

LUTZ | ABEL

RECHT AKTUELL

01/2017

RECHT AKTUELL 01/2017

Sehr geehrte Leserinnen und Leser,

wir möchten Sie auch in diesem Jahr wieder mit Recht Aktuell über Neues aus unserer Kanzlei, aktuelle Rechtsprechung und Gesetzgebung informieren.

Das Wachstum der Kanzlei setzt sich fort. Seit Anfang des Jahres erweitert die Praxisgruppe Commercial unsere Kompetenzbereiche. Wir beraten Unternehmen in allen Facetten und zu allen Fragen des Vertrags-, Vertriebs- und Handelsrechts sowohl bei rein innerdeutschen Sachverhalten als auch bei Rechtsfragen mit internationalem Bezug. Als Leiter dieser Praxisgruppe und weiteren Partner am Standort Stuttgart freuen wir uns, Ihnen Herrn Rechtsanwalt Dr. Marius Mann vorstellen zu dürfen. Er begann seine Laufbahn bei Gleiss Lutz, wo er seit 2015 Assoziierter Partner war. Seine Schwerpunkte liegen im Handels-, Vertriebs- und Prozessrecht. Branchenkenntnisse besitzt der Prozessrechtsexperte insbesondere in den Bereichen Automotive, Pharma, Logistik und Textil.

Rechtsanwalt Gerrit Sieber verstärkt seit April die Praxisgruppe Real Estate unserer Kanzlei am Standort Hamburg. Herr Sieber berät umfassend in Fragen des Bau- und Immobilienrechts, des Grundstücksrechts sowie des Prozessrechts. Zuvor war Herr Sieber bereits mehrere Jahre in einer großen Hamburger Rechtsanwaltskanzlei tätig.

Das Vergaberechtsteam unter der Leitung von Dr. Mathias Mantler stellte in unserer Fortbildungsreihe „Update Vergaberecht“ die neuen Regeln (einschl. UVgO) und erste Praxiserfahrungen des im April 2016 in Kraft getretenen Vergaberechts vor. Die Referenten Dr. Mathias Mantler, Tobias Osseforth, Mag. rer. publ., Dr. Christian Kokew und Christoph Richter informierten im März über die Gesetzesneuerungen länderrechtsspezifisch an unseren Standorten München, Hamburg und Stuttgart. Die Veranstaltungen erfreuten sich großen Zuspruchs. Die durchweg positiven Rückmeldungen haben uns sehr gefreut.

Weitere Veranstaltungen finden Sie wie gewohnt in unserer Veranstaltungsübersicht. Wir würden uns freuen, Sie und Ihre Kollegen bei dem einen oder anderen Termin in unserer Kanzlei begrüßen zu dürfen.

Nun laden wir Sie ein, in unsere ausgewählten Themen zu Gesetzgebung und Gerichtsentscheidungen tiefer einzusteigen. Für Fragen stehen Ihnen die Autoren sowie das gesamte LUTZ | ABEL Team gerne zur Verfügung.

Herzliche Grüße

Ihre LUTZ | ABEL Rechtsanwalts GmbH

VERANSTALTUNGEN

ARBEITSRECHT

Dienstrechtlicher Kongress 2017

Bayerische Akademie für Verwaltungs-Management und die Bayerische Verwaltungsschule (BVS)

Dr. Philipp Byers u.a.

20. – 21. Juni 2017 in Bamberg

Weitere Informationen finden Sie unter www.verwaltungs-management.de

Mitarbeiterkontrollen: Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser

BECK Seminar

Dr. Philipp Byers

17. November 2017 in Düsseldorf

Weitere Informationen finden Sie unter www.beck-seminare.de

GESELLSCHAFTSRECHT

Vermeidung von Gesellschafterstreit durch geeignete Gesellschaftsverträge

MAV & schweitzer Seminare

Dr. Reinhard Lutz,
Dr. Christian Dittert

29. Mai 2017 in München

Weitere Informationen finden Sie unter www.muechner-anwaltverein.de

Gesellschafterstreit – Typische Konfliktfelder

BECK Seminar

Dr. Reinhard Lutz,
Dr. Christian Dittert

30. November 2017 in München

Gesellschafterstreit im Prozess

BECK Seminar

Dr. Reinhard Lutz,
Dr. Christian Dittert

1. Dezember 2017 in München

Weitere Informationen finden Sie unter www.beck-seminare.de

REAL ESTATE

Einkauf von Bauleistungen

Management Circle Intensiv-Seminar

Dr. Rainer Kohlhammer u.a.

15. – 16. Mai 2017 in Frankfurt a. M.

Weitere Informationen finden Sie unter www.managementcircle.de

Rechtssichere Baustellendokumentation

Management Forum Starnberg

Dr. Rainer Kohlhammer

25. Mai 2017 in München

Weitere Informationen finden Sie unter www.management-forum.de

4. WTA-Kolloquium Betoninstandhaltung

Schwerpunktthema Historische Betonkonstruktionen

Dr. Hubert Bauriedl u.a.

20. Juni 2017 in Erfurt

Weitere Informationen finden Sie unter www.wta-international.org

VENTURE CAPITAL/M&A

Vom Business Angel zum Altgesellschafter:

Zur Rolle des Angels in späteren Finanzierungsrunden

BAND Akademie

Björn Weidehaas u.a.

18. Mai 2017 bei LUTZ | ABEL in München

Weitere Informationen finden Sie unter www.business-angels.de

VERGABERECHT

Seminare der Bayerischen Verwaltungsschule (BVS)

Grundlagen des Vergabewesens – Schwerpunkt VOB –

Dr. Christian Kokew

1. – 2. Juni 2017 in Lauingen

13. – 14. September 2017 in Puchheim

Weitere Informationen finden Sie unter www.bvs.de

VERANSTALTUNGEN

VERGABERECHT

Seminare der Bayerischen Verwaltungsschule (BVS)

Vergabewesen – Liefer- und Dienstleistungen Eignung, Leistungsbeschreibung und Angebotswertung (Aufbauseminar) Dr. Mathias Mantler

24. Mai 2017 in Nürnberg

Vergabewesen – Liefer- und Dienstleistungen (Grundseminar) Dr. Christian Kokew

15. Mai 2017 in Nürnberg

27. November 2017 in München

19. Dezember 2017 in Nürnberg

Weitere Informationen finden Sie unter www.bvs.de

KONTAKT

Für Fragen zu den Veranstaltungen und zur Anmeldung stehen Ihnen die Referenten sowie Maximilian Schmidt-Pauly (Telefon: +49 89 544 147-0, E-Mail: schmidt-pauly@lutzabel.com) gerne zur Verfügung.

Weitere Informationen finden Sie darüber hinaus auf unserer Internetseite unter www.lutzabel.com.

INHALTSVERZEICHNIS

Arbeitsrecht

10 Rechtsmissbrauch bei Scheinbewerbungen Kathrin Wenzel

Privates Baurecht

11 Gefahr bei auflösend bedingten Dienstbarkeiten: Wie können diese im Grundbuch zur Löschung gebracht werden? Warum gelingt ein Nachweis des Bedingungseintritts gegenüber dem Grundbuchamt häufig nicht? Dr. René Poew

13 Bayerische Bürgermeister – zumindest nach dem BGH mit Vertretungsmacht! Katharina Bold

15 Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in der Bauwirtschaft Julian Stahl

Öffentliches Baurecht

19 Stellplatz-Nachweis als Pflicht aller Wohnungseigentümer Wiebke Hederich, LL.M.

Gewerblicher Rechtsschutz

22 Markenverletzung durch Keyword-Advertising? Birgit Maneth, LL.M.

Beihilfen- und Kartellrecht

25 Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen mittelständischer Unternehmen nach der 9. GWB-Novelle Christoph Richter

Gesellschaftsrecht

30 Einladung zur Gesellschafterversammlung durch abberufenen GmbH-Geschäftsführer Dr. Christian Dittert

31 Legal Due Diligence bei Start-ups und Wachstumsunternehmen: Worauf Investoren und Käufer achten! Dr. Bernhard Noreisch, LL.M.
Dr. Lorenz Jellinghaus

34 Geltung der formellen Legitimationswirkung der Gesellschafterliste im Falle des Todes eines Gesellschafters Dr. Bernd Fluck

37 Neue Regeln für den INVEST-Zuschuss – Maßnahmen zur Förderung der Business-Angels-Szene in Deutschland Dr. Lorenz Jellinghaus

Vergaberecht

39 Umgehung des Vergaberechts lohnt sich nicht! Dr. Christian Kokew

ARBEITSRECHT

Rechtsmissbrauch bei Scheinbewerbungen

RAin Kathrin Wenzel | wenzel@lutzabel.com

Seit das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vor zehn Jahren in Kraft getreten ist, hat eine Gruppe sogenannter „AGG-Hopper“ ein Geschäft daraus gemacht, Schadensersatz und Entschädigung nach § 15 Abs. 1 und 2 AGG wegen einer angeblichen Diskriminierung im Bewerbungsprozess zu fordern. Dazu bewerben sich AGG-Hopper bei Unternehmen und Behörden, die eine Stelle unter vermeintlich diskriminierenden Aspekten ausgeschrieben haben. Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) hat zu diesem Thema vor einigen Monaten eine Grundsatzentscheidung getroffen und dem „AGG-Hopping“ zumindest in gewissen Grenzen einen Riegel vorgeschoben. Der EuGH hat in seinem Urteil vom 28.07.2016 (Az.: C-423/15) klargestellt, dass sich „nicht ernsthafte Bewerber“ nicht auf den Schutz der Antidiskriminierungsrichtlinien berufen können. Zugleich äußerte sich der EuGH in diesem Urteil zur Rechtsmissbräuchlichkeit solcher Scheinbewerbungen. Ein im Anschluss an dieses EuGH-Urteil ergangenes Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 11.08.2016 (Az.: 8 AZR 4/15) zeigt allerdings, dass damit nicht alle Probleme von Unternehmen in Bezug auf sog. Scheinbewerbungen automatisch beseitigt sind. Vielmehr sind an die Rechtsmissbräuchlichkeit einer Bewerbung hohe Anforderungen zu stellen. Arbeitgeber müssen bei der Stellenausschreibung und im anschließenden Bewerbungsprozess nach wie vor darauf achten, dass diskriminierende Aspekte vermieden werden. Der nachfolgende Beitrag fasst die wesentlichen Punkte des EuGH-Urteils sowie des BAG-Urteils zusammen und zeigt deren Relevanz für die Praxis auf.

