 19, grundhafter Ausbau Km 104,25 bis 106,00; einschließlich Ersatzneubau der Brücke für die DB Netz AG bei K. Km 104,974“ Bauleistungen aus. Die VOB/B war Vertragsgrundlage.

Während der Ausführung der Arbeiten kam es zu zahlreichen geänderten und zusätzlichen Leistungen, für die der Auftraggeber Nachtragsangebote forderte und deren hierin beschriebene Leistungen nach Aufforderung von der Beklagten durch die Klägerin ausgeführt wurden.

In der Schlussrechnung machte der Auftragnehmer unter anderem Positionen für die „technische Bearbeitung der Nachtragsleistungen“ geltend. Der Auftraggeber erkennt die Ansprüche im Wert von ca. EUR 175.000,00 nicht an, so dass der Auftragnehmer diese klageweise geltend macht.

Er trägt (erst im Klageverfahren) unter anderem aufgeschlüsselt vor, die Kosten der Nachtragsbearbeitung würden sich insbesondere zusammensetzen aus Kosten für den Einsatz des Projektleiters, für den zusätzlichen Einsatz des Bauleiters, für das zusätzliche Vertragsmanagement, für die Nachtragskalkulation, für die Abstimmung mit dem klägerischen Bauleiter zur Bestimmung des Leistungs-Ist, Kosten, die bei einem Ingenieurbüro entstanden sind und für die Fortschreibung des Bauablaufplanes unter Berücksichtigung der Nachtragsleistungen.

Der Auftraggeber lehnt die Ansprüche dem Grunde und der Höhe nach ab. Insbesondere wird geltend gemacht, es bleibe bei dem Grundsatz des § 632 Abs. 3 BGB, wonach derartige Kostenanschläge nicht zu vergüten seien.

#### b) Entscheidung

Das Landgericht Schwerin sieht sich veranlasst, zunächst in einem sogenannten Grundurteil auszusprechen, dass der Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt gehalten wird.

Zum – bereits umstrittenen – Begriff der Nachtragsbearbeitungskosten folgt das Landgericht dabei zunächst einer jüngst in der baurechtlichen Literatur vertretenen Auffassung, wonach es hierbei um den Kostenaufwand gehe, der im Zusammenhang mit der Bearbeitung einer Bausoll-/Bauist-Abweichung stehe. Der Begriff der Nachtragsbearbeitung umfasse daher den gesamten Planungs-, Koordinierungs- und Kalkulationsaufwand, der für die Ausführung der geänderten und zusätzlichen Leistungen erforderlich sei. Kosten, die in diesem Zusammenhang entstehen, seien Nachtragsbearbeitungskosten. Dies schließe den Aufwand für die Berechnung und Erfassung der Kosten der geänderten und zusätzlichen Leistungen ein.

Sodann führt das Landgericht aus, dass zwar bei einem BGB-Vertrag (also einem Bauvertrag ohne Einbeziehung der VOB/B) nach § 632 Abs. 3 BGB Nachtragsbearbeitungskosten im Zweifel nicht zu vergüten seien. Dabei sei indessen zu berücksichtigen, dass es bei einem BGB-Vertrag (aber nur bis zum 31.12.2017; siehe unter Abschnitt 3 unten) gerade kein Anordnungsrecht des Auftraggebers gebe. Bei einem VOB/B-Vertrag sei der Auftragnehmer aber verpflichtet, Anordnungen des Auftraggebers Folge zu leisten, so dass § 632 Abs. 3 BGB keine Anwendung finde.

Unter Hinweis auf die verschiedenen in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansätze schließt sich das Landgericht sodann der Auffassung an, wonach Nachtragsbearbeitungskosten jedenfalls nicht bereits durch Gemeinkostenzuschläge oder allgemeine Geschäftskosten abgegolten sind. Der Auftragnehmer müsse Nachtragsbearbeitungskosten nicht von vornherein einkalkulieren.

Die Nachtragsbearbeitung werde vielmehr regelmäßig durch das Baustellenleitungspersonal erbracht. Dabei sei es ohne weiteres nachvollziehbar, dass der Leitungsaufwand mit dem Umfang der Bauleistung ansteigt. Solche zeit- und leistungsvariabel entstehenden Baustellengemeinkosten seien im Rahmen der Nachtragskalkulation als Quasi-Einzelkosten der Teilleistung der Nachtragsleistung zu behandeln und damit gesondert zu vergüten.

Im konkreten Fall hat das Landgericht allerdings die Ansprüche des Auftragnehmers nicht in voller Höhe als schlüssig dargelegt angesehen. Es sah daher hier das Erfordernis ergänzender Darlegung und voraussichtlich einer mehrstufigen Beweisaufnahme.

### 3. Praxisfolgen / weitere Aspekte

#### a) Tendenz zur Erstattungspflicht im Fall der Anordnung

Der Meinungs- und Streitstand in Rechtsprechung und Literatur wird im Urteil eingehend dargestellt, so dass Auftraggeber und Auftragnehmer im Fall des Streites über Nachtragsbearbeitungskosten ihre wesentlichen Argumente hieraus entnehmen können.

Das Urteil des Landgerichts Schwerin verfestigt allerdings die Tendenz der Rechtsprechung dahingehend, dass Nachtragsbearbeitungskosten jedenfalls gesondert zu vergüten sind. Die Auffassung, dass der Auftragnehmer gar keinen Ausgleichsanspruch für

Nachtragsbearbeitungskosten geltend machen kann, dürfte künftig nur noch schwer haltbar sein. Endgültige Klarheit wird aber wohl erst eine Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs bringen.

**b) Erstattungspflicht, wenn keine Anordnung erfolgt?**

Offen bleibt allerdings weiterhin die Frage, ob Nachtragsbearbeitungskosten dann erstattet werden, wenn der Auftraggeber nur ein Angebot für eine Nachtragsleistung anfordert, jedoch die Anordnung schließlich nicht erteilt. Hier könnte die Anwendung von § 632 Abs. 3 BGB wiederum naheliegen. Auftragnehmer dürften daher gut beraten sein, zunächst eine Kostenübernahmeerklärung einzuholen, wenn der Auftraggeber sich die Anordnung noch vorbehält.

**c) Erstattungspflicht unter dem neuen BGB-Bauvertragsrecht?**

Gänzlich offen ist die Frage sodann unter dem neuen gesetzlichen Bauvertragsrecht. Seit dem 01.01.2018 steht dem Auftraggeber bekanntlich nach § 650b BGB auch beim BGB-Vertrag ein Anordnungsrecht zu. Hier ist der Auftragnehmer nach § 650b Abs. 1 S. 2 BGB sogar gesetzlich verpflichtet, zunächst ein

Angebot über die Mehr- und Mindervergütung vorzulegen. Die Nachtragsbearbeitungskosten sollten in jedem Fall im Angebot „eingepreist“ sein. Nimmt der Auftraggeber dieses an, ist die Vergütung vereinbart. Ordnet der Auftraggeber hingegen die Änderung nur an, dürfte die oben genannte Tendenz der Rechtsprechung zum VOB/B-Vertrag entsprechend zu übertragen sein. Abzuwarten bleibt allerdings, ob die Rechtsprechung auch Kostenersatz für die Erstellung des Angebotes nach § 650b Abs. 1 S. 2 BGB gewährt, wenn keine Einigung und keine Anordnung erfolgt. War das – immerhin gesetzlich verpflichtende – Angebot dann „umsonst“?



**Sebastian Schreiber**  
 \_ Rechtsanwalt  
 \_ LL.M. (Kingston University, London)  
 schreiber@lutzabel.com

**Ersatzvornahmekosten oder Schadensersatz – was durch die Rechtsprechungsänderung zu beachten ist**

RA Dr. Daniel Junk | junk@lutzabel.com

Der Bundesgerichtshof hat in einem aktuellen Urteil (vgl. BGH, Urteil vom 22.02.2018, Az. VII ZR 46/17) in einer Grundsatzentscheidung eine Rechtsprechungsänderung vollzogen: Ein Auftraggeber (AG), der eine mangelhafte Leistung behält und den Mangel nicht beseitigen lässt, kann im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung gegen den Auftragnehmer seinen Schaden nicht mehr nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen. Stattdessen kann er nur die Differenz zwischen dem hypothetischen Wert der Sache ohne Mangel und dem tatsächlichen Wert der Sache mit Mangel verlangen. Die Entscheidung des BGH führt zu erheblichen Folgen im Umgang mit Mängeln in der Praxis.