1. Die Entscheidung des EuGH

Im März 2009 schrieb die beklagte Versicherung Trainee-Stellen für Hochschulabsolventen u.a. der Fachrichtung Jura aus. Neben weiteren Anforderungen verlangte die Versicherung einen sehr guten Hochschulabschluss, der nicht länger als ein Jahr

zurückliegen oder innerhalb der nächsten Monate erfolgen sollte. Der Kläger bewarb sich um diese Trainee-Stelle. Dabei wies er in seiner Bewerbung darauf hin, dass er Rechtsanwalt sei und seine Ausbildung bereits vor mehreren Jahren abgeschlossen habe. Zudem betonte der Kläger in seiner Bewerbung, dass er nicht nur die in der Ausschreibung genannten Kriterien erfülle, sondern als Rechtsanwalt und ehemaliger leitender Angestellter einer Versicherungsgesellschaft auch über Führungserfahrung verfüge. Die Versicherung lehnte die Bewerbung des Klägers ab. Dieser verlangte deshalb von der Versicherung eine Entschädigung in Höhe von EUR 14.000 wegen Altersdiskriminierung. Die Versicherung lud den Kläger daraufhin zu einem Vorstellungsgespräch ein. Der Kläger lehnte diese Einladung jedoch ab und schlug vor, nach Erfüllung des von ihm geltend gemachten Entschädigungsanspruchs über seine Zukunft bei der Versicherung zu sprechen. Als die Versicherung seine Ansprüche weiterhin ablehnte, erhob der Kläger beim Arbeitsgericht Wiesbaden Klage auf Entschädigung in Höhe von EUR 14.000 wegen Altersdiskriminierung. Nachdem der Kläger anschließend erfuhr, dass sämtliche Trainee-Stellen mit Frauen besetzt wurden, machte er gegenüber der Versicherung weitere EUR 3.500 wegen Geschlechterdiskriminierung geltend.

Sowohl das Arbeitsgericht Wiesbaden als auch das LAG Hessen wiesen die Klage ab. Das BAG war im Revisionsverfahren der Auffassung, dass nach deutschem Recht derjenige nicht Bewerber nach § 6 Abs. 1 S. 2 AGG und damit nicht Beschäftigter im Sinne des § 7 Abs. 1 AGG sein kann, der nicht eine Einstellung oder Beschäftigung anstrebt, sondern die Bewerbung nur abgibt, um den (formellen) Status als Bewerber zu erlangen. Ob eine solche rein formale oder auch Scheinbewerbung vorliegt, kann sich nach Ansicht des BAG aus den Umständen der Bewerbung, insbesondere dem Bewerbungsschreiben ergeben. Das BAG rief daraufhin den EuGH zur Klärung der Fragen

an, ob auch der nur formale Bewerber vom Schutz der Antidiskriminierungsrichtlinien erfasst sei und ob das Verhalten des Klägers als Rechtsmissbrauch bewertet werden könne.

Der EuGH bestätigte die Auffassung des BAG, dass rein formalen Bewerbern kein unionsrechtlicher Schutz zusteht. Will eine Person nicht eine betreffende Stelle, sondern nur den formalen Status als Bewerber erlangen, mit dem alleinigen Ziel, eine Entschädigung geltend zu machen, sucht sie nicht den „Zugang zu Beschäftigung oder zu abhängiger Erwerbstätigkeit“ im Sinne von Art. 3 Abs. 1 bzw. Art. 1 der Richtlinie 2000/78 bzw. 2006/54. Eine andere Auslegung wäre unvereinbar mit dem Ziel der Antidiskriminierungsrichtlinien. Durch die Antidiskriminierungsrichtlinien soll gewährleistet werden, dass jeder „in Beschäftigung und Beruf“ bzw. „in Arbeits- und Beschäftigungsfragen“ gleich behandelt wird, indem dem Betroffenen ein wirksamer Schutz gegen bestimmte Diskriminierungen geboten wird. Ist aber offensichtlich, dass die Person die Stelle, auf die sie sich formal beworben hat, gar nicht erhalten will, bedarf sie auch keines Schutzes durch die Antidiskriminierungsrichtlinien. Zudem muss nach Auffassung des EuGH in diesem Zusammenhang beachtet werden, dass einer Person, die sich nur formal bewirbt, kein Schaden wegen einer vermeintlichen Diskriminierung entstehen könne. Aus Sicht des EuGH dürfe sich niemand in rechtsmissbräuchlicher Weise auf die Rechtsvorschriften der Europäischen Union berufen. Rechtsmissbräuchliches Verhalten liegt nach Auffassung des EuGH vor, wenn sich aus einer Gesamtwürdigung der objektiven Umstände ergibt, dass das Ziel der Unionsregelung nicht erreicht wird, obwohl die formalen Voraussetzungen der Regelung eingehalten werden. Zudem müsse subjektiv wesentlicher Zweck der Bewerbung die Erlangung eines ungerechtfertigten Vorteils sein.

2. Zwischenfazit

Dem Urteil des EuGH ist aus rechtlicher Sicht vollumfänglich zuzustimmen. Ziel und Zweck der Antidiskriminierungsrichtlinien gebieten es im Fall von Scheinbewerbungen nicht, dem vermeintlichen Bewerber einen Entschädigungsanspruch zuzugestehen. Die Antidiskriminierungsrichtlinien sollen unter anderem Schutz für den „Zugang zur Beschäftigung“ gewähren. Geht es dem Bewerber aber gerade nicht darum, die Stelle zu erhalten, bedarf er nicht des Schutzes der Antidiskriminierungsrichtlinien. Für die Praxis dürfte sich aus der Entscheidung des EuGH aber das Prob-

lem ergeben, wann von einer Scheinbewerbung und damit von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten eines Bewerbers auszugehen ist. Eine Scheinbewerbung kann nicht vorschnell angenommen werden. Vielmehr bedarf es einer genauen Darlegung durch das Unternehmen, aufgrund welcher Umstände und Tatsachen ein fehlender Wille, die mögliche Stelle anzutreten, angenommen werden kann. Wie ein im Nachgang zu dem EuGH-Urteil ergangenes Urteil des BAG vom 11.08.2016 zeigt, reicht allein eine Vielzahl von Bewerbungen kaum aus, um die Annahme eines Rechtsmissbrauchs anzunehmen.

3. Das Urteil des BAG

Die Parteien stritten um eine Entschädigung wegen eines Verstoßes gegen das AGG. Der 1953 geborene Kläger absolvierte die beiden juristischen Staatsprüfungen mit der Note befriedigend und ist seit 1988 als Einzelanwalt tätig. Die Beklagte, eine Anwaltssozietät, veröffentlichte im Juni 2013 eine Stellenanzeige, in welcher sie einen Rechtsanwalt „mit erster Berufserfahrung oder auch als Berufsanfänger“ suchte. Der Kläger bewarb sich auf diese Stellenanzeige. Die Beklagte teilte dem Kläger nur wenige Tage danach mit, dass sie sich für einen anderen Bewerber entschieden habe. Daraufhin forderte der Kläger von der Beklagten eine Entschädigung und Schadensersatz nach § 15 Abs. 1 und 2 AGG. Sowohl in der Stellenanzeige als auch in der Auswahlentscheidung sei eine Diskriminierung wegen des Alters zu sehen. Nachdem die Beklagte die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche abgelehnt hat, da keine Altersdiskriminierung vorliege, erhob dieser Klage auf Zahlung einer Entschädigung und Schadensersatz in Höhe von EUR 15.000. Sowohl das Arbeitsgericht Karlsruhe als auch das LAG Baden-Württemberg wiesen die Klage ab. Auf die Revision des Klägers hin hob das BAG das Urteil des LAG jedoch auf und verwies die Sache zur erneuten Entscheidung an das LAG zurück.

Das BAG entschied unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung, dass es bei der Bewerbereigenschaft nach § 6 Abs. 1 S. 2 AGG nur um den formalen Bewerberbegriff gehe. Auf die Frage, ob eine Bewerbung „subjektiv ernsthaft“ ist, komme es wegen des entgegenstehenden Wortlauts nicht an. Für die Frage, ob eine Scheinbewerbung vorliegt, kommt es vielmehr allein darauf an, ob sich der Bewerber den formalen Status als Bewerber im Sinne von § 6 Abs. 1 S. 2 AGG unter Verstoß gegen Treu und Glauben und damit rechtsmissbräuchlich verschafft hat. Weiter stellt das BAG klar, dass die Darlegungs- und

Beweislast für das Vorliegen der dazugehörigen Voraussetzungen eines Rechtsmissbrauchs allein der Arbeitgeber trage. Hierbei reicht es nach Auffassung des BAG nicht aus, dass der Bewerber weitere Bewerbungsschreiben auf potenziell diskriminierende Stellenausschreibungen hin verschickt und mehrere Entschädigungsprozesse geführt hat. Stattdessen müsse bei dem Bewerber ein systematisches Vorgehen erkennbar sein. Weiter führt das BAG aus, dass allein die Tatsache einer „schlechten“ Bewerbung nicht ausreicht, um darzulegen, dem Bewerber sei es mit seiner Bewerbung nicht darum gegangen, die Stelle tatsächlich zu erhalten. Es gibt keinen Erfahrungssatz, wonach nur derjenige, der ein gutes und ansprechendes Bewerbungsschreiben verfasst, an der Stelle interessiert ist. Weiter reicht es für die Darlegung eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens nicht schon allein aus, wenn sich der Bewerber auf eine Stelle beworben hat, für die er offensichtlich ungeeignet ist. Auch hier dürfte wohl wiederum erforderlich sein, dass dem Bewerber ein systematisches Vorgehen vorgeworfen werden kann.

4. Praxishinweis

Das Urteil des EuGH macht es Unternehmen künftig sicherlich leichter, sich erfolgreich gegen sog. AGG-Hopper zur Wehr zu setzen. Dabei darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass der Arbeitgeber die volle Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs trägt. Rechtsmissbräuchliches Verhalten liegt vor, wenn objektive Anhaltspunkte vorliegen, dass mangels ernsthafter Bewerbung das Ziel der Richtlinie (Gleichbehandlung) nicht erreicht werden kann und subjektiv vor-

rangig ein ungerechtfertigter Vorteil erlangt werden soll. Hier ist stets auf den konkreten Sachverhalt abzustellen, wobei zu beachten ist, dass das BAG hohe Anforderungen an das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs stellt. Allein die Tatsache, dass ein Bewerber eine Vielzahl erfolgloser Bewerbungen versandt und bereits mehrere Entschädigungsprozesse geführt hat, reicht hierfür nach Auffassung des BAG nicht aus. Vielmehr muss hinzukommen, dass der Bewerber systematisch vorging. Begründete Zweifel an der Ernsthaftigkeit einer Bewerbung können auch dann hervorgerufen werden, wenn der Bewerber eine Einladung zu einem Vorstellungsgespräch ohne sachlichen Grund ausschlägt. Daher kann es sich in der Praxis durchaus anbieten, etwaige AGG-Hopper zu einem Bewerbungsgespräch einzuladen und deren Reaktion oder ihr Auftreten im Bewerbungsgespräch zu beobachten und gegebenenfalls als Argument für einen Rechtsmissbrauch zu verwenden. Zudem sollten Unternehmen die Rechtsentwicklung in den kommenden Jahren als Reaktion auf das Urteil des EuGH im Blick behalten und auf neue Entwicklungen der Rechtsprechung reagieren.



Kathrin Wenzel

— Rechtsanwältin
— Fachanwältin für Arbeitsrecht
wenzel@lutzabel.com

PRIVATES BAURECHT

Gefahr bei auflösend bedingten Dienstbarkeiten: Wie können diese im Grundbuch zur Löschung gebracht werden? Warum gelingt ein Nachweis des Bedingungseintritts gegenüber dem Grundbuchamt häufig nicht?

RA Dr. René Poew | poew@lutzabel.com

1. Einführung

In der Praxis findet man in Grundbüchern in der dortigen Abteilung II häufig Dienstbarkeiten (z.B. ein Geh- und Fahrrecht für den Grundstücksnachbarn) mit der Formulierung „auflösend bedingt“. In diesen Fällen ging es den Bestellern der Dienstbarkeit in der Regel darum, diese Belastung des eigenen Grundstücks nicht für alle Ewigkeit zu übernehmen, sondern nur bis zu dem Eintritt eines näher bestimmten Ereignisses. Bei einem Geh- und Fahrrecht für den Grundstücksnachbarn kann dieses Ereignis z.B. darin liegen, dass der Grundstücksnachbar später eine neue Zuwegung zu seinem Grundstück auf anderem Wege erhält (dadurch Eintritt der auflösenden Bedingung mit der Folge des Wegfalls der Dienstbarkeit) und damit kein Geh- und Fahrrecht auf dem Nachbargrundstück mehr benötigt.

2. Aktueller Sachverhalt zu einer Entscheidung des OLG München

In einem aktuellen Fall des OLG München (Beschluss vom 07.10.2016, Az.: 34 Wx 256/16) ging es um eben diese Konstellation. Laut der Bewilligungsurkunde sollte die Dienstbarkeit (hier: Geh- und Fahrrecht) automatisch erlöschen, wenn der Grundstücksnachbar eine neue Zufahrt über eine öffentliche Verkehrsfläche erhält.

Tatsächlich wurde diese öffentliche Zufahrt dann später geschaffen. Die Dienstbarkeit war somit eigentlich lösungsreif und das Grundbuch unrichtig (weil zwischenzeitlich überholt). Der von dem Geh- und Fahrrecht begünstigte Grundstücksnachbar wollte aber keine Berichtigungsbewilligung abgeben. Der Grundstückseigentümer wandte sich daraufhin alleine an das zuständige Grundbuchamt und beantragte

eine Berichtigung des Grundbuchs (Löschung dieser Dienstbarkeit). Dem Grundbuchamt legte er „zum Beweis“ eine Erklärung des Bürgermeisters der Gemeinde über die Errichtung der neuen Zufahrt und einen Lageplan vor, in dem die neue Zufahrt eingezeichnet war. Dem Grundbuchamt genügte dies jedoch nicht. Es verweigerte die Löschung der Dienstbarkeit aus dem Grundbuch. Gegen diesen Beschluss des AG Augsburg – Grundbuchamt – legte der Grundstückseigentümer Beschwerde zum OLG München ein.

3. Entscheidung des OLG München

Die Beschwerde wurde vom OLG München zurückgewiesen. Die Dienstbarkeit verbleibt bis auf weiteres im Grundbuch.

Liegt (wie hier) keine Lösungs-/Berichtigungsbevollmächtigung (§ 19 GBO) des Grundstücksnachbarn vor, kommt nur der sogenannte Nachweis der Unrichtigkeit (§ 29 GBO) in Betracht. Gemäß § 29 GBO muss der Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs für einen Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 22 GBO aber durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden erbracht werden. Die Führung des Nachweises obliegt dem Eigentümer des mit der Dienstbarkeit belasteten Grundstücks.

Die Anforderungen an einen solchen Nachweis sind streng. Insbesondere reicht keine überwiegende Wahrscheinlichkeit der vorgetragenen Umstände. Auch findet keine Sachaufklärung von Amts wegen statt. Zum Nachweis durch Urkunden sind diese im Original, in Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift vorzulegen.

Es wäre nachzuweisen gewesen, dass an der fraglichen Stelle tatsächlich eine öffentliche Verkehrsfläche besteht und dass das Grundstück des Grundstücksnachbarn über diese Verkehrsfläche eine Zufahrt erhalten hat. Der vorgelegte Lageplan war zwar anschaulich, vermochte die Widmung als öffentliche Straße aber ebenso wenig zu beweisen wie die Errichtung der neuen Zufahrt. Auch bei schriftlichen Stellungnahmen der Gemeinde handelt es sich nicht um eine nachweisgeeignete Urkunde i.S.v. § 29 Abs. 3 GBO. Dies folgt daraus, dass diese Stellungnahmen keine die Rechtslage abschließend regelnden Verwaltungsakte bzw. Allgemeinverfügungen enthalten.

4. Fazit, Bewertung und Empfehlung für die Praxis

Diese Entscheidung zeigt, dass es äußerst schwierig und langwierig sein kann, einmal eingetragene Dienstbarkeiten wieder aus dem Grundbuch zu tilgen.

In dem vom OLG München entschiedenen Fall eines auflösend bedingten Geh- und Fahrrechts gelang es dem Grundstückseigentümer nicht nachzuweisen, dass das herrschende Grundstück mittlerweile über eine eigene Zufahrt über eine öffentliche Verkehrsfläche verfügte, obwohl dies tatsächlich der Fall war. Dafür hätte es öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunden bedurft. Derartige Urkunden liegen aber eben in vielen Fällen nicht vor.

Dies kann in der Praxis zu erheblichen Problemen führen. Heute ist es z.B. im Bereich der gewerblichen Vermietung gängig, sogenannte „Mieterdienstbarkeiten“ zu vereinbaren. In diesen Fällen wird die Nutzungsmöglichkeit für den Mieter durch eine (beschränkte persönliche) Dienstbarkeit im Grundbuch des Mietobjekts abgesichert. Hierdurch erlangt der Mieter insbesondere eine stärkere Position im Falle einer Insolvenz des Vermieters. Andererseits will der Vermieter einen vertragsuntreuen Mieter aber auch schnell wieder aus dem Grundbuch entfernen lassen, da Dienstbarkeiten eine Beleihung und einen Verkauf der Immobilie ebenso erschweren können wie eine Neuvermietung. Der Mieter hat mit der Grundbucheintragung also ein erhebliches „Störpfand“ in der Hand, was bei Trennungsverhandlungen mit dem Vermieter ein Druckpotential darstellen kann.

Zwar sind auch diese Dienstbarkeiten meist an eine auflösende Bedingung geknüpft – es stellt sich aber das gleiche Problem, wie im Fall des OLG München. Der Nachweis des Eintritts der auflösenden Bedingung (z.B. Zahlungsverzug des Mieters, Ende des

Mietverhältnisses durch Kündigung) dürfte durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden in der Regel nicht möglich sein.

Aus Vermietersicht muss dieses Problem schon bei der Vertragsgestaltung gelöst werden. Wie bereits in einigen Vertragsmustern vorgesehen, kann die Löschungsbewilligung vom Mieter bereits bei Mietvertragsschluss abgegeben werden. Diese Löschungsbewilligung kann z.B. bei einem Treuhänder mit der Anweisung hinterlegt werden, die Bewilligung unverzüglich an den Vermieter herauszugeben, wenn ihm z.B.

- ein Kündigungsschreiben des Mieters vorgelegt wird, nachdem die Mietung beendet ist,
- vor Ort gezeigt wird, dass der Mieter ausgezogen ist oder
- der Vermieter durch Bankunterlagen und Korrespondenz nachweist, dass der Mieter sich mit mehr als einem vorher definierten Betrag mit der Miete im Rückstand befindet und der Vermieter daraufhin den Mietvertrag gekündigt hat.

Eine Hinterlegungsregelung wird von vielen Finanzierungsinstituten heute bereits verlangt bzw. positiv berücksichtigt. Die Ausgestaltung einer solchen Regelung richtet sich nach dem jeweiligen Einzelfall und ist nicht nur für Mieterdienstbarkeiten relevant. So hätte im Fall des OLG München eine hinterlegte Lösungs-/Berichtigungsbewilligung einen Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs überflüssig gemacht. Der Treuhänder hätte die Lösungs-/Berichtigungsbewilligung an den Grundstückseigentümer herausgegeben, nachdem ihm von der Behörde schriftlich bestätigt wurde, dass der Grundstücksnachbar eine neue Zufahrt über eine öffentliche Verkehrsfläche erhalten hat. Mit der Lösungs-/Berichtigungsbewilligung hätte der Grundstückseigentümer dann beim Grundbuchamt die Löschung der Dienstbarkeit betreiben können.



Dr. René Poew

_ Rechtsanwalt, Partner

poew@lutzabel.com

Bayerische Bürgermeister – zumindest nach dem BGH mit Vertretungsmacht!

RAin Katharina Bold | bold@lutzabel.com

1. Einführung

Wenn Gemeinden in zivilrechtlichen Belangen als Vertragspartner auftreten und der erste Bürgermeister hierbei augenscheinlich als Vertretungsbevollmächtigter nach außen hin für die Gemeinde handelt, so konnte man sich – zumindest in Bayern – bisher nicht vollends darauf verlassen, dass der geschlossene Vertrag auch tatsächlich wirksam ist. Denn als sog. Gebietskörperschaft muss die Gemeinde, um nach außen wirksam handeln zu können, auch wirksam vertreten werden. Ist dem nicht so, weil es sich um ein im Innenverhältnis wegen fehlenden Gemeinderatsbeschlusses unzulässiges zivilrechtliches Rechtsgeschäft handelt, wäre dieses im Außenverhältnis schwebend unwirksam nach den §§ 177ff. BGB.

Hintergrund hierfür ist Art. 38 Abs.1 der Bayerischen Gemeindeordnung (GO). Dort heißt es wörtlich: „Der erste Bürgermeister vertritt die Gemeinde nach außen.“ Für die bayerischen Gerichte und Verwaltungen ist seit jeher klar, dass Art. 38 Abs.1 GO dem ersten Bürgermeister zwar ein Vertretungsrecht, nicht aber auch Vertretungsmacht einräumt.

2. Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 18.03.2016

Diese jahrzehntelange bayerische Rechtsprechung hält der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (BGH) für falsch, was er in seinem Beschluss vom 18.03.2016 (Az.: V ZR 266/14) auch ausführlich begründete.

In dem vom V. Zivilsenat zu entscheidenden Fall war die Klägerin eine Große Kreisstadt in Bayern, Beklagte war die Bundesrepublik Deutschland. Letztere erwarb vor etlichen Jahren ein Grundstück, an dem eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit in Gestalt eines Rohrleitungsrechts zugunsten der Klägerin bestand. Im Zuge der Neuordnung von Grundstücken anlässlich der Verlegung von Bundesstraßen erklärte der damalige Oberbürgermeister der Klägerin gegenüber einem Notar eine Pfandfreigabe hinsichtlich

eines zu Gunsten der Gemeinde eingetragenen Rohrleitungsrechts. Daraufhin wurde das Rohrleitungsrecht im Grundbuch gelöscht. Als nun die Leitung wegen Baumaßnahmen der Beklagten tiefer gelegt werden sollte, wurde die fehlende dingliche Sicherung bemerkt. Die Klägerin klagte daraufhin auf Wiedereintragung der Grunddienstbarkeit mit der Begründung, dass der seinerzeitige Oberbürgermeister bei der Pfandfreigabe ohne Vertretungsmacht gehandelt habe, weil die erforderliche Zustimmung des Gemeinderats hierzu gefehlt habe.

Während das Landgericht die Klage noch abwies, gab das OLG der Klage auf die Berufung der Klägerin hin statt. Die Revision zum BGH wurde zugelassen.

Bevor der V. Zivilsenat jedoch sein Urteil sprechen konnte, musste dieser die entgegenstehende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) aus dem Jahr 1959 „aus dem Weg räumen“. Denn der BGH hat zwar bisher für nahezu sämtliche Gemeindeordnungen – bis auf die bayerische – in der Vergangenheit entschieden, dass die Außenvertretung des Bürgermeisters unabhängig von der Deckung seines Handelns im Innenverhältnis sei. Das BAG jedoch entschied in seinem Urteil von 1959 für das bayerische Kommunalrecht gegenteilig.