**1. Einführung: Der Ausgangsfall und dessen Varianten**

Will man sich dem vom BGH entschiedenen Fall nähern, bietet sich zunächst dessen verkürzte Darstellung an:

Ausgangsfall: Der Auftraggeber (AG) beauftragt den Auftragnehmer (AN) mit der Verlegung von Natursteinplatten. Vereinbart war die VOB/B. Der AN führt die Leistungen aus, sie werden abgenommen, und der AG bezahlt die Vergütung. Danach zeigen sich Mängel, nämlich Risse und Ablösungen der Platten, Kalk- und Salzausspülungen, Farb- und Putzabplatzungen sowie starke Durchfeuchtungen des Putzes. Der AG nimmt den AN gerichtlich auf Vorschuss für

die Mängelbeseitigung i.H.v. ca. EUR 90.000,00 in Anspruch, und zwar weil dem AG ein Kostenvoranschlag in dieser Höhe vorliegt. Da der AG eine Mängelbeseitigung nicht beabsichtigt, macht er diese fiktiven Kosten gerichtlich als Schadensersatz geltend.

Dieser Ausgangsfall lag dem BGH in einer etwas weitergehenden Form zur Entscheidung vor:

Variante 1 (der dem BGH zugrunde liegende Sachverhalt): Auf Basis des Kostenvoranschlags macht der Auftraggeber einen Vorschuss für die Mängelbeseitigung i.H.v. rund EUR 90.000,00 geltend. Während des Berufungsverfahrens veräußert er das Bauwerk und stellt die Klage auf Schadensersatz in derselben Höhe um. Eine Mängelbeseitigung erfolgt indes nicht.

Schließlich ist (mindestens) noch eine weitere Konstellation denkbar:

Variante 2: Der Auftraggeber macht einen Vorschuss für die Mängelbeseitigung i.H.v. EUR 90.000,00 geltend und erhält auch eine rechtskräftige Entscheidung hierüber. Zwischenzeitlich kann der AG mit dem Mangel aber einigermaßen leben und verzichtet darauf, die Mängelbeseitigung tatsächlich durchzuführen. Als der AN nach einem Jahr die Abrechnung über den Vorschuss verlangt, stellt der AG auf Schadensersatz in derselben Höhe um, um der Rückzahlung des nicht verbrauchten Vorschussanspruchs zu entgehen.

**2. Rechtsgeschichte: Die bisherigen Möglichkeiten des Auftragnehmers**

Ist ein Werk mangelhaft, kann der AG im VOB/B-Vertrag gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B bzw. § 634 Nr. 2 BGB den Mangel nach Ablauf der Frist zur Nacherfüllung selbst beseitigen oder nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 VOB/B und im Übrigen gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB vom AN Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

Der BGH hat dem AG bisher einen Zahlungsanspruch in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten zugebilligt. Der AG war danach stets berechtigt, bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit (§ 251 Abs. 2 S. 1 BGB) Zahlung in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten zu verlangen, auch wenn diese den Minderwert im Vermögen des AG überstiegen. Denn bereits der Mangel des Werks selbst sei – unabhängig von dessen Beseitigung – der Schaden, und zwar in Höhe dieser Kosten.

Für den Ausgangsfall bedeutete dies, dass der AG auf Basis des Kostenvoranschlags EUR 90.000,00 verlangen konnte, wobei er lediglich den Netto-Betrag erhielt. Alles andere wäre eine nicht hinnehmbare Überkompensation. Auch die Variante 1 dürfte nicht anders zu beurteilen sein: Die Umstellung von Ersatzvornahmekosten auf Schadensersatz ändert ebenso wenig etwas wie der zwischenzeitliche Verkauf der Sache: Die Parteien verbindet ein Werkvertrag. Dieser ist völlig unabhängig von der Eigentümerstellung des AG. Der AN schuldet auch dann einen Erfolg, wenn der AG nicht (mehr) Eigentümer ist. Schließlich konnte der AG, das betrifft Variante 2, den Netto-Betrag auch dann verlangen, wenn er zwar einen Vorschussanspruch geltend macht, die Ersatzvornahme aber nie durchführt. Zwar ist der AG über den gezahlten Vorschuss gegenüber dem AN rechenschaftspflichtig und muss ihn abrechnen (im Falle der Durchführung der Ersatzvornahme kann das zu einer Rückzahlung oder einer Nachforderung führen). Tut er das aber innerhalb einer angemessenen Zeit nicht (Richtmaß: ein Jahr), hat er die Zahlung rechtsgrundlos erhalten und müsste sie zurückzahlen. Das dürfte es in der Praxis nie gegeben haben, weil der AG mit dem Schadensersatzanspruch aufrechnen kann, auf den er umstellt, soweit er sich – wie hier – mit dem Vorschussanspruch deckt.

**3. Achtung, Rechtsprechungsänderung!**

Wie ein Schaden zu bemessen ist, ist indes weder in § 634 Nr. 4 BGB noch in §§ 280, 281 BGB geregelt. Jetzt richtet der BGH den Umfang des Schadensersatzes statt der Leistung gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB stärker daran aus, welche Dispositionen der AG tatsächlich zur Mängelbeseitigung trifft. § 634 BGB schützt das Leistungsinteresse des AG und orientiert den Ausgleich bei Verletzung daran, ob eine Mängelbeseitigung durchgeführt wird. Ersatz fiktiver Kosten für nicht getroffene Dispositionen scheidet danach aus.

Der AG, der keine Aufwendungen zur Mängelbeseitigung tätigt, hat keinen Vermögensschaden in Form und Höhe dieser (nur fiktiven) Aufwendungen. Sein Vermögen ist im Vergleich zu einer mangelfreien Leistung des AN nicht um einen Betrag in Höhe solcher (fiktiven) Aufwendungen vermindert. Erst wenn der AG den Mangel beseitigen lässt und die Kosten hierfür begleicht, entsteht ihm ein Vermögensschaden in Höhe der aufgewandten Kosten.

Entgegen der bisherigen Auffassung kann die Schadensbemessung nach fiktiven Mängelbeseitigungs-

kosten nicht damit begründet werden, dass der Mangel selbst der Vermögensschaden in Höhe dieser Kosten sei. Ein Mangel des Werks ist zunächst nur ein Leistungsdefizit, weil das Werk hinter der geschuldeten Leistung zurückbleibt. Auch wenn es gerechtfertigt ist, bereits dieses Leistungsdefizit mit der Folge der Störung des Äquivalenzverhältnisses als einen beim AG eingetretenen Vermögensschaden zu bewerten, ist damit gerade nicht geklärt, in welcher Höhe ein solcher Vermögensschaden besteht.

Eine Schadensbemessung nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten bildet das Leistungsdefizit im Werkvertragsrecht – insbesondere im Baurecht – auch bei wertender Betrachtung nicht zutreffend ab. Vielmehr führt sie häufig zu einer Überkompensation und damit einer nach allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen nicht gerechtfertigten Bereicherung des AG. Denn der (fiktive) Aufwand einer Mängelbeseitigung hängt von verschiedenen Umständen ab, zum Beispiel von der Art des Werks, dem Weg der Mängelbeseitigung oder dem Erfordernis der Einbeziehung anderer Gewerke in die Mängelbeseitigung, und kann die vereinbarte Vergütung, mit der die Parteien das mangelfreie Werk bewertet haben, (nicht nur in Ausnahmefällen) deutlich übersteigen. Er ist daher nicht geeignet, ein beim AG ohne Mängelbeseitigung verbleibendes Leistungsdefizit und die hierdurch eingetretene Äquivalenzstörung der Höhe nach zu bestimmen.

#### 4. Folgen der Rechtsprechungsänderung für die Praxis

Für die Lösung des Ausgangsfalls bedeutet das Urteil des BGH: Abrechnen auf Basis der fiktiven Mängelbeseitigungskosten scheidet fortan aus. Wenn der AG den Mangel gar nicht beseitigen will und daher Schadensersatz geltend macht, hat er jetzt (noch) zwei Berechnungsmethoden seines Schadens:

Der AG hat die Möglichkeit, den Schaden nach allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen in der Weise zu bemessen, dass er im Wege einer Vermögensbilanz die Differenz zwischen dem hypothetischen Wert der durch das Werk geschaffenen oder bearbeiteten, im Eigentum des AG stehenden Sache ohne Mangel und dem tatsächlichen Wert der Sache mit Mangel ermittelt. Hier würde also auf den Wert des gesamten Gebäudes oder Grundstücks abgestellt werden, und zwar einmal mit den hypothetisch mangelfreien Platten, einmal mit den mangelhaften Natursteinplatten. Diese Art der Schadensbemessung ist ausschließlich auf Ausgleich des Wertunterschieds gerichtet.

Oder einfacher: Der AG kann sich auf die Betrachtung des mangelhaften Werks selbst im Vergleich zu dem geschuldeten (also mangelfreien) Werk beschränken und aus einer Störung des werkvertraglichen Äquivalenzverhältnisses einen Anspruch ableiten. Hierbei wird dann nicht auf den Wert des Grundstücks, sondern die Natursteinplatten an sich abgestellt, und zwar etwa anhand der Vergütungsanteile, die auf die mangelhafte Leistung entfallen.

Der mangelbedingte Minderwert des Werks ist dabei ausgehend von der Vergütung als Maximalwert nach § 287 ZPO unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu schätzen. Das kann anhand der Vergütungsanteile, die auf die mangelhafte Leistung entfallen, erfolgen. Maßstab für die Berechnung des technischen Minderwerts ist die Beeinträchtigung der Nutzbarkeit und damit des Ertrags- und Veräußerungswerts des Werks. Bei rein optischen Mängeln ist nach der sog. Zielbaumethode der Faktor „Aussehen“ gegenüber dem Faktor „Nutzung“ zu bewerten. Ein merkantiler Minderwert ist zudem in Ansatz zu bringen, wenn die vertragswidrige Ausführung eine verringerte Verwertbarkeit zur Folge hat.

Es steht damit jedenfalls fest, dass der Zahlungsanspruch (in aller Regel) ein anderer sein wird, wenn nicht die Kosten der Ersatzvornahme, sondern ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht wird.

Dies bedeutet, dass der AG auf Basis des Kostenvoranschlags nicht ohne weiteres die bezifferten EUR 90.000,00 verlangen kann. Stattdessen ist nach der zweiten Berechnungsmethode – sachverständig beraten – zu schätzen, welchen Minderwert die Natursteinplatten durch die Risse, Ablösungen, Kalk- und Salzausspülungen, Farb- und Putzabplatzungen sowie starken Durchfeuchtungen des Putzes haben.

Für die Variante 1 bestätigt der BGH, dass trotz Veräußerung dem AG ein Schadensersatzanspruch zusteht – aber auch dann nicht nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten, sondern neben den beiden o.g. Berechnungsarten auch nach einer dritten:

Der AG kann den Schaden nach dem konkreten Mindererlös wegen des Mangels der Sache bemessen. Der Mindererlös wird typischerweise anhand der Differenz zwischen dem hypothetischen Wert der Sache ohne Mangel und dem gezahlten Kaufpreis ermittelt werden können. Da der Kaufpreis den tatsächlichen Wert der Sache indiziert, entspricht der so ermittelte Mindererlös im Regelfall dem Minderwert der be-

troffenen Sache. Haben neben dem vom AN zu verantwortenden Mangel auch andere Mängel zu dem Mindererlös geführt, ist zu ermitteln, welcher Anteil des Mindererlöses auf den vom AN zu verantwortenden Mangel entfällt. Bleibt der konkrete Mindererlös hinter dem Minderwert zurück (etwa wegen eines Verhandlungsgeschicks des AG oder aus sonstigen Gründen), kann der AG auch den (höheren) Minderwert vom AN verlangen, wenn er nachweist, dass der erzielte Kaufpreis den tatsächlichen Wert der Sache übersteigt. Denn der in Höhe des Minderwerts bestehende Schaden wird durch ein vom AG abgeschlossenes günstiges Geschäft grundsätzlich nicht gemindert.

Kann der AG z.B. nachweisen, dass der ursprünglich von ihm aufgerufene Kaufpreis im Rahmen der Verhandlungen um mindestens EUR 90.000,00 gesenkt wird, weil der Erwerber die Mängel an den Natursteinplatten sanieren will, erhält der AG vom AN im Rahmen des Schadensersatzes auch diesen Betrag. Spielen diese Mängel z.B. gar keine Rolle in den Preisverhandlungen, weil der Erwerber ohnehin statt Natursteinfliesen Holz im Außenbereich haben will und die mangelhaften Fliesen herausreißen wird, kann der AG lediglich den Minderwert geltend machen, so wie im Ausgangsfall beschrieben.

Dass der AN dann nur den geringeren Minderwert zu bezahlen hat, weil er (rechtswidrig!) die Ersatzvornahme verweigert hat, spielt für den BGH keine Rolle. Denn Ausgangspunkt der Betrachtung ist nicht der AN, sondern der AG.

Relevant wird die Rechtsprechungsänderung auch in der Lösung der Variante 2. Aufgrund der nunmehr zwingend unterschiedlichen Berechnungsarten kommt eine sich deckende Aufrechnung der Rückzahlung des nicht verbrauchten Vorschusses mit dem

Schadensersatzanspruch in gleicher Höhe für den AG nicht ohne Weiteres in Betracht. Es verbleibt ein Saldo meist zu Lasten des AG, den er an den AN zurückzahlen muss. Tut er dies nicht (oder jedenfalls nicht in der richtigen Höhe) kann der AN die Rückzahlung auch klageweise erzwingen (§ 812 Abs. 1 S. 1 BGB).

Ist dem AG das zu wenig, kann er – auch das ist neu – statt des (umgestellten und niedrigeren) Schadensersatzanspruchs auch wieder den (in der Regel höheren) Vorschussanspruch geltend machen. Jedenfalls während eines Prozesses ist eine solche Umstellung ohne Weiteres möglich. Danach bestehen Zweifel, ob die Berufung hierauf eine materiell-rechtliche Präklusion gemäß § 242 BGB wegen unzulässigen selbstwidersprüchlichen Verhaltens darstellt.

#### 5. Fazit

Diese Rechtsprechungsänderung beendet die Option des AG, Schadensersatz nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten zu verlangen, d.h. ein Ersatz fiktiver Kosten für eine nicht getroffene Disposition. Zwar erlaubt der BGH nunmehr die Rückkehr zum Vorschussanspruch, auch wenn schon einmal Schadensersatz geltend gemacht worden ist. Allerdings muss der AG dennoch mehr denn je hinterfragen, die Geltendmachung welchen Rechts für ihn wirtschaftlich sinnvoll ist.



**Dr. Daniel Junk**

– Rechtsanwalt, Partner  
– Fachanwalt für Vergaberecht  
– Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

junk@lutzabel.com

# ÖFFENTLICHES BAURECHT

## Fehleranfälligkeit von Bebauungsplänen

RA Dr. Christian Braun | braun@lutzabel.com

### 1. Einleitung

Der 2. Senat des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen (OVG Münster) hat am 30.01.2018 (Az.: 2 D 102/14.NE) einen Bebauungsplan für unwirksam erklärt, der ein ehemaliges Industriegelände überplant hat. Der Planbereich bestand aus mehreren Baugebieten (u.a. Gewerbegebiete und Mischgebiete). Gegen den Bebauungsplan haben zwei Gewerbebetriebe (Antragsteller) einen Normenkontrollantrag beim OVG Münster eingereicht. Die Antragsteller haben insbesondere vorgetragen, dass sie befürchten, dass die Entwicklung ihrer Gewerbebetriebe gefährdet ist, da durch die Zulassung von Wohnbebauung die rechtliche Zulässigkeit der Verursachung von Immissionen (Lärm und Gerüche) reduziert wird. Die Entscheidung des OVG Münster ist insbesondere hinsichtlich der Ausführungen zur Antragsbefugnis, den Bekanntmachungsanforderungen und der Lösung von Lärmkonflikten auch für viele andere Bebauungspläne in Deutschland von maßgeblicher Bedeutung.

### 2. Antragsbefugnis

Ein Normenkontrollantrag ist nur zulässig, soweit der Antragsteller antragsbefugt ist. Für die Antragsbefugnis muss der Antragsteller Tatsachen vortragen, die es zumindest als möglich erscheinen lassen, dass er durch die Festsetzungen des Bebauungsplans in seinen Rechten verletzt wird. In dem vom OVG Münster entschiedenen Fall haben die durch die Festsetzungen des Bebauungsplans möglicherweise beeinträchtigten Grundstücke der Antragsteller eine Entfernung von ca. 700 m zum Plangebiet aufgewiesen. Das OVG Münster hat die Antragsbefugnis der Antragsteller gleichwohl bejaht. Es wurde leitsatzmäßig festgehalten, dass es an einer Antragsbefugnis erst dann fehlt, wenn die Rechte des Antragstellers unter Zugrundelegung seines Vorbringens offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise verletzt sein können.

Maßgeblich für die mögliche Rechtsverletzung soll weiter ausschließlich die Darlegung in der Antragschrift sein. Eine weitergehende Sachverhaltsaufklärung im Rahmen des fortschreitenden Normenkontrollverfahrens soll dagegen ausgeblendet werden. Soweit sich mithin im Rahmen des Normenkontrollverfahrens durch die Aussagen bzw. Gutachten von Sachverständigen ergibt, dass es offensichtlich ausgeschlossen ist, dass eine anerkannte Rechtsposition des Antragstellers verletzt ist, ist dies für die Prüfung der Antragsbefugnis nicht mehr relevant.

### 3. Verstoß gegen das Bekanntmachungserfordernis

Nach Maßgabe des § 3 Abs. 2 S. 1 BauGB sind die Entwürfe der Bauleitpläne mit der Begründung und den nach Einschätzung der Gemeinde wesentlichen, bereits vorliegenden umweltbezogenen Stellungnahmen auszulegen. Ort und Dauer der Auslegung sowie Angaben dazu, welche Arten umweltbezogener Informationen verfügbar sind, müssen gem. § 3 Abs. 2 HS 1 BauGB ortsüblich bekannt gemacht werden.