Der II. Senat des BAG war also demnach zunächst mit der Frage anzuhören, ob er daran festhalte, dass eine bayerische Gemeinde durch ihren ersten Bürgermeister nur dann wirksam vertreten wird, wenn die nach der gemeindeinternen Kompetenzverteilung für die Rechtshandlung erforderliche Beschlussfassung des Gemeinderats erfolgt ist. Er äußerte sich daraufhin gegenüber dem V. Zivilsenat, dass er sich dessen Auffassung anschließen und nicht mehr an seiner Rechtsauffassung von 1959 festhalte. Somit war der Weg frei.

Nach Auffassung des erkennenden Senats wird dem ersten Bürgermeister durch Art. 38 Abs. 1 GO eine umfassende Vertretungsmacht im Außenverhältnis eingeräumt. Für das Kommunalrecht anderer

Bundesländer entspricht es bereits der ständigen Rechtsprechung des BGH, dass die organschaftliche Vertretungsmacht des Bürgermeisters (bzw. des Landrats) im Außenverhältnis allumfassend und unbeschränkt ist. Die Gemeinde wird durch seine Erklärungen grundsätzlich auch dann verpflichtet, wenn es an einem erforderlichen Beschluss der Gemeindevertretung fehlt. Dies orientiert sich an der im Kommunalrecht anerkannten, strikten Unterscheidung zwischen interner Willensbildung und externer Vertretungsbefugnis.

Der V. Zivilsenat geht bei seiner Begründung auch auf die abweichende herrschende Meinung sämtlicher bayerischer Gerichte – sowohl der ordentlichen als auch der Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit – ein. Diese gingen seit jeher davon aus, dass Art. 38 Abs. 1 GO lediglich ein Vertretungsrecht, nicht aber auch Vertretungsmacht einräume. Nur für die Geschäfte der laufenden Verwaltung i.S.v. Art. 37 GO falle beides zusammen, da es sich dann um den eigenen Zuständigkeitsbereich des Bürgermeisters handle. Laufende Angelegenheiten der kommunalen Verwaltung seien dabei solche, die für die Gemeinde keine grundsätzliche Bedeutung haben und bei denen der erste Bürgermeister daher nach innen wie nach außen unstrittig allein handeln könne. Sofern es sich um Angelegenheit handle, bei denen gemäß Art. 29 GO der Gemeinderat zu beteiligen ist, werde die Außenvertretungsmacht des Bürgermeisters erst durch den entsprechenden Gemeinderatsbeschluss begründet. In diesen Fällen ist der Bürgermeister bloßes Vollzugsorgan. Unerheblich sei es insofern, dass der BGH für alle anderen Bundesländer von der gegenteiligen Rechtsansicht ausgehe, denn es handle sich um eine „bayerische Besonderheit“.

In seinem Beschluss kommt der V. Zivilsenat zu dem Ergebnis, dass er keine gegenüber den anderen Flächenländern bestehenden „bayerischen Besonderheiten“ erkennen könne. Aus dem Wortlaut von Art. 38 Abs. 1 GO ergäben sich keine Einschränkungen der Außenvertretungsmacht des Bürgermeisters. Auch die systematische Auslegung würde nichts Gegenteiliges ergeben, denn die Vorschriften der bayerischen Gemeindeordnung, die die Zuständigkeit von Gemeinderat und erstem Bürgermeister abgrenzen, also die Art. 29, 30 Abs. 2, 36, 37 GO regeln lediglich die gemeindeinterne Kompetenzverteilung. Insbesondere trifft Art. 36 S. 1 GO, wonach der erste Bürgermeister die Beschlüsse des Gemeinderats vollzieht, keine Aussage über die in Art. 38 Abs. 1 GO

eigenständig geregelte Vertretung der Gemeinde nach außen. Der Bestimmung lässt sich auch nicht entnehmen, dass der erste Bürgermeister bloßes Vollzugsorgan ist – im Gegenteil, in Art. 29 GO wird er wie der Gemeinderat ausdrücklich als gleichgewichtiges Hauptorgan bezeichnet.

Als wohl gewichtigstes Argument für die Vertretungsmacht des Bürgermeisters greift der BGH das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und angemessenem Verkehrsschutz auf. Der Erklärungsempfänger – in der Regel der Bürger – muss sich auf die Vertretungsbefugnis des für die Gemeinde nach außen handelnden Organs verlassen können. Aber auch die Grundbuchämter in Bayern dürften Eintragungen nur dann vornehmen, wenn die Vertretungsbefugnis des Bürgermeisters nachgewiesen ist. Demgegenüber bleibt es der Gemeinde unbenommen, gegen ihr pflichtwidrig handelndes Organ beamtenrechtliche Sanktionen zu verhängen bzw. Schadensersatzforderungen geltend zu machen. Es erscheint unangemessen, das Risiko fehlerhaften Organhandelns dem Erklärungsempfänger aufzubürden, der die Vorgänge bei der internen Willensbildung als außenstehender Dritter in aller Regel nicht nachvollziehen kann.

3. Fazit

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass im Vergleich zu den Gemeindeordnungen anderer Bundesländer die bayerische Regelung keine Besonderheiten aufweist, die eine abweichende Auslegung der Vertretungsbefugnis in Bayern rechtfertigen könnten.

Um eine unter Umständen divergierende Rechtsprechung von Verwaltungs- und ordentlichen Gerichten zu vermeiden, erscheint die traditionelle Auslegung des Art. 38 Abs.1 GO in Bayern nicht mehr vorzugswürdig, da die einschränkende Anwendung der Norm sich nicht mit dem Wortlaut vereinbaren lässt und in unbilliger Weise dem Bürger das Risiko einer fehlerhaften Vertretung auferlegt. Es spricht daher mit dem BGH und dem BAG vieles dafür, dass Art. 38 Abs. 1 GO nicht nur eine kompetenzakzessorische Vertretungsbefugnis, sondern eine umfassende Vertretungsmacht des Bürgermeisters regelt. Wie lange diese Rechtsansicht erhalten bleibt, muss angesichts des Gesetzentwurfes der bayerischen Staatsregierung vom 06.12.2016 abgewartet werden. Dieser reagiert damit prompt auf den Beschluss des BGH. Der bisherige Art. 38 Abs.1 GO soll in einem zweiten Satz in Zukunft wie folgt ergänzt werden: „Der Umfang der Vertretungsmacht ist auf seine Befugnisse beschränkt.“

Nach der Begründung des Gesetzesentwurfes soll somit klargestellt werden, dass dem ersten Bürgermeister durch Art. 38 Abs. 1 S. 1 GO keine umfassende Vertretungsmacht im Außenverhältnis eingeräumt werde, sondern die Vertretungsmacht vielmehr auf seine Befugnisse – insbesondere auf die Bereiche seiner eigenen Zuständigkeit nach Art. 37 GO und den Vollzug von Beschlüssen des Gemeinderats nach Art. 36 GO – beschränkt ist. Diese Klarstellung sei im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Beschluss vom 18.03.2016, Az.: V ZR 266/14) und des Bundesarbeitsgerichts (BAG, Beschluss vom 22.08.2016, Az.: 2 AZB 26/16), welche von einer umfassenden Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters ausgingen, erforderlich.

Der Entwurf sieht ein Inkrafttreten der Gesetzesänderung zum 01.05.2017 vor. Die o.g. Entscheidung des BGH hätte dann gegebenenfalls nur für Rechtsgeschäfte zwischen dem 18.03.2016 und 01.05.2017

Bedeutung. Bei Altfällen stellt sich die Frage, ob auch die vor Bekanntwerden der Entscheidung des V. Zivilsenats vom Bürgermeister ohne erforderlichen Beschluss abgeschlossenen Rechtsgeschäfte voll wirksam sind oder sich die kommunalen Gremien hier gegebenenfalls wegen der jahrzehntelangen abweichenden bayerischen und vom BAG mitgetragenen Rechtsprechung auf Vertrauensschutz und damit schwebende Unwirksamkeit berufen können.



Katharina Bold
_ Rechtsanwältin
bold@lutzabel.com

Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in der Bauwirtschaft

RA Julian Stahl | stahl@lutzabel.com

1. Einführung

Die Arbeit auf der Baustelle ist gefährlich. Kommen Mitarbeiter zu Schaden, stellt sich häufig die Frage, wer für die eingetretenen – materiellen wie immateriellen – Schäden haftet. Abgesehen vom eigenen Arbeitsverhältnis stehen die einzelnen Mitarbeiter auf der Baustelle mit anderen Baubeteiligten nicht in direkten vertraglichen Beziehungen. Die in solchen Fällen anzuwendenden gesetzlichen Regelungen schützen den Geschädigten häufig nur unzureichend. Daher versucht die Rechtsprechung seit langem, den geschädigten Personen vertragliche Ansprüche gegen die verantwortlichen Personen oder Unternehmen zu ermöglichen. Dies setzt voraus, dass Personen in den Schutzbereich eines Vertrages – in der Regel zwischen Schädiger und Bauherr – einbezogen werden, die an dem Vertrag selbst nicht beteiligt sind. Spiegelbildlich folgt daraus für die Baubeteiligten eine Erweiterung ihrer (vertraglichen) Haftung im Schadensfall.

Wie weit dieser Schutzbereich gehen kann, hat der Bundesgerichtshof (BGH) jüngst in seiner Entscheidung vom 17.11.2016 (Az.: III ZR 139/14) präzisiert. Der Entscheidung lag der folgende – tragische – Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger nimmt den Beklagten auf Schadenersatz und Schmerzensgeld in Anspruch. Der Beklagte hatte als gelernter Elektriker im März auf Bitten einer Nachbarin gefälligkeitsmäßig eine an der Fassade angebrachte Außenlampe ausgetauscht. Die Nachbarin war nicht Eigentümerin des Hauses, sondern wohnte in Miete. Dabei erneuerte er auch die Verkabelung der Lampe. Vermutlich durch einen handwerklichen Fehler des Beklagten stand das Gehäuse der Lampe dauerhaft unter Strom. Der Eigentümer der Doppelhaushälfte beauftragte in der Folgezeit – ohne von dem Lampentausch zu wissen – den Arbeitgeber des Klägers mit Putzarbeiten an der Fassade des Gebäudeteils. Als der Kläger bei deren Ausführung im September mit der Lampe in Berührung kam, erlitt er

einen Stromschlag, der zu einem hypoxischen Hirnschaden führte. Er ist seither schwerstbehindert und umfassend pflegebedürftig.

Während das Landgericht die Klage abwies, verurteilte das Oberlandesgericht den Beklagten und stellte fest, dass er verpflichtet sei, dem Kläger alle weiteren infolge des Unfalls entstandenen und künftig noch entstehenden immateriellen und materiellen Schäden zu ersetzen. Es war der Auffassung, der Beklagte schulde dem Kläger aus der Schlechterfüllung der mit der Bewohnerin des Hauses getroffenen Vereinbarung über den Austausch der Außenlampe Schadensersatz. Auch wenn der Beklagte die Arbeiten aus nachbarschaftlicher Gefälligkeit unentgeltlich verrichtet habe, komme der Vereinbarung ein rechtsgeschäftlicher Charakter zu. Der Kläger gehöre zu den in den Schutzbereich dieser Vereinbarung einbezogenen Personen. Als Beschäftigter des mit Putzarbeiten an der Hausfassade beauftragten Unternehmens gelte bezüglich der Leistungsnähe zur Montageleistung des Beklagten nichts anderes als für die Außenlampe regelmäßig reinigende Angehörige der Bewohnerin. Die Bewohnerin habe auch ein Interesse am Schutz des Klägers gehabt, für dessen Wohl und Wehe sie verantwortlich gewesen sei. Indem sie die Montage dem vermeintlich sachkundigen Beklagten anvertraut habe, sei sie davon ausgegangen, die Arbeiten würden in einer Weise ausgeführt, infolge derer niemand durch die Lampe zu Schaden kommen werde. Für den Beklagten sei erkennbar gewesen, dass die Bewohnerin auf die Sicherheit aller Personen, die mit ihrem Wissen und Wollen mit der Lampe in Berührung kommen würden, ebenso vertraut habe wie auf ihre eigene Sicherheit, zumal es sich letztlich um einen begrenzten und überschaubaren Kreis von Personen gehandelt habe.

2. Die Entscheidung des BGH

Dies ging dem BGH (deutlich) zu weit.

Die Einschätzung, der Kläger sei in den Schutzbereich der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung zwischen der Bewohnerin und dem Beklagten über den Austausch der Außenlampe einbezogen gewesen, überdehnt den Anwendungsbereich des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte.

(Auch) bei einem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte steht die geschuldete (Haupt-)Leistung allein dem Auftraggeber zu, der Dritte ist jedoch in der Weise in

die vertraglichen Sorgfalts- und Obhutspflichten einbezogen, dass er bei deren Verletzung vertragliche Schadensersatzansprüche geltend machen kann. Diese Entwicklung der Rechtsprechung ist dem Umstand geschuldet, dass die Erfüllung vertraglicher Leistungspflichten zu einer größeren Einwirkungsmöglichkeit auf die Rechtsgüter des Vertragspartners und gegebenenfalls mit diesem verbundener Dritter führt. Das geltende gesetzliche Deliktsrecht sichert den geschädigten Dritten nicht immer ausreichend ab. Schlimmstenfalls stehen dem Geschädigten kaum werthaltige Ansprüche zu, und er bleibt mit den ihm entstandenen Schäden allein. Im Hinblick darauf kann es geboten sein, dem Dritten auch eine vertragliche Anspruchsgrundlage zuzubilligen, die ihm die Kompensation des in Ausführung des Vertragsverhältnisses bei ihm eingetretenen Schadens ermöglicht. Damit ist zwangsläufig eine Ausweitung des Haftungsrisikos des Auftragnehmers verbunden, der außer für Schäden seines Vertragspartners auch für Schäden des in den Schutzbereich des Vertrages einbezogenen Dritten haftet.

a) Voraussetzungen eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte

Um diese Haftung für den Schuldner nicht unkalkulierbar auszudehnen, sind an die Einbeziehung von Dritten in den vertraglichen Schutz strenge Anforderungen zu stellen.

Der hypothetische Wille der Vertragsparteien, einen Dritten in den Schutzbereich der zwischen ihnen geschlossenen Vereinbarung aufzunehmen, soll aufgrund einer sorgfältigen Abwägung ihrer schutzwürdigen Interessen und derer des Dritten ermittelt werden. Deren Ausgangspunkt sind Fallgestaltungen, in denen das „Wohl und Wehe“ eines Dritten einem der beiden Vertragspartner anvertraut ist. Dies gilt etwa für die Familienangehörigen oder Hausangestellten eines Mieters, wenn diese durch ein Verschulden des Vermieters oder eines von ihm mit einer Reparatur am Haus beauftragten Handwerkers einen Schaden erleiden. Diese zunächst überwiegend Personenschäden betreffende Rechtsprechung bezieht diejenigen Dritten in den Schutzbereich eines Vertrages ein, denen der Auftraggeber selbst aufgrund einer Rechtsbeziehung mit „personenrechtlichem Einschlag“, wie etwa ein familiäres oder ein miet-, dienst- oder arbeitsvertragliches Verhältnis, seinerseits Schutz und Fürsorge schuldet.

In Weiterentwicklung dieser Rechtsprechung ist der Schutzbereich vertraglicher Beziehungen zwischen

Auftraggeber und Auftragnehmer auch auf (lediglich) an ihrem Vermögen geschädigte Dritten ausgedehnt worden. Allerdings beschränkt sich in diesen Fällen der Kreis der Einbezogenen auf solche Dritte, in deren Interesse die Leistung des Auftragnehmers nach der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung der Parteien zumindest auch erbracht werden soll – wie etwa in Fällen der sogenannten Expertenhaftung für fehlerhafte Gutachten, die zur Vorlage an den Dritten bestimmt sind. Entscheidender Gesichtspunkt für diese Beschränkung des Kreises der einbezogenen Dritten ist das Anliegen, das Haftungsrisiko für den Schuldner berechenbar zu halten. Er soll für Schäden Dritter nicht einstehen müssen, wenn ihm nicht zugemutet werden kann, sich ohne zusätzliche Vergütung auf das Risiko einer erweiterten Haftung einzulassen. Deshalb kann ohne besondere Umstände auch die Einbeziehung eines Unternehmers und seiner Mitarbeiter in den Schutzbereich eines Werkvertrags des Auftraggebers mit einem anderen Unternehmer nicht angenommen werden (vgl. BGH, Urteil vom 18.06.1985, Az.: X ZR 71/84).

Ausgehend von diesen Grundsätzen unterliegt die Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich des Vertrages folgenden vier Voraussetzungen:

- Leistungsnähe: Der Dritte muss bestimmungsgemäß mit der (Haupt-)Leistung in Berührung kommen und den Gefahren von Schutzpflichtverletzungen ebenso ausgesetzt sein wie der Auftraggeber.
- Einbeziehungsinteresse: Der Auftraggeber muss ein Interesse an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages haben.
- Erkennbarkeit und Zumutbarkeit: Für den Schuldner muss die Leistungsnähe des Dritten und dessen Einbeziehung in den Schutzbereich des Vertrages erkennbar und zumutbar sein.
- Schutzbedürfnis: Für die Ausdehnung des Vertragsschutzes muss nach Treu und Glauben ein Bedürfnis bestehen, weil der Dritte anderenfalls nicht ausreichend geschützt wäre.

b) Grenzen der Schutzwirkung

Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts habe die Bewohnerin kein – für den Beklagten erkennbares – Interesse an der Einbeziehung des Klägers in den Schutzbereich der mit dem Beklagten getroffenen Vereinbarung gehabt.

Es fehle bereits ein schutzwürdiges Interesse der Bewohnerin an der Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich des Vertrages. Zwischen der Bewohnerin und dem (geschädigten) Dritten bestand weder eine rechtliche Beziehung mit persönlicher Fürsorge- und Obhutspflicht oder sozialer Abhängigkeit noch eine derartig enge Bindung in Gestalt eines sonstigen Vertrages oder zumindest eines Gefälligkeitsverhältnisses. Auch eine familiäre Bindung zwischen ihr und dem Kläger bestand nicht; gleiches galt für andere vertragliche Beziehungen. Insbesondere hatte nicht die Bewohnerin den Kläger, sondern der Eigentümer des Hauses den Arbeitgeber des Klägers mit den Fassadenarbeiten beauftragt. Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts kann aus dem von ihm angenommenen allgemeinen Bestreben der Bewohnerin, „niemanden“ durch die Lampe zu Schaden kommen zu lassen beziehungsweise die Sicherheit „aller Personen“ zu gewährleisten, die mit ihrem Wissen und Wollen mit der Lampe in Berührung kommen würden, ihr Einbeziehungsinteresse nicht hergeleitet werden. Eine allgemeine gesetzliche Verpflichtung, Rechtsgüter unbekannter Dritter nicht zu schädigen, kann die Annahme eines Auftraggeberinteresses an einer stillschweigenden Einbeziehung eines (un)bestimmten Dritten in den Schutzbereich eines Vertrages nicht rechtfertigen.

Der Beklagte konnte bei Abschluss der Vereinbarung mit der Bewohnerin nicht einschätzen, welche und wie viele Personen künftig mit der von ihm montierten Lampe unmittelbar in Kontakt kommen würden. Es handelt sich damit um einen prinzipiell unbegrenzten Personenkreis. Dessen stillschweigende Einbeziehung in den Schutzbereich eines unentgeltlichen Gefälligkeitsvertrags war nicht zumutbar und damit vom hypothetischen Willen der Vertragsparteien nicht erfasst.

3. Konsequenzen für die Praxis

Auch wenn die vorgestellte Entscheidung – glücklicherweise – in der Praxis nicht häufig vorkommen dürfte, ist der Anwendungsbereich des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte nicht zu unterschätzen. Die vorgenannten Grundsätze wendet die Rechtsprechung etwa auch an, wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer Baugeräte zur Verfügung stellt. Nicht nur gegenüber dem Auftragnehmer, sondern auch gegenüber dessen Mitarbeitern ist der Auftraggeber verpflichtet, verkehrssicheres Arbeitsgerät zur Verfügung zu stellen. In aller Regel nicht in den Schutzbereich einbezogen sind hingegen andere Bauunternehmen auf der Baustelle.

Die Schutzwirkung für Dritte vertraglich komplett auszuschließen, dürfte nicht sinnvoll und rechtssicher möglich sein. Vielmehr ist bei der Vertragsgestaltung darauf zu achten, dass ein ausreichender Versicherungsschutz für die an der Ausführung der Bauleistung konkret beteiligten Mitarbeiter der Auftragnehmer besteht.



Julian Stahl

_ Rechtsanwalt
_ Fachanwalt für Bau- und
_ Architektenrecht

stahl@lutzabel.com

ÖFFENTLICHES BAURECHT

Stellplatz-Nachweis als Pflicht aller Wohnungseigentümer

RAin Wiebke Hederich, LL.M. [Otago] | hederich@lutzabel.com

1. Einführung in die Rechtsfragen

Widerspricht eine bauliche Anlage den gesetzlichen Anforderungen, stellt sich oftmals die Frage, wer für die Einhaltung dieser Anforderungen verantwortlich ist. In diesem Zusammenhang ist zwischen unterschiedlichen Problemkreisen zu differenzieren:

- Gegen wen kann die Bauaufsichtsbehörde rechtmäßig vorgehen?
- Wer ist zivilrechtlich für die Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen verantwortlich und hat hierfür die Kosten zu tragen?
- Wer kann von anderen Personen die Herstellung der Gesetzeskonformität verlangen?

Der erste Problemkreis betrifft öffentlich-rechtliche Rechtsfragen und ist für das sogenannte Innenverhältnis zwischen mehreren möglichen Verantwortlichen (beispielsweise Vor- und Nacheigentümer oder mehreren Miteigentümern) grundsätzlich unbeachtlich. Die Bauaufsichtsbehörden können unter dem Gesichtspunkt der Effektivität einen Verantwortlichen nach pflichtgemäßem Ermessen „auswählen“ und diesen zur Beseitigung rechtswidriger Zustände auffordern. Über die Rechtmäßigkeit dieser Inanspruchnahme entscheiden im Streitfalle die Verwaltungsgerichte, da sich diese nach dem öffentlichen Recht richtet.