Das Bekanntmachungserfordernis erfordert nach der (hier zum Zeitpunkt der Bekanntmachung noch nicht ergangenen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.07.2013, Az.: 4 CN 3.12) einen Hinweis auf die in den vorhandenen Stellungnahmen und Unterlagen behandelten Umweltthemen nach Themenblöcken nebst einer jeweiligen schlagwortartigen Charakterisierung der Inhalte. Der schlagwortartigen Charakterisierung ist erst dann genüge getan, wenn die bekannt gemachten Umweltinformationen die gesetzlich gewollte Anstoßfunktion erfüllen: nämlich die Veranlassung von entsprechenden Stellungnahmen der betroffenen Träger oder Bürger zu den Umweltinformationen. Der Begriff der umweltbezogenen Stellungnahmen ist wiederum aus europarechtlichen Gründen weit zu verstehen. Insbesondere fallen hierunter auch sämtliche Gutachten

und andere umweltbezogene Ausarbeitungen, die eine Gemeinde in Vorbereitung der Bauleitplanung erstellen lassen. Im Ergebnis genügt es mithin nicht mehr – wie früher üblich – lediglich darauf hinzuweisen, dass Umweltinformationen (z.B. zu Geruchs- und Schallbelastungen) vorliegen.

### 4. Mängel im Lärmkonzept

Die Festsetzung von sogenannten immissionswirksamen flächenbezogenen Schallleistungspegeln anhand der DIN 45691 bedarf einer Rechtsgrundlage. Da die einzige zur Verfügung stehende Rechtsgrundlage § 1 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 BauNVO ist, müssen die dortigen Voraussetzungen erfüllt werden. § 1 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 BauNVO verlangt eine Gliederung nach der Art der Betriebe und Anlagen und deren besonderen Bedürfnissen und Eigenschaften. Die entsprechende Festsetzung setzt daher voraus, dass das Emissionsverhalten jedes einzelnen Betriebes und jeder einzelnen Anlage in dem betroffenen Plangebiet verbindlich geregelt wird. Ein Summenpegel für mehrere Betriebe oder Anlagen ist dagegen unzulässig, weil nur ein Immissionsgeschehen gekennzeichnet wird, das von unterschiedlichen Betrieben und Anlagen gemeinsam bestimmt wird und deshalb für das Immissionsverhalten einer bestimmten Anlage für sich genommen letztlich unbeachtlich ist. Des Weiteren muss im Hinblick auf die Vorgaben des § 1 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 BauNVO das Plangebiet tatsächlich intern anhand der zulässigen Schallleistungspegel in einzelne Teilgebiete bzw. Teilflächen untergliedert werden. Die Festsetzung eines einheitlichen Immissionskontingents für ein gesamtes Baugebiet ist dagegen nicht von der Ermächtigungsgrundlage des § 1 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 BauNVO gedeckt. Vorliegend wurde innerhalb der im Plangebiet gelegenen Gewerbegebiete bzw. Industriegebiete in keinem Bereich die notwendige getrennte Ermittlung oder Untergliederung vorgenommen.

### 5. Festsetzungen zum passiven Schallschutz in der Form der untersagten Öffnung von Fenstern

Es ist ein anerkannter Weg, in einem von Lärmimmissionen belasteten Bereich Festsetzungen vorzusehen, die das Öffnen von Fenstern untersagen, soweit nicht die Einhaltung der einschlägigen Richtwerte (vorliegend die eines Mischgebietes) nachgewiesen werden. Im Rahmen der Bauleitplanung begleitenden Schallgutachtens wurde hier auch nachgewiesen, dass dies unter Berücksichtigung der umliegenden Gewerbebetriebe grundsätzlich möglich ist. Dagegen wurde das im Plangebiet festgesetzte

Mischgebiet selbst jedoch nicht berücksichtigt. Dies hätte nach Auffassung des OVG Münster aber erfolgen müssen, da in einem Mischgebiet zusätzlich emittierende Gewerbebetriebe (vom Gericht wurde exemplarisch auf die Zulässigkeit einer Außengastronomie im Mischgebiet hingewiesen) zu erwarten sind. Dies wurde bei der Schallprognose vorliegend nicht berücksichtigt.

### 6. Fehlerhafte Einordnung der Schutzbedürftigkeit von Gewerbebetrieben im Mischgebiet zur Nachtzeit

Der Plangeber ging hier davon aus, dass Gewerbebetriebe auch im Mischgebiet während der Nachtzeit keine höhere Schutzwürdigkeit als zur Tagzeit aufweisen. Hintergrund ist, dass nicht ersichtlich ist, weshalb hier z.B. ein Arbeitnehmer in einem Gewerbebetrieb zur Nachtzeit schutzwürdiger sein soll als zur Tagzeit. Das OVG Münster hat sich dagegen auf den Standpunkt gestellt, dass die TA-Lärm eine Differenzierung zwischen Tag- und Nachtzeit auch bei einem Gewerbebetrieb zwingend vorsieht. Entsprechendes soll für die DIN 4109 (Schallschutz im Hochbau) gelten. Die Regelungen der TA-Lärm sollen – unter Verweis auf die wortlautgemäße Anwendung des Bundesverwaltungsgerichts – keinen „Auslegungsspielraum“ eröffnen. Dies hat zur Folge, dass z.B. bei einem Hotel (das als Gewerbebetrieb einzustufen ist) die Nachtwerte der TA-Lärm uneingeschränkt anzusetzen sind. Offengelassen wurde vom OVG lediglich die Frage, inwiefern für Büroräume eine Sonderfallprüfung nach Nr. 3.2.2 der TA-Lärm in Betracht kommt und diese dazu führen kann, dass die Tagwerte der TA-Lärm auch zur Nachtzeit angesetzt werden können.

### 7. Fazit

Die Entscheidung des OVG Münster zeigt auf, dass Grundstücke, die mit erheblichen Immissionskonflikten belastet sind, einer besonders sorgfältigen Bauleitplanung bedürfen. Dies gilt umso mehr im Falle eines Angebotsbebauungsplans, der die konkrete Durchmischung der zulässigen Nutzungen und die räumliche Anordnung der jeweiligen Nutzungen noch offen lässt. Im Falle eines Angebotsbebauungsplans müssen sämtliche in Betracht kommenden Nutzungsmischungen und Standorte im Rahmen der Gutachten jeweils berücksichtigt werden. Dies ist im Falle eines großen Planungsgebietes oft nicht bzw. nur sehr schwer möglich. Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, grundsätzlich eine kleinräumigere Planung durch mehrere Plangebiete und im Falle von besonders schwer zu lösenden Immissionskonflikten

eine vorhabenbezogene Planung (vorhabenbezogener Bebauungsplan) durchzuführen. Der vorhabenbezogene Bebauungsplan legt bereits verbindlich fest, welche Nutzungen an welchen Standorten zulässig sind. Auf dieser Basis kann dann eine wesentlich einfachere und zuverlässige Schallprognose erstellt werden.



Dr. Christian Braun

\_ Rechtsanwalt  
\_ Fachanwalt für Verwaltungsrecht

braun@lutzabel.com

## BEIHILFEN- UND KARTELLRECHT

### Internetvertrieb: EuGH und BGH konkretisieren die Anforderungen an die Zulässigkeit selektiver Vertriebssysteme für Luxus- und Markenwaren

RA Christoph Richter | richter@lutzabel.com

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat Ende des Jahres 2017 entschieden, dass ein pauschales Verbot der Nutzung von Drittplattformen (wie etwa amazon.de) innerhalb eines selektiven Vertriebssystems für Luxuswaren (unter bestimmten Bedingungen) zulässig ist (EuGH, Urteil vom 06.12.2017, Az.: C-230/16 – „Coty Germany“; vgl. Abschnitt I unten).

Unter Bezugnahme auf das vorgenannte Urteil des EuGH im Fall „Coty“ hat der Bundesgerichtshof (BGH) in einem kürzlich veröffentlichten Beschluss entschieden, dass ein (mit weiteren Beschränkungen des Internetvertriebs verknüpft) pauschales Verbot der Nutzung von Preissuchmaschinen innerhalb eines selektiven Vertriebssystems für Markenwaren, das nicht an qualitative Anforderungen anknüpft, rechtswidrig ist (BGH, Beschluss vom 12.12.2017, Az.: KVZ 41/17 – „Asics“; vgl. Abschnitt II unten).

Die Anforderungen an die Zulässigkeit selektiver Vertriebssysteme sind mit den Entscheidungen (zwar) weiter konkretisiert worden, ihre Gestaltung bleibt (allerdings) weiterhin risikobehaftet, zumal die Feststellungen der beiden Gerichte nicht pauschal auf andere Fälle übertragen werden können (vgl. Abschnitt III unten).

#### I. EuGH zum selektiven Vertrieb von Luxuswaren

##### 1. Sachverhalt und Verfahrensgang

Die Coty Germany GmbH („Coty“) verkauft Luxuskosmetika in Deutschland und vertreibt bestimmte Marken im Rahmen eines sog. selektiven Vertriebssystems (s.u.) auf der Grundlage eines Vertragswerks,

bestehend aus einem Depotvertrag und verschiedenen Spezialverträgen, u.a. auch einer Zusatzvereinbarung über den Internetvertrieb.

Die Parfümerie Akzente GmbH (im Folgenden als „Vertragshändler“ bezeichnet) vertreibt als in dem selektiven Vertriebssystem von Coty zugelassener Einzelhändler die Produkte von Coty sowohl in ihren stationären Ladenlokalen als auch im Internet. Der Internetverkauf erfolgt zum Teil über einen eigenen Internet-Shop und zum Teil über die Plattform „amazon.de“.

Ausweislich der Legaldefinition in Art. 1 Abs. 1 lit. e) Vertikal-GVO<sup>1)</sup> handelt es sich bei einem selektiven Vertriebssystem um ein System vertraglicher Abreden, in dem sich der Anbieter verpflichtet, die Vertragswaren oder -dienstleistungen unmittelbar oder mittelbar nur an Händler zu verkaufen, die anhand festgelegter Merkmale ausgewählt werden, und in dem sich diese Händler verpflichten, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler zu verkaufen, die innerhalb des vom Anbieter für den Betrieb dieses Systems festgelegten Gebiets nicht zum Vertrieb zugelassen sind. Insbesondere Hersteller von Luxus- und Markenwaren implementieren oftmals selektive Vertriebssysteme, wobei sich regelmäßig die Frage stellt, welche Beschränkungen hierbei den zugelassenen Vertriebspartnern auferlegt werden dürfen, ohne dass diese wettbewerbsbeschränkend i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV<sup>2)</sup> bzw. § 1 GWB<sup>3)</sup> wirken.

Das selektive Vertriebssystem wurde von Coty in dem zu Grunde liegenden Depotvertrag damit begründet,

<sup>1)</sup> Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Europäischen Kommission vom 20.04.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen („Vertikal-GVO“).

<sup>2)</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union („AEUV“).

<sup>3)</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen („GWB“).

dass der Charakter der Coty-Prestige-Marken nach einem selektiven Vertrieb zur Unterstützung des Luxus-Images dieser Marken verlange. Zu diesem Zweck sieht der Depotvertrag u.a. vor, dass jede physische Absatzstätte eines Händlers von Coty zugelassen werden muss und bestimmten, im Vertragswerk näher bezeichneten Anforderungen hinsichtlich Umgebung, Ausstattung und Einrichtung genügen muss, um den Luxus-Charakter der Coty-Prestige-Marken herauszustellen und zu unterstützen. Unter Ziff. 1. Abs. 3 der Zusatzvereinbarung über den Internetvertrieb war folgende Klausel enthalten: „Die Führung eines anderen Namens oder die Einschaltung eines Drittunternehmens, für welches die Autorisierung nicht erteilt wurde, ist dem Depositär nicht gestattet.“

Nach dem Inkrafttreten der Vertikal-GVO überarbeitete Coty die Verträge ihres selektiven Vertriebssystems einschließlich der Zusatzvereinbarung über den Internetvertrieb; nunmehr waren u.a. folgende Vorgaben vorgesehen:

- Der Depositär ist dazu berechtigt, die Produkte im Internet anzubieten und zu verkaufen. Dies gilt jedoch nur unter der Bedingung, dass der Depositär sein Internet-Geschäft als ‚elektronisches Schaufenster‘ des autorisierten Ladengeschäfts führt und dass hierbei der Luxuscharakter der Produkte gewahrt bleibt (Ziffer I.1.1 des Depotvertrages).

- Der Gebrauch einer anderen Geschäftsbezeichnung sowie die erkennbare Einschaltung eines Drittunternehmens, das kein autorisierter Depositär von Coty ist, ist verboten (Ziffer I.1.3 des Depotvertrages).

Der Vertragshändler stimmte den vorgenannten Änderungen des Depotvertrags nicht zu. Coty erhob daraufhin Klage beim Landgericht Frankfurt („LG“) und beantragte unter Berufung auf die o.g. Ziffer I.1.3 des Depotvertrages, dem Vertragshändler zu untersagen, die Produkte der streitigen Marke über die Drittplattform „amazon.de“ zu vertreiben.

Nachdem das LG die Klage mit Urteil vom 31.07.2014 (Az.: 2-03 O 128/13) abgewiesen hatte, legte Coty hiergegen Berufung beim Oberlandesgericht Frankfurt a.M. („OLG“) ein. Das OLG setzte das Verfahren aus und legte dem EuGH mit Beschluss vom 19.04.2016 (Az.: 11 U 96/14 (Kart)) die folgenden vier Fragen zur Vorabentscheidung vor (verkürzte Wiedergabe):

- Können selektive Vertriebssysteme, die auf den Vertrieb von Luxus- und Prestigewaren gerichtet sind

und primär der Sicherstellung eines „Luxusimages“ der Waren dienen, (grundsätzlich) zulässig sein?

- Falls die Frage zu 1. bejaht wird: Kann es innerhalb eines selektiven Vertriebssystems für Luxuswaren zulässig sein, den auf der Einzelhandelsstufe tätigen Vertragshändlern bei Internetverkäufen pauschal die Nutzung von Drittplattformen (wie amazon.de) zu verbieten?

- Stellt das pauschale Drittplattformverbot eine sog. Kernbeschränkung (i) i.S.v. Art. 4 lit. b) (bezweckte Beschränkung der Kundengruppe des Einzelhändlers) und/oder (ii) i.S.v. Art. 4 lit. c) (bezweckte Beschränkung des passiven Verkaufs an Endverbraucher) Vertikal-GVO dar?

## 2. Die Entscheidung des EuGH

### a) Zulässigkeit eines selektiven Vertriebssystems für Luxuswaren (1. Vorlagefrage)

In Bezug auf die erste Vorlagefrage nach der grundlegenden Zulässigkeit eines selektiven Vertriebssystems für Luxuswaren hat der EuGH unter Bezugnahme auf sein Urteil im Fall „Pierre Fabre“ (EuGH, Urteil vom 13.10.2011, Az.: C-439/09) zunächst bekräftigt, dass ein selektives Vertriebssystem für Luxuswaren, das primär der Sicherstellung des Luxusimages dieser Waren dient, zulässig ist, sofern die nachfolgend genannten (allgemeinen) Anforderungen an die Zulässigkeit eines solchen Vertriebssystems erfüllt sind.

#### Allgemeine Anforderungen an die Zulässigkeit selektiver Vertriebssysteme

- 1) Die Eigenschaften des fraglichen Produktes erfordern zur Wahrung seiner Qualität und zur Gewährleistung seines richtigen Gebrauchs ein selektives Vertriebssystem (Erforderlichkeit).
- 2) Die Auswahl der Wiederverkäufer erfolgt anhand objektiver Gesichtspunkte qualitativer Art (objektive Qualitätskriterien).
- 3) Diese Anforderungen werden einheitlich für alle in Betracht kommenden Wiederverkäufer festgelegt und ohne Diskriminierung angewendet (Gleichbehandlungsgrundsatz / Diskriminierungsverbot).
- 4) Die festgelegten Kriterien gehen nicht über das erforderliche Maß hinaus (Verhältnismäßigkeit).

Im Hinblick auf die Erforderlichkeit eines selektiven Vertriebssystems zum Vertrieb von Luxuswaren weist der EuGH darauf hin, dass die Qualität von Luxuswaren nicht allein auf ihren materiellen Eigenschaften

beruht, sondern auch auf ihrem Prestigecharakter, der ihnen eine luxuriöse Ausstrahlung verleiht. Diese Ausstrahlung sei ein wesentliches Element dafür, dass die Verbraucher sie von anderen ähnlichen Produkten unterscheiden können, weshalb eine Schädigung dieser Ausstrahlung geeignet sei, die Qualität der Waren selbst zu beeinträchtigen. Die Errichtung eines selektiven Vertriebssystems, welches sicherstellen soll, dass die (Luxus-)Waren in den Verkaufsstellen in einer ihren Wert angemessen zur Geltung bringenden Weise dargeboten werden, sei insofern geeignet, zum Ansehen der fraglichen Waren und somit zur Wahrung ihrer luxuriösen Ausstrahlung beizutragen.

### b) Zulässigkeit eines pauschalen Drittplattformverbotes innerhalb eines selektiven Vertriebssystems für Luxuswaren (2. Vorlagefrage)

Mit der zweiten – in der Entscheidung des EuGH zentralen – Frage wollte das OLG wissen, ob es innerhalb eines selektiven Vertriebssystems für Luxuswaren zulässig sein kann, den auf der Einzelhandelsstufe tätigen Vertragshändlern bei Internetverkäufen pauschal die nach außen erkennbare Nutzung von Drittplattformen (wie amazon.de) zu verbieten.