Der zweite Problemkreis betrifft die Frage, wer nach zivilrechtlichen Maßstäben für die Erfüllung der beispielsweise baurechtlichen Anforderungen verantwortlich ist, und der dritte, wer die Erfüllung dieser Anforderungen – unabhängig von einem behördlichen Einschreiten – von anderen einfordern kann.

2. Urteil des Bundesgerichtshofes vom 26.02.2016

In seiner Entscheidung vom 26.02.2016 (Az.: V ZR 250/14) befasste sich der Bundesgerichtshof

(BGH) insbesondere mit der Frage, ob der einzelne Wohnungseigentümer von den übrigen Wohnungseigentümern die Erfüllung der rechtlichen Anforderungen verlangen und wie ein entsprechender Anspruch der einzelnen Wohnungseigentümer vor den Gerichten durchgesetzt werden kann.

„Eingekleidet“ war die Frage dieser Verpflichtung vorliegend in einen Beschlussersetzungsantrag, mit dem die Kläger die übrigen Wohnungseigentümer verpflichten wollten, den für ihre Wohnung fehlenden Stellplatznachweis durch Herstellung der erforderlichen Stellplätze oder Ablöse der Stellplätze zu erfüllen.

a) Sachverhalt

Die Kläger sind Eigentümer von zwei Wohnungen, die nach der 1968 erteilten Baugenehmigung als eine einzelne Wohneinheit genehmigt worden waren. Der Voreigentümer hatte vergeblich versucht, für diese Nutzungsänderung eine bauaufsichtliche Genehmigung zu erlangen. Eine auf die Erteilung der Genehmigung gerichtete Klage war aufgrund des mangelnden Stellplatznachweises für die Wohnungen vor den Verwaltungsgerichten ohne Erfolg geblieben.

Die Kläger hatten in der Eigentümerversammlung einen Beschlussantrag gestellt, nach dem der Verwalter ermächtigt werden sollte, den fehlenden Stellplatznachweis für Ihre Wohnung zu führen. Nachdem die Eigentümerversammlung diesen Antrag abgelehnt hatte, verfolgten die Kläger ihr Begehren vor den Zivilgerichten weiter. Das AG Niebüll hatte die Klage zunächst abgewiesen (Urteil vom 05.02.2014, 18 C 42/13). Auf die Berufung der Kläger hatte das LG Itzehoe den angefochtenen Beschluss unter Aufhebung des amtsgerichtlichen Urteils für ungültig erklärt (Urteil vom 14.10.2014, 11 S 13/14). Das LG hatte unter anderem wie folgt tenoriert:

„Der Beschluss der Eigentümerversammlung am 31.05.2013 zu TOP 12 wird für ungültig erklärt.“

Die Beklagten werden verpflichtet, die öffentlich-rechtlichen Anforderungen an den Stellplatznachweis bzgl. der Eigentumswohnung Nr. [...] zu erfüllen.“

Auf die vom Landgericht zugelassene Revision passte der Bundesgerichtshof die vorstehende Erfüllungsverpflichtung wie folgt an:

„Es ist beschlossen, die öffentlich-rechtlichen Anforderungen an den Stellplatznachweis bzgl. der Eigentumswohnung Nr. [...] zu erfüllen.“

b) Zur Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht begründete seine Entscheidung maßgeblich damit, dass gemäß § 21 Abs. 4 WEG jeder Wohnungseigentümer einen Anspruch gegen die übrigen Wohnungseigentümer auf erstmalige Herstellung eines ordnungsgemäßen Zustands des gemeinschaftlichen Eigentums und des Sondereigentums entsprechend der Teilungserklärung, der Gemeinschaftsordnung, dem Aufteilungsplan und den Bauplänen hat. Dieser Anspruch sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes unverjährbar. Die Verpflichtung zur erstmaligen Herstellung eines ordnungsgemäßen Zustands bestehe unter den Wohnungseigentümern unabhängig davon, ab Ansprüche gegen den Bauträger oder andere Baubeteiligte bestehen oder durchsetzbar sind.

Hier habe die Errichtung zweier separater Wohnungen dem genehmigten Bauplan widersprochen. Da jedoch an den beiden Wohnungen Wohnungseigentum begründet worden sei, seien insoweit die öffentlich-rechtlichen Anforderungen an den Stellplatznachweis nach Maßgabe der bauordnungsrechtlichen Vorschriften zu erfüllen. Diese Verpflichtung treffe die Gesamtheit der Wohnungseigentümer, sodass die Ablehnung des Antrags hier der ordnungsgemäßen Verwaltung widerspreche.

Die Revision sei vorliegend gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache zuzulassen. Zwar sei geklärt, dass die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften zur ordnungsgemäßen Verwaltung gehöre und über entsprechende Maßnahmen mit Mehrheit beschlossen werden könne. Ungeklärt sei jedoch, ob im Rahmen des Anspruchs auf erstmalige Herstellung eines ordnungsgemäßen Zustands die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften beschlossen werden muss, weil nur ein derartiger Beschluss ordnungsgemäßer Verwaltung entspreche.

c) Zur Entscheidung des Bundesgerichtshofes

Der BGH hat die Entscheidung des Landgerichts überwiegend bestätigt. Gemäß § 21 Abs. 4 in Verbindung mit § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG könne grundsätzlich jeder Wohnungseigentümer von den übrigen Mitgliedern der Wohnungseigentümergeinschaft verlangen, dass das Gemeinschaftseigentum plangerecht hergestellt werde. Für die Bestimmung des ordnungsgemäßen Anfangszustandes des Gemeinschaftseigentums maßgeblich sei hier der Inhalt der Teilungserklärung in Verbindung mit dem Aufteilungsplan, da mit diesem erstmals eine verbindliche Zuordnung von Räumen und Gebäudeteilen zum Sonder- bzw. Gemeinschaftseigentum vorgenommen worden sei. In diesem Zusammenhang seien die Baugenehmigung, die Baupläne und die Baubeschreibung grundsätzlich unbeachtlich, ihnen könne nur Bedeutung zukommen, soweit der Aufteilungsplan keine Aussage treffe.

Der maßgebliche Anfangszustand des Gemeinschaftseigentums sei formell baurechtswidrig. Für die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Anforderungen seien alle Wohnungseigentümer verantwortlich. Insoweit sei ohne Belang, dass ein einzelner Wohnungseigentümer – neben der Gesamtheit der Wohnungseigentümer – öffentlich-rechtlich als Zustandsstörer verantwortlich sein kann.

Rechtsfehlerhaft sei die Annahme des Landgerichts, die Wohnungseigentümer seien für die Erfüllung des Stellplatznachweises unmittelbar verantwortlich. Vielmehr treffe diese lediglich die Pflicht, einen Beschluss zu fassen, auf dessen Grundlage der Verwalter gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Anforderungen herbeiführen könne.

3. Bewertung

Die dargestellten Entscheidungen des Landgerichts und des Bundesgerichtshofes entsprechen weitgehend gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung. Dies gilt insbesondere bezüglich der höchstrichterlichen Bestätigung, dass jeder Wohnungseigentümer im Innenverhältnis die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Anforderungen u.U. auch dann verlangen kann, wenn er gegenüber den Bauaufsichtsbehörden auch allein in Anspruch genommen werden könnte. Zwar obliegt die Erfüllung zusätzlicher Anforderungen, die sich aufgrund der Änderung des Sondereigentums durch einen Wohnungseigentümer ergeben, grundsätzlich dem jeweiligen Sondereigentümer. Hier

hatte der Bauträger jedoch die Wohnung bereits vor der Begründung des Wohnungseigentums aufgeteilt, sodass die Aufteilungspläne bereits zwei Wohnungen vorsahen. Es wäre daher Aufgabe des Bauträgers gewesen, wegen des Widerspruchs zu den Vorgaben der Baugenehmigung eine Nachtragsgenehmigung einzuholen und die hierfür erforderlichen Nachweise einschließlich des Stellplatznachweises zu erbringen. Dieser Fehler betraf die erstmalige ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums, da die Regelungen über die Stellplatzverpflichtung auf die bauliche Anlage und das Baugrundstück bezogen sind. Die Einholung der Nachtragsgenehmigung ist daher als Teil der Erstherstellungsverpflichtung des Gemeinschaftseigentums Aufgabe aller Wohnungseigentümer.

Soweit das Urteil des Bundesgerichtshofes das landgerichtliche Urteil korrigiert, betrifft dies lediglich Fragen, die für die Interessen der Parteien hier im Ergebnis kaum Bedeutung hatten, sondern hauptsächlich die Formulierung des Tenors betrafen. Das Landgericht hatte entsprechend dem Wortlaut des Klägerantrags die Beklagten (d.h. im Ergebnis nur die übrigen Wohnungseigentümer, nicht die Kläger) verpflichtet, die öffentlich-rechtlichen Anforderungen zu erfüllen. Demgegenüber ging der Bundesgerichts-

hof davon aus, dass die Gerichte hier lediglich den – rechtswidrigen – Beschluss der Wohnungseigentümer zu ersetzen haben. Die Rechtsprechung des BGH entspricht der vom OLG München vertretenen Rechtsauffassung, dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer nur zur Fassung des erforderlichen Beschlusses verpflichtet ist. Dagegen könnte die vom Landgericht gewählte Tenorierung auch so verstanden werden, dass (nur) die beklagten Wohnungseigentümer verpflichtet sind, die öffentlich-rechtlichen Anforderungen an den Stellplatznachweis (auf eigene Kosten) zu erfüllen. Dies stünde jedoch insbesondere im Widerspruch dazu, dass die Kosten hier gem. § 10 Abs. 6 bis 8 WEG selbstverständlich von allen Wohnungseigentümern (einschließlich der Kläger) gemeinsam zu tragen sein werden.



Wiebke Hederich

– Rechtsanwältin
– LL.M. (University of Otago)

hederich@lutzabel.com

GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ

Markenverletzung durch Keyword-Advertising?

RAin Birgit Maneth, LL.M. | maneth@lutzabel.com

1. Einführung

Werden fremde Marken oder andere Kennzeichen im Rahmen des sogenannten Keyword-Advertising eingesetzt, kommt es häufig zu einem Konflikt zwischen dem Kennzeicheninhaber und dem Werbenden. Der Kennzeicheninhaber sieht in der Werbung die Gefahr, dass die Nutzer die in den AdWords-Anzeigen präsentierten Produkte mit seinen Produkten verwechseln oder der Werbende sich das Image der Marke zunutze macht, um seine eigenen Produkte auf Kosten des Kennzeicheninhabers zu bewerben.

Es war lange umstritten, ob die Verwendung von fremden Marken als Keywords oder in der AdWords-Anzeige eine markenmäßige Verwendung bzw. eine Markenverletzung darstellt. Eine Serie von Gerichtsurteilen hat nunmehr weitgehend Klarheit geschaffen.