Hierzu hat der EuGH festgestellt, dass ein solch pauschales Verbot zulässig ist, insofern das selektive Vertriebssystem als solches die o.g. allgemeinen Anforderungen an die Zulässigkeit (vgl. lit. a) oben) erfüllt.

Die streitige Vertragsklausel solle das Luxus- und Prestigeimage der betreffenden Waren sicherstellen. Außerdem habe das OLG die Anwendung des Verbots als objektiv und einheitlich angesehen und sei davon ausgegangen, dass sie ohne Diskriminierung auf alle autorisierten Händler angewandt wird. Daher sei (vom OLG) zu prüfen, ob die festgelegten Kriterien nicht über das erforderliche Maß hinausgingen, d.h. ob das Verbot, beim Internetverkauf der betreffenden Luxuswaren nach außen erkennbar Drittplattformen einzuschalten, in angemessenem Verhältnis zum angestrebten Ziel steht, das Luxusimage dieser Waren sicherzustellen. Hierzu hat der EuGH folgende Feststellungen getroffen:

Erstens sei darauf hinzuweisen, dass die Verpflichtung der zugelassenen Händler, die Vertragswaren im Internet nur über ihre eigenen Online-Shops zu verkaufen, und das an sie gerichtete Verbot, eine andere Geschäftsbezeichnung zu verwenden und erkennbar Drittplattformen einzuschalten, für den Anbieter von vornherein gewährleisten, dass diese

Waren im elektronischen Handel ausschließlich an die zugelassenen Händler gebunden sind. Da eine solche Bindung gerade eines der mit der Anwendung eines selektiven Vertriebssystems angestrebten Ziele sei, stelle das Drittplattformverbot eine schlüssige Beschränkung dar und sei geeignet, die Qualität und das Luxusimage der (Luxus-)Waren sicherzustellen.

Zweitens erlaube das Drittplattformverbot dem Hersteller von Luxuswaren zu überprüfen, ob seine Waren im Internet in einer Umgebung verkauft werden, die den mit seinen zugelassenen Händlern vereinbarten Qualitätsanforderungen entspricht. Halte ein Händler die vom Hersteller festgelegten Qualitätsanforderungen nicht ein, könne der Hersteller auf der Grundlage der bestehenden Vertragsbeziehung gegen den Händler vorgehen. In Ermangelung einer Vertragsbeziehung zwischen dem Hersteller und den Drittplattformbetreibern habe der Hersteller hingegen keine Möglichkeit, von den Plattformbetreibern (wie etwa amazon.de) die Einhaltung derjenigen Qualitätsanforderungen zu verlangen, die er seinen zugelassenen Händlern auferlegt hat. Ein etwaiges Verbot, das es den Händlern gestattet würde, Drittplattformen unter der Bedingung einzuschalten, dass diese vordefinierte Qualitätsanforderungen erfüllen, sei daher nicht ebenso wirksam wie das (pauschale) Verbot der Einschaltung von Drittplattformen. Ein Online-Verkauf von Luxuswaren über nicht zum selektiven Vertriebssystem dieser Waren gehörende Plattformen, in dessen Rahmen der Hersteller nicht die Möglichkeit habe, die Bedingungen, unter denen seine Waren verkauft werden, zu überprüfen, beinhalte daher die Gefahr einer Verschlechterung der Präsentation dieser Waren im Internet, die ihr Luxusimage und somit ihr Wesen beeinträchtigen könnten.

Drittens trage die Tatsache, dass Luxuswaren nicht über solche Plattformen verkauft werden und dass ihr Verkauf im Internet ausschließlich in Online-Shops der autorisierten Händler erfolge, in Anbetracht dessen, dass diese Plattformen einen Verkaufskanal für Waren aller Art darstellen, zum Luxusimage bei den Verbrauchern und damit zur Aufrechterhaltung eines der von den Verbrauchern geschätzten Hauptmerkmale derartiger Waren bei.

Somit dürfte das von einem Anbieter von Luxuswaren gegenüber den Vertragshändlern erlassene Verbot, bei ihrem Internetverkauf nach außen erkennbar Drittplattformen einzuschalten, geeignet sein, das Luxusimage dieser Waren sicherzustellen (was vom OLG zu prüfen bleibt).



Nach der Ansicht des EuGH stehen diese Feststellungen auch nicht im Widerspruch zum Urteil im Fall „Pierre Fabre“: Zum einen handele es sich bei den Waren, die dem selektiven Vertriebssystem im Fall „Pierre Fabre“ unterlagen, nicht um Luxuswaren, sondern um (handelsübliche) Kosmetika und Körperpflegeprodukte. Insbesondere sei zu berücksichtigen, dass es in der Entscheidung „Pierre Fabre“ um ein den autorisierten Händlern im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems auferlegtes pauschales Verbot gegangen sei, die Vertragswaren im Internet zu verkaufen. Dies sei im selektiven Vertriebssystem von Coty jedoch gerade nicht der Fall: Im Unterschied zum Fall „Pierre Fabre“ sei vielmehr lediglich der Online-Verkauf der Vertragswaren über Drittplattformen, die für die Verbraucher erkennbar in Erscheinung treten, verboten. Somit dürften die autorisierten Händler die Vertragswaren sowohl über ihre eigene Website (sofern sie über ein elektronisches Schaufenster des autorisierten Ladengeschäfts verfügen und der Luxuscharakter der Waren gewahrt bleibt) als auch über nicht autorisierte Drittplattformen (sofern deren Einschaltung für den Verbraucher nicht erkennbar ist) im Internet verkaufen. Abgesehen davon würden eigene Online-Shops der Einzelhändler, die von mehr als 90 % der befragten Einzelhändler genutzt werden, ungeachtet der zunehmenden Bedeutung von Drittplattformen bei der Vermarktung von Waren durch Einzelhändler den wichtigsten Vertriebskanal im Rahmen des Internetvertriebs darstellen.

Diese Gesichtspunkte lassen nach der Ansicht des EuGH insgesamt darauf schließen, dass ein pauschales Verbot, beim Internetverkauf von Luxuswaren nach außen erkennbar Drittplattformen einzuschalten, wie es Coty dem Vertragshändler auferlegt hat, nicht über das hinausgeht, was erforderlich ist, um das Luxusimage dieser Waren sicherzustellen. Mithin seien alle Anforderungen an die Zulässigkeit eines selektiven Vertriebssystems (vgl. oben unter lit. a)) erfüllt.

### c) Pauschales Drittplattformverbot = Kernbeschränkung? (3. und 4. Vorlagefrage)

Zur Erinnerung: Mit der dritten und der vierten Vorlagefrage wollte das OLG wissen, ob das Drittplattformverbot eine sog. Kernbeschränkung i.S.v. Art. 4 lit. b) (bezweckte Beschränkung der Kundengruppe des Einzelhändlers) und/oder i.S.v. Art. 4 lit. c) (bezweckte Beschränkung des passiven Verkaufs an Endverbraucher) Vertikal-GVO darstellt.

Ausweislich Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO gilt Art. 101 Abs. 1 AEUV (unter Einhaltung der Voraussetzun-

gen der Vertikal-GVO) nicht für vertikale Vereinbarungen. Nach Art. 4 lit. b) und c) Vertikal-GVO gilt die in Art. 2 Vertikal-GVO vorgesehene Freistellung (allerdings) nicht für vertikale Vereinbarungen, die die Beschränkung des Gebiets oder der Kundengruppe, in das oder an die ein an der Vereinbarung beteiligter Abnehmer Vertragswaren oder -dienstleistungen verkaufen darf (lit. b)), oder die Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher durch auf der Einzelhandelsstufe tätige Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems (lit. c)), also eine sog. Kernbeschränkung bezwecken.

Die Frage, ob eine Kernbeschränkung im vorgenannten Sinn vorliegt, wird nur in dem Fall relevant, dass das OLG im weiteren Verfahren (entgegen der Auffassung des EuGH) zu dem Ergebnis gelangt, dass das Drittplattformverbot gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstößt, zumal in diesem Fall eine Freistellung des Drittplattformverbots nach Art. 2 Vertikal-GVO in Betracht kommt.

Der EuGH weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass (im vorliegenden Fall) im Ergebnis eine Freistellung nach Art. 2 Vertikal-GVO in Betracht kommen dürfte, zumal die in Art. 3 Vertikal-GVO genannten Marktanteilsschwellen nicht überschritten seien und es sich bei dem Drittplattformverbot nicht um eine Kernbeschränkung i.S.v. Art. 4 lit. b) und/oder lit. c) Vertikal-GVO handeln dürfte.

Diesbezüglich sei zunächst zu berücksichtigen, dass das Drittplattformverbot im Unterschied zu der Klausel im Fall „Pierre Fabre“ (EuGH, a.a.O.) nicht grundsätzlich die Nutzung des Internets als Form der Vermarktung der Vertragswaren verbiete. Außerdem dürften innerhalb der Gruppe der Online-Käufer die Kunden von Drittplattformen nicht abgrenzbar sein. Schließlich gestatte der Depotvertrag den zugelassenen Händlern unter bestimmten Bedingungen, über das Internet auf Drittplattformen und mittels Online-Suchmaschinen Werbung zu betreiben, so dass die Kunden mittels solcher Suchmaschinen Zugang zum Internetangebot der autorisierten Händler haben dürften.

## II. Entscheidung des BGH zum selektiven Vertrieb von Markenwaren

### 1. Sachverhalt und Verfahrensgang

In dem vom BGH zu entscheidenden Fall hatte die deutsche Vertriebsgesellschaft der Fa. Asics (im Folgenden „Asics“) beabsichtigt, ein selektives Ver-

triebssystem einzuführen, in dessen Rahmen unterschiedliche vertragliche Beschränkungen des Internetvertriebs vorgesehen waren:

- Den am selektiven Vertriebssystem beteiligten Händlern war untersagt, einem Dritten zu erlauben, Markenzeichen von Asics in jeglicher Form auf der Internetseite des Dritten zu verwenden, um Kunden auf die Internetseite des autorisierten Asics-Händlers zu leiten.
- Der Vertrag sah außerdem ein (pauschales) Verbot vor, die Funktionalität von Preissuchmaschinen zu unterstützen, unabhängig von der Ausgestaltung der konkreten Preissuchmaschine.
- Den Händlern war überdies verboten, Vertragsware über den Internetauftritt eines Dritten zu bewerben oder zu verkaufen, es sei denn, der Name oder das Logo der Plattform des Dritten würden nicht abgebildet.

Das Bundeskartellamt („BKartA“) hatte im Hinblick auf die vorgenannten Verbote Ende des Jahres 2011 ein Verfahren wegen des Verdachts eines Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 20 Abs. 1, 2 GWB a.F. eingeleitet. Noch vor dem Abschluss des Verfahrens hatte Asics die beabsichtigten Verbote (zwar) aufgegeben und stattdessen fortan ein geändertes selektives Vertriebssystem angewendet. Das BKartA hatte das Verfahren allerdings fortgeführt und war zu der Feststellung gekommen, dass das ursprünglich beabsichtigte Vertriebssystem rechtswidrig war.

Die hiergegen eingelegte Beschwerde von Asics wurde durch das Oberlandesgericht Düsseldorf zurückgewiesen, die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.04.2017, Az.: VI-Kart 13/15 (V)).

### 2. Die Entscheidung des BGH

Der BGH hatte vor diesem Hintergrund über eine Nichtzulassungsbeschwerde von Asics zu entscheiden und hat diese zurückgewiesen. Nachdem das OLG seine Entscheidung im Wesentlichen darauf gestützt hatte, dass das pauschale Verbot der Nutzung von Preissuchmaschinen gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB verstoße und nicht freigestellt sei, setzte sich der BGH ebenfalls hauptsächlich mit dieser Frage auseinander und kam letztendlich ebenfalls zu dem Ergebnis, dass ein pauschales Verbot der Nutzung von

Preissuchmaschinen innerhalb eines selektiven Vertriebssystems für Markenwaren, das nicht an qualitative Anforderungen anknüpft, rechtswidrig ist.

Nach den Feststellungen des BGH kommt Preissuchmaschinen im Online-Handel eine erhebliche Bedeutung zu, zumal ein Einzelhändler durch ein preisgünstiges Angebot und dessen Verknüpfung mit einer Preissuchmaschine seine Absatzchancen deutlich verbessern könne. Das pauschale Verbot habe zur Folge, dass die Online-Angebote der (im selektiven Vertriebssystem zugelassenen) Vertragshändler über eine Preissuchmaschine nicht aufgefunden werden könnten und bewirke daher zumindest eine Beschränkung des passiven Verkaufs an Endverbraucher durch die Einzelhändler. Ein solches Verbot stelle, zumindest dann, wenn es unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Preissuchmaschine gilt, also nicht etwa an Qualitätsanforderungen anknüpft, im Ergebnis unzweifelhaft eine Kernbeschränkung i.S.v. Art. 4 lit. c) Vertikal-GVO dar.

Nach der Ansicht des BGH steht dieses Wertungsergebnis nicht im Widerspruch zum Standpunkt der EU-Kommission, zumal diese ausweislich des Abschlussberichts zur Sektoruntersuchung E-commerce<sup>41</sup> zu der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Beschränkungen bei der Verwendung von Preissuchmaschinen als Verstoß gegen Art. 101 AEUV anzusehen seien, bislang noch nicht Stellung genommen habe. Insbesondere könne dem Abschlussbericht auch nicht entnommen werden, dass die EU-Kommission ein pauschales Verbot der Unterstützung von Preissuchmaschinen durch Einzelhändler nicht als Kernbeschränkung im Sinne von Art. 4 lit. c) Vertikal-GVO ansieht. Nach den dortigen Feststellungen enthielten die Vertikal-Leitlinien<sup>51</sup> zu der Frage keine konkrete Beurteilung. Die EU-Kommission habe des Weiteren ausgeführt, dass das Verbot der Möglichkeit zur Nutzung von Preissuchmaschinen, das nicht an Qualitätskriterien anknüpft, die effektive Nutzung des Internets als Vertriebskanal beschränken würde und daher auf eine Beschränkung des passiven Verkaufs nach Art. 4 lit. b) oder c) Vertikal-GVO hinauslaufen könne. Demgegenüber könnten Beschränkungen, die auf qualitative Kriterien gestützt seien, von der Vertikal-GVO gedeckt sein.

Der BGH sah insbesondere keine Veranlassung für eine Vorlage dieser Frage an den EuGH bzw. gab

<sup>41</sup> Commission Staff Working Document vom 10.05.2017 [COM(2017) 229 final].  
<sup>51</sup> Leitlinien für vertikale Beschränkungen vom 19.05.2010 [ABL 2010/C 130/01].

sich ersichtlich Mühe, eine solche zu vermeiden: Der EuGH habe zu der Frage der Zulässigkeit eines pauschalen Verbotes der Nutzung von Preisvergleichsmaschinen in einem selektiven Vertriebssystem noch nicht entschieden. Nach der Ansicht des BGH stehen die Feststellungen nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH in den Fällen „Pierre Fabre“ und „Coty“: Anders als im Fall „Pierre Fabre“ führe die von Asics beabsichtigte Klausel nicht dazu, dass dem Einzelhändler der Verkauf über das Internet faktisch unmöglich gemacht werde, sondern beschränke lediglich die Möglichkeiten dieses Vertriebsweges. Im Unterschied zum Fall „Coty“ sei zum einen zu berücksichtigen, dass das von Asics beabsichtigte selektive Vertriebssystem keine Luxuswaren (sondern lediglich Markenwaren) betraf. Zum anderen sei es den Vertragshändlern von Coty gestattet gewesen, unter bestimmten Bedingungen über das Internet auf Drittplattformen und mittels Online-Suchmaschinen Werbung zu betreiben, was es den Kunden ermögliche, mittels solcher Suchmaschinen Zugang zum Internet-Angebot der Händler zu erlangen. Im Unterschied hierzu war den Vertragshändlern von Asics nicht nur die Unterstützung der Funktionalität von Preissuchmaschinen verboten. Vielmehr war ihnen darüber hinaus untersagt, einem Dritten zu gestatten, Markenzeichen von Asics auf der Internetseite eines Dritten zu verwenden, um Kunden auf die Internetseite des Händlers zu leiten. Schließlich war es ihnen verboten, Vertragswaren über den Internetauftritt eines Dritten zu bewerben oder zu verkaufen, es sei denn, der Name oder das Logo der Plattform des Dritten würde nicht abgebildet. Bei einer solchen Kombination von Beschränkungen sei, anders als im Fall Coty, nicht gewährleistet, dass Kunden in praktisch erheblichem Umfang Zugang zum Internet-Angebot der Vertragshändler haben.

### III. Fazit und Handlungsempfehlung

Die Anforderungen an die Zulässigkeit selektiver Vertriebssysteme sind mit den beiden hier behandelten Entscheidungen (zwar) weiter konkretisiert worden. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Feststellungen nicht pauschal auf alle selektiven Vertriebssysteme übertragen werden können: Zum einen beziehen sich die Entscheidungen jeweils auf die konkreten Umstände bestimmter Einzelfälle, zum anderen betrifft die Entscheidung des EuGH den selektiven Vertrieb von Luxuswaren, während der

BGH über den (selektiven) Vertrieb von „normalen“ Markenwaren zu entscheiden hatte. Überdies ist zu berücksichtigen, dass der EuGH als Rechtfertigung des pauschalen Drittplattformverbotes maßgeblich auf den Umstand der fehlenden vertraglichen Durchgriffsmöglichkeit der Hersteller auf die Drittplattformbetreiber abgestellt hat. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass in Konstellationen, in denen eine Durchgriffsmöglichkeit besteht, pauschale Verbote nicht in Betracht kommen dürften.