2. Was ist Keyword-Advertising?

Der Begriff „Keyword-Advertising“ bezeichnet eine Form der Werbung, bei der es dem Werbenden durch einen Suchmaschinenbetreiber ermöglicht wird, eine Verknüpfung von selbst gewählten „Keywords“ mit einer auf der Plattform der Suchmaschine erscheinenden kostenpflichtigen Werbeanzeige (AdWords) zu erreichen. „Keywords“ können gegen Entgelt bei den Suchmaschinenbetreibern, beispielsweise Google, gebucht werden. Sofern ein inhaltlicher Bezug oder die Identität des vom Internetnutzer eingegebenen Suchbegriffs mit einem gebuchten „Keyword“ besteht, wird die vom Werbenden geschaltete Anzeige (AdWords) angezeigt. Die Werbeanzeige ist meist eine vierzeilige Text-Annonce, die sich rechts neben bzw. über den eigentlichen Suchergebnissen findet. Sie soll aus Sicht der Suchmaschinenbetreiber und Werbenden eine Ergänzung zum eigentlichen Suchergebnis darstellen. Hierbei ist nicht notwendig, dass das „Keyword“ selbst in der Werbeanzeige erscheint.

Handelt es sich bei dem gebuchten „Keyword“ zugleich um die Marke oder ein anderes geschütztes Kennzeichen einer anderen Person, so besteht die Gefahr, dass der Werbende von der Bekanntheit dieser Marke profitiert, obwohl er hierzu keinerlei Berechtigung hat. Zugleich kann es zu einer Beeinträchtigung des (Internet-)Auftritts des rechtmäßigen Kennzeicheninhabers oder des Images seiner Marke kommen.

3. Markenverletzung durch „Keyword“ oder AdWords-Anzeige?

Fraglich ist, ob bereits der Einsatz einer fremden Marke als „Keyword“ eine „Benutzung“ der Marke i.S.d. Markengesetzes darstellt und unter welchen zusätzlichen Voraussetzungen eine Markenverletzung anzunehmen ist. In einer Serie von Urteilen haben sowohl der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) als auch das höchste deutsche Zivilgericht, der Bundesgerichtshof (BGH), dazu Stellung genommen. Im Einzelnen:

Der EuGH hat festgestellt, dass einer Marke mehrere schützenswerte Funktionen zukommen wie etwa die Herkunftsfunktion, eine Werbefunktion oder eine Investitionsfunktion (EuGH, Urteil vom 22.09.2011, Az.: C-323/09). Ist eine dieser Funktionen verletzt, so liegt eine Markenverletzung vor.

a) Herkunftsfunktion

Von einer Markenverletzung ist auszugehen, wenn die herkunftshinweisende Funktion der Marke beeinträchtigt wird. Dies ist der Fall, wenn aus dem Text der eingeblendeten Werbeanzeige für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer nicht oder nur schwer zu erkennen ist, ob die dort beworbenen Waren oder Dienstleistungen vom Inhaber der Marke, einem Partnerunternehmer oder aber von einem Dritten stammen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.12.2010, Az.: I-20 W 136/10; EuGH,

Beschluss vom 26.03.2010, Az.: C-91/09). Entscheidend ist somit nicht die Buchung des „Keywords“, sondern die Ausgestaltung der aufgrund der „Keyword“-Buchung angezeigten Werbeanzeige.

Der BGH hat die Vorgaben des EuGH inzwischen in mehreren Urteilen konkretisiert. Demnach ist eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion der Marke grundsätzlich ausgeschlossen, wenn die Anzeige in einem von der Trefferliste eindeutig getrennten und entsprechend gekennzeichneten Werbeblock erscheint und selbst weder die Marke noch sonst einen Hinweis auf den Markeninhaber oder die unter der Marke angebotenen Produkte enthält (BGH, Urteil vom 13.12.2012, Az.: I ZR 217/10 – „Most-Pralinen“).

Demgegenüber ist auf eine Beeinträchtigung der herkunftshinweisenden Funktion zu schließen, wenn die Werbeanzeige unzutreffend suggeriert, dass zwischen dem Werbenden und dem Kennzeicheninhaber eine wirtschaftliche Verbindung besteht. Zudem kann eine Beeinträchtigung vorliegen, wenn die Anzeige hinsichtlich der Herkunft der Waren und Dienstleistungen so undurchsichtig gehalten ist, dass ein normal informierter und angemessen aufmerksamer Internetnutzer auf Grund des Werbelinks und der ihn begleitenden Werbebotschaft nicht erkennen kann, ob der Werbende im Verhältnis zum Markeninhaber Dritter oder vielmehr mit diesem wirtschaftlich verbunden ist. In diesem Fall ist die Herkunftsfunktion der Marke bereits dann beeinträchtigt, wenn in der Werbeanzeige nicht auf das Fehlen einer wirtschaftlichen Verbindung zwischen dem Markeninhaber und dem Dritten hingewiesen wird (BGH, Urteil vom 27.6.2013, Az.: I ZR 53/12 – „Fleurop“).

Besteht also eine klare Abgrenzung der Werbeanzeige zu den Suchtreffern und ist die Werbeanzeige derart gestaltet, dass sie das „Keyword“ nicht enthält und auch keinen irreführenden Eindruck über die unternehmerische Verbindung des Werbenden zum Kennzeicheninhaber vermittelt, wird in aller Regel von einer zulässigen Markenbenutzung auszugehen sein.

b) Werbe- und Investitionsfunktion

Daneben besteht jedoch die Möglichkeit einer Markenverletzung, wenn die fremde Marke eine bekannte Marke (Art. 9 Abs. 1 lit. c UMV) ist (so z.B. BGH, Urteil vom 20.02.2013, Az.: I ZR 172/11 – „Beate Uhse“). Eine bekannte Marke oder der Wortbestandteil einer bekannten Marke werden häufiger von Internetnutzern als Suchwort eingegeben, um im Internet Informati-

onen oder Angebote über Waren oder Dienstleistungen dieser Marke zu finden. Unter diesen Umständen dient die Auswahl der bekannten Marke als „Keyword“ durch einen Mitbewerber des Markeninhabers dazu, die Unterscheidungskraft und Wertschätzung dieser Marke auszunutzen. Der Werbende zielt letztlich darauf ab, sich in die Sogwirkung der Bekanntheit zu begeben, um von der Anziehungskraft, dem Ruf und dem Ansehen der bekannten Marke zu profitieren. Diese Ausnutzung der Marke durch den Werbenden ist grundsätzlich als unlauter zu werten, da die wirtschaftlichen Anstrengungen des Markeninhabers zur Schaffung und Aufrechterhaltung des Images seiner Marke missbraucht werden. Davon ist insbesondere auszugehen, wenn der Werbende im Internet Nachahmungen der geschützten Waren des Markeninhabers anbietet.

Allerdings ist auch bei bekannten Marken eine Markennutzung mittels „Keyword“ zulässig, sofern ein rechtfertigender Grund (Art. 9 Abs. 1 lit. c UMV) vorliegt. Ein solcher ist gegeben, wenn im Internet anhand eines Schlüsselworts, das einer bekannten Marke entspricht, eine Werbung angezeigt wird, mit der eine Alternative zu den Waren oder Dienstleistungen des Kennzeicheninhabers vorgeschlagen wird, bei der es sich nicht um unzulässige Nachahmungen handelt und die auch nicht zu einer Verunglimpfung der Marke führt. Unter den genannten Umständen ist davon auszugehen, dass eine solche Nutzung grundsätzlich unter einen gesunden und lautereren Wettbewerb im Bereich der fraglichen Waren oder Dienstleistungen fällt und damit ein „rechtfertigender Grund“ zur Markennutzung vorliegt.

4. Wettbewerbswidrige Behinderung?

Zuletzt stellt die Nutzung von fremden Marken als „Keywords“ weder eine wettbewerbsrechtlich unlautere Rufausbeutung (§ 4 Nr. 4, Nr. 9 lit. b UWG) noch eine unlautere Behinderung (§ 4 Nr. 10 UWG) dar. Für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes fehlt es in der Regel bereits an der Nachahmung einer fremden Leistung. Zudem mangelt es an einem Imagetransfer vom geschützten Kennzeichen auf die beworbenen Produkte, der für eine Rufausbeutung aber erforderlich ist. Die Internetnutzer stellen regelmäßig keine Verbindung zwischen dem eingegebenen Suchwort und der Werbeanzeige in dem Sinne her, dass sie Qualitätsvorstellungen, die sie mit dem als Suchwort eingegebenen Kennzeichen verbinden, auf die in der Werbeanzeige dargestellten Produkte übertragen.

5. Fremde Marken in Metatags

Zu unterscheiden vom Keyword-Advertising ist schließlich die Verwendung fremder Marken als Metatags, d.h. im html-Text der Website in weißer Schrift auf weißem Grund.

Die Verwendung von fremden Marken in Metatags zu Werbezwecken ist unzulässig, wenn sich die Produkte nicht im Artikelsortiment des Werbenden befinden (BGH, Urteil vom 08.02.2007, Az.: I ZR 77/04).

Nicht erlaubt ist also, wenn ein Online-Shop mit Markennamen arbeitet, die mit seinem Shop und seiner Produktpalette gar nichts zu tun haben. Rechtlich wird die Grenze dann überschritten, wenn der Metatag identisch oder ähnlich mit dem Markennamen eines anderen ist und eine Verwechslungsgefahr besteht. Wird der fremde Markenname damit ausschließlich zu dem Zweck genutzt, die Platzierung der eigenen Website voranzutreiben, liegt ein Verstoß gegen das Markenrecht vor (BGH, Urteil vom 04.02.2010, Az.: I ZR 51/08).

6. Verantwortlichkeit des Suchmaschinenbetreibers

Schließlich hat der EuGH festgestellt, dass der Suchmaschinenbetreiber für Daten, die er auf Anfrage eines Werbenden gespeichert hat, wie eben für „Keywords“, nicht zur Verantwortung gezogen werden kann, es sei denn, er hat die Informationen nicht unverzüglich entfernt oder den Zugang zu ihnen gesperrt, nachdem er von der Rechtswidrigkeit dieser Informationen oder Tätigkeiten des Werbenden Kenntnis erlangt hat. Nach Auffassung des EuGH fällt das Angebot von Keyword-Advertising-Systemen unter die Privilegien des Host Providers (§ 10 TMG), so dass es also nicht um eigene Inhalte des Suchmaschinenbetreibers geht. Denn der Suchmaschinenbetreiber schaffe nur die technischen Voraussetzungen dafür, dass seine Kunden mit Marken identische Schlüsselwörter buchen könnten, nutze die jeweiligen Marken aber nicht selbst.

Um eine unzulässige „Keyword“-Buchung oder AdWords-Anzeige zu unterbinden, ist also stets eine entsprechende Information an den Suchmaschinenbetreiber erforderlich.

Zur Erleichterung dieser Informationspflicht hat Google beispielsweise ein Verfahren eingeführt, mit denen Markeninhaber die Verwendung ihrer Marke als „Keyword“ verhindern können.

Die Nutzung dieser vereinfachten Informationsverfahren sind prinzipiell auch wettbewerbsrechtlich zulässig, solange das beanstandete Keyword-Advertising auch tatsächlich rechtswidrig ist. Vorsicht ist dagegen geboten, wenn die Rechtswidrigkeit des Keyword-Advertising nicht zweifelsfrei feststeht. Denn wenn der Kennzeicheninhaber in einem solchen Fall die Nutzung seiner Marke zu unterbinden versucht, beeinträchtigt er seinerseits gezielt den Wettbewerb und verstößt damit gegen das Wettbewerbsrecht (§ 4 Nr. 10 UWG).