Die Gestaltung selektiver Vertriebssysteme bleibt insofern risikobehaftet und bedarf stets einer genauen Prüfung und kartellrechtskonformen Gestaltung möglichst im Vorfeld der Implementierung. Sofern den zugelassenen Vertragshändlern hierbei Beschränkungen in Bezug auf den Internetvertrieb auferlegt werden sollen, können diese (wie bereits in der Vergangenheit) auf der Grundlage der Vertikal-GVO freigestellt sein, wenn sie auf qualitative Kriterien gestützt werden und der Wahrung eines besonderen Luxus- oder Markenimages dienen. Sofern ein pauschales Verbot im Bereich des Internetvertriebs zum Gegenstand eines selektiven Vertriebssystems gemacht werden soll, kann dies zulässig sein, wenn es an einer vertraglichen Durchgriffsmöglichkeit zur Durchsetzung qualitativer Kriterien fehlt und der Vertriebskanal „Internet“ durch das Verbot lediglich beschränkt, aber nicht vollständig oder weitestgehend verschlossen wird. Ein pauschales Verbot dürfte hingegen dann rechtswidrig sein, wenn dieses mit weiteren Beschränkungen verbunden ist und die Kombination dieser Beschränkungen dazu führt, dass der Vertragshändler bzw. dessen Produkte im Internet weitgehend nicht auffindbar sind und hierdurch der passive Vertrieb über das Internet weitestgehend beschränkt wird.



**Christoph Richter**

Rechtsanwalt

richter@lutzabel.com

# GESELLSCHAFTSRECHT

## GmbH: Die Eintragung einer Kapitalerhöhung heilt einen Formmangel der Übernahmeerklärung

RA Dr. Alexander Henne M.Jur. (Oxford) | henne@lutzabel.com

Mit Urteil vom 17.10.2017 (Az.: KZR 24/15) hat der Bundesgerichtshof (BGH) entschieden, dass nach Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister ein Mangel der Form der Übernahmeerklärung nicht mehr mit Erfolg gerügt werden kann.

### 1. Sachverhalt

In dem vom BGH entschiedenen Fall nahm eine GmbH ihre ehemaligen Geschäftsführer auf Schadensersatz nach § 43 Abs. 2 GmbHG in Anspruch. Die Geltendmachung der Schadensersatzansprüche wurde zuvor mit den Stimmen des Mehrheitsgesellschafters beschlossen. Die beklagten ehemaligen Geschäftsführer hielten die Schadensersatzklage für unzulässig, da der Beschluss der Gesellschafterversammlung unwirksam sei, weil der Mehrheitsgesellschafter nie wirksam Gesellschafter der GmbH geworden sei. Sie erhoben eine Zwischenfeststellungswiderklage, mit der sie die Feststellung begehrten, dass der Mehrheitsgesellschafter nicht Gesellschafter der Klägerin geworden ist.

Ursprünglich war die B-GmbH Inhaberin aller Geschäftsanteile der klagenden GmbH. Die beklagten ehemaligen Geschäftsführer der Klägerin waren die alleinigen Gesellschafter der B-GmbH und zugleich deren Geschäftsführer. Die B-GmbH beschloss im Rahmen einer Gesellschafterversammlung der Klägerin, dass die ConsulTrust GmbH („ConsulTrust“) im Rahmen einer Erhöhung des Stammkapitals von bislang EUR 25.000,00 um EUR 75.000,00 75 % der Geschäftsanteile der Klägerin erwerben sollte. Der Beschluss über die Kapitalerhöhung der Klägerin und die Zulassung der ConsulTrust zur Übernahme der neuen Geschäftsanteile wurde notariell beurkundet. Der Vertrag über die Beteiligung der ConsulTrust an der Klägerin und die damit in Zusammenhang stehende Gesellschaftervereinbarung wurden vom

Notar verlesen, während die weiteren Dokumente der notariellen Urkunde über den Beteiligungsvertrag zu Informationszwecken beigelegt wurden. Die Übernahme der neuen Geschäftsanteile durch die ConsulTrust erfolgte in notariell beglaubigter Form am gleichen Tag. Die Kapitalerhöhung wurde einige Zeit danach im Handelsregister eingetragen.

Nach Auffassung der Beklagten hätte die zwischen der ConsulTrust als Übernehmerin der neuen Geschäftsanteile und der Klägerin geschlossene Übernahmevereinbarung der notariellen Beurkundung bedurft. Sie folgerten dies daraus, dass die Übernahmevereinbarung mit dem zwischen der ConsulTrust und der bisherigen Alleingesellschafterin geschlossenen Beteiligungsvertrag und der Gesellschaftervereinbarung in engem wirtschaftlichem Zusammenhang stehe und daher wie diese Vereinbarungen ebenfalls dem Erfordernis der notariellen Beurkundung nach § 15 Abs. 3 und Abs. 4 GmbHG unterfalle. Daher sei der Anteilserwerb der ConsulTrust wegen Verstoßes gegen § 15 Abs. 3 und Abs. 4 GmbHG unwirksam.

### 2. Entscheidung des BGH

Der BGH hat wie die Vorinstanzen entschieden, dass die ConsulTrust im Wege der Kapitalerhöhung wirksam Gesellschafterin der Klägerin geworden ist. Die ConsulTrust hat das durch notariell beurkundeten Beschluss eingeräumte Recht auf Übernahme der neuen Geschäftsanteile in notariell beglaubigter Form und damit entsprechend den in § 55 Abs. 1 GmbHG bestimmten Erfordernissen ausgeübt. Diese Übernahmeerklärung wurde durch die klagende GmbH konkludent dadurch angenommen, dass die Kapitalerhöhung ordnungsgemäß zum Handelsregister angemeldet worden ist. Durch die Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister sind die

neuen Geschäftsanteile entstanden und wurde die ConsulTrust Gesellschafterin der Klägerin.

Die Frage, ob im konkreten Fall die Übernahmevereinbarung nach § 15 Abs. 3 und Abs. 4 GmbHG der notariellen Beurkundung bedarf, ließ der BGH offen, da selbst bei unterstellter Formunwirksamkeit der Übernahmevereinbarung dieser Mangel durch die Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister geheilt wurde. Nach der Eintragung der Kapitalerhöhung können Mängel der Übernahmevereinbarung mit Rücksicht auf den Schutz des Vertrauens des Geschäftsverkehrs auf die im Register eingetragene Kapitalgrundlage der Gesellschaft nur noch eingeschränkt geltend gemacht werden. Neben dem Fehlen einer Übernahmeerklärung können grundsätzlich nur solche Mängel gerügt werden, die Zweifel daran begründen, ob die betreffende Erklärung in zurechenbarer Weise veranlasst worden ist, insbesondere mangelnde Geschäftsfähigkeit und fehlende Vollmacht. Eine Anfechtbarkeit der Übernahme-

erklärung wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder anderer Willensmängel sowie die Berufung auf Formmängel der Übernahmeerklärung scheiden nach Eintragung der Kapitalerhöhung aus. Damit bestätigt der BGH die dazu im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum einstimmig vertretene Auffassung. Aufgrund der gravierenden Folgen einer fehlerhaften Kapitalerhöhung in der Praxis ist diese Entscheidung sehr relevant. Sie schafft mehr Rechtssicherheit und ist daher zu begrüßen.



**Dr. Alexander Henne**

\_ Rechtsanwalt, Partner  
\_ M. Jur. (Oxford)

henne@lutzabel.com

### **Fragen, Anmerkungen und Wünsche zu Recht Aktuell?**

Wir freuen uns über Ihre Fragen, Anmerkungen und Wünsche bezüglich unserer Informationsschrift Recht Aktuell. Sie können uns gerne eine E-Mail zusenden an [kanzlei@lutzabel.com](mailto:kanzlei@lutzabel.com).

### **Verantwortlicher Redakteur**

RA Dr. Christian Dittert  
LUTZ | ABEL Rechtsanwalts GmbH  
Brienner Straße 29 · 80333 München

### **LUTZ | ABEL Rechtsanwalts GmbH**

#### **München**

Brienner Straße 29 · 80333 München  
Telefon +49 89 544147-0  
Telefax +49 89 544147-99  
[muenchen@lutzabel.com](mailto:muenchen@lutzabel.com)

#### **Hamburg**

Caffamacherreihe 8 · 20355 Hamburg  
Telefon +49 40 3006996-0  
Telefax +49 40 3006996-99  
[hamburg@lutzabel.com](mailto:hamburg@lutzabel.com)

#### **Stuttgart**

Heilbronner Straße 72 · 70191 Stuttgart  
Telefon +49 711 252890-0  
Telefax +49 711 252890-7799  
[stuttgart@lutzabel.com](mailto:stuttgart@lutzabel.com)

#### **Brüssel**

Rond Point Schuman 9/9 · 1040 Brüssel  
Belgien  
Telefon +32 2 2868593  
Telefax +32 2 2301416  
[bruessel@lutzabel.com](mailto:bruessel@lutzabel.com)

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