7. Fazit

Eine Markenverletzung liegt vor, wenn die herkunftshinweisende Funktion der Marke beeinträchtigt wird. Davon ist nicht bereits dann auszugehen, wenn ein Dritter ein geschütztes Kennzeichen als „Keyword“ bucht. Entscheidend ist vielmehr, ob aus der der „Keyword“-Buchung folgenden Anzeige (AdWord) für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer nicht oder nur schwer zu erkennen ist, ob die dort beworbenen Waren oder Dienstleistungen vom Inhaber der Marke, einem Partnerunternehmer oder aber von einem Dritten stammen.

Ein Inhaber einer bekannten Marke kann sich darüber hinaus vor der Nutzung der eigenen Marke durch Dritte schützen, sofern die Nutzung durch den Dritten der Marke tatsächlich schadet, beispielsweise indem sie die Werbefunktion der Marke unlauter ausnutzt.

Das Verwenden einer fremden Marke in Metatags stellt jedenfalls dann eine Markenrechtsverletzung dar, wenn der Betreiber der Website die Produkte des Markeninhabers tatsächlich nicht anbietet.

Der Suchmaschinenbetreiber kann für unzulässiges Keyword-Advertising grundsätzlich nur dann zur Verantwortung gezogen werden, wenn er auf eine entsprechende Information des Kennzeicheninhabers nicht unverzüglich reagiert und das Keyword-Advertising abstellt.



Birgit Maneth

– Rechtsanwältin, Partnerin
– LL.M.
– Fachanwältin für Informations-
technologierecht
– Fachanwältin für Gewerblichen
Rechtsschutz

maneth@lutzabel.com

BEIHILFEN- & KARTELLRECHT

Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen mittelständischer Unternehmen nach der 9. GWB-Novelle

RA Christoph Richter | richter@lutzabel.com

Verstöße gegen das Kartellverbot oder gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung verursachen jedes Jahr einen erheblichen volkswirtschaftlichen Schaden. So sind z.B. von dem sog. LKW-Kartell tausende, insbesondere auch kleine und mittelständische Firmen betroffen und haben kartellbedingt überhöhte Preise für LKW bezahlt. Während insbesondere große Konzerne, wie z.B. die Deutsche Bahn, mit eigens dafür geschaffenen Abteilungen ihre Schäden geltend machen, verzichten mittelständische Unternehmen oftmals aus (zumeist unbegründeter) Furcht vor den prozessualen und finanziellen Risiken auf die Durchsetzung ihrer Kartellschadensersatzansprüche, obgleich viele Ansprüche letztendlich im Wege von Vergleichen durchgesetzt werden.

Vor diesem Hintergrund soll im Zuge der 9. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen („GWB“) die EU-Kartellschadensersatzrichtlinie (Richtlinie 2014/104/EU über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, abgedruckt in ABL L 349 vom 05.12.2014) in deutsches Recht umgesetzt werden, um die Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen zu erleichtern. Im Zuge der Neuregelungen soll u.a. auch das Kostenrisiko des Klägers begrenzt werden, damit insbesondere mittelständische Unternehmen (und Verbraucher) nicht aus diesem Grund von der Erhebung einer Einzelklage absehen. Abgesehen davon kann i.d.R. auch durch die Bündelung von Kartellschadensersatzansprüchen das (anteilige) Kostenrisiko deutlich reduziert werden, was die Anspruchsdurchsetzung für mittelständische Unternehmen ebenfalls spürbar erleichtert (vgl. Ziffer 9).

Nachdem die in Art. 21 der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie vorgegebene Umsetzungsfrist (bereits

am 27.12.2016 abgelaufen war, hat der Bundestag nunmehr am 09.03.2017 die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie vom 08.03.2017 (BT-Drs. 18/11446) zur 9. GWB-Novelle angenommen. Der Bundesrat hat am 31.03.2017 beschlossen, den Vermittlungsausschuss nicht anzurufen. Die 9. GWB-Novelle kann somit in Kraft treten.

Ausweislich der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie werden die Neuregelungen – mit Ausnahme der Bestimmungen zur Herausgabe von Beweismitteln und zu Auskünften – nur auf Kartellschadensersatzansprüche Anwendung finden, die nach dem 26.12.2016 entstanden sind.

Der Beitrag gibt einen Überblick über die Neuregelungen im Bereich des Kartellschadensersatzes (§§ 33 ff. und 89a ff. GWB-E).

1. Schadensersatzanspruch und Schadensvermutung (vgl. § 33a GWB-E)

Wer einen Verstoß gegen ein materiell-rechtliches Verbot des Kartellrechts begangen hat, d.h. insbesondere einen Verstoß gegen das Kartellverbot (§ 1 GWB, Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union – AEUV) oder das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 GWB, Art. 102 AEUV), ist zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet.

Diesbezüglich wird widerleglich vermutet, dass ein Kartell einen Schaden (beim direkten Abnehmer) verursacht hat. Unter einem Kartell sind insbesondere sog. „Hardcore-Absprachen“ wie Preisabsprachen (z.B. die Festsetzung von An- oder Verkaufspreisen), Mengenabsprachen (z.B. die Festlegung von Absatzquoten) oder die Aufteilung von Märkten und Kunden zwischen Wettbewerbern zu verstehen. Die Vermu-

tung erstreckt sich dabei (lediglich) auf das Bestehen eines Schadens und dessen Verursachung durch den Verstoß. Sie gilt hingegen weder für die eigene Betroffenheit eines Geschädigten noch für die Ursächlichkeit des Kartellverstoßes für den erlittenen Schaden. Der Anspruchsteller trägt folglich auch weiterhin die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er Waren oder Dienstleistungen abgenommen oder geliefert hat, auf die sich der Verstoß bezogen hat. Ebenso wenig enthält die Regelung eine Vermutung hinsichtlich der Schadenshöhe. Letztere muss vielmehr ebenfalls durch den Geschädigten dargelegt und bewiesen werden, wozu in der Regel ökonomische Expertise herangezogen werden muss. Die einzige Erleichterung besteht in diesem Zusammenhang darin, dass der zuständige Richter gemäß § 287 der Zivilprozessordnung („ZPO“) die Höhe des Schadens schätzen kann.

2. Bindungswirkung (vgl. § 33b GWB-E)

Zur Durchsetzung eines Kartellschadensersatzanspruches müssen die Geschädigten jedoch nicht beweisen, dass ein Kartell gebildet worden ist oder dass ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung missbraucht hat. Vielmehr können Geschädigte ihre Schadensersatzklagen auf Entscheidungen der Kartellbehörden oder zuständigen Gerichte „aufsetzen“. Zu diesem Zweck ist das für die Schadensersatzklage zuständige Gericht an die Feststellung eines Verstoßes gegen das Kartellrecht gebunden, insoweit die Feststellung in der bestandskräftigen Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde (z.B. Bundeskartellamt oder Europäische Kommission, Generaldirektion Wettbewerb) oder einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung getroffen worden ist. Von dieser sog. Bindungswirkung erfasst sind die Feststellungen zu sämtlichen Tatbestandsmerkmalen, deren Verwirklichung den Verstoß begründet und zu denen die Behörde oder das Gericht in seiner Entscheidung Feststellungen getroffen hat. Dazu gehören insbesondere auch die räumliche und sachliche Marktabgrenzung sowie das zeitliche Ausmaß des Verstoßes, soweit die Entscheidung hierzu Feststellungen enthält.

3. Einwand der Schadensabwälzung (vgl. § 33c GWB-E)

Der bisher nur von der Rechtsprechung anerkannte Einwand der Schadensabwälzung („passing-on defence“) wird erstmals gesetzlich geregelt: Hiernach ist der Schaden des Abnehmers ausgeschlossen, soweit der Abnehmer einen Preisaufschlag, der durch einen Verstoß gegen das Kartellrecht verursacht worden ist, an seine Abnehmer (mittelbare Abnehmer) wei-

tergegeben hat. Entgangene Gewinne i.S.d. § 252 des Bürgerlichen Gesetzbuches („BGB“) bleiben von der Einwendung allerdings ausdrücklich unberührt. Derartige Gewinneinbußen entstehen in der Regel dann, wenn es auf Grund der Weitergabe einer kartellbedingten Preiserhöhung zu einem Rückgang der Nachfrage und damit zu einem verringerten Absatz kommt.

Der Einwand der Schadensabwälzung kann im Übrigen auch in „umgekehrter Richtung“ geltend gemacht werden: Insofern der Abnehmer einer Ware gegen das Kartellrecht verstößt, z.B. durch Teilnahme an einem Einkaufskartell, und dadurch einen Schaden bei seinen Lieferanten verursacht, kann sich dieser Abnehmer (im Falle einer Inanspruchnahme auf Schadensersatz durch einen Lieferanten) auf den Einwand der Schadensabwälzung berufen.

Auf Grund der Regelung ist im Übrigen absehbar, dass Kartellanten in denjenigen Fällen, in denen ihnen der Nachweis der Abwälzung kartellbedingt erhöhter Preise auf die letzte Marktstufe, also die Endverbraucher, gelingt, de facto von der Schadensersatzpflicht frei werden. Da Sammelklagen weder zulässig sind noch durch die 9. GWB-Novelle eingeführt werden sollen, dürfte die Geltendmachung von sog. Streuschäden durch Endverbraucher auch zukünftig unwahrscheinlich bleiben.

4. Schadensersatzansprüche mittelbarer Abnehmer und Vermutung der Schadensabwälzung (vgl. § 33c GWB-E)

Auch mittelbaren Abnehmern steht die Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen grundsätzlich offen. Bisher mussten mittelbare Abnehmer darlegen und beweisen, dass und in welcher Höhe ein kartellbedingter Preisaufschlag auf die nachfolgende Marktstufe abgewälzt worden ist. Diesbezüglich wird nunmehr zugunsten der mittelbaren Abnehmer vermutet, dass überhaupt eine Schadensweitergabe an den mittelbaren Abnehmer stattgefunden hat. Die Vermutung kann sich je nach Konstellation zum Nachteil des Schädigers oder der aus Sicht des mittelbaren Abnehmers, zu dessen Gunsten die Vermutung wirkt, jeweils vorgelagerten Marktstufe auswirken.

Der Umfang der Schadensweitergabe ist jedoch (ebenfalls) nicht Gegenstand der Vermutung. Auch diesbezüglich kann aber auf § 287 ZPO zurückgegriffen werden (vgl. Abschnitt 1 oben). Der in Anspruch genommene Kartellant kann die Vermutung allerdings widerlegen, indem er Tatsachen glaubhaft macht, die eine Schadensabwälzung auf die mittel-

baren Abnehmer ganz oder teilweise ausschließen. Auch die Vermutung der Schadensabwälzung gilt im Übrigen in „umgekehrter Richtung“ (vgl. Ziffer 3), was (ebenfalls) oftmals übersehen wird.

5. Gesamtschuldnerische Haftung der Kartellanten (vgl. § 33d Abs. 1 und 2 GWB-E)

Eine wesentliche prozessuale Erleichterung besteht darin, dass Geschädigte nicht alle an einem Kartell beteiligten Unternehmen auf Schadensersatz verklagen müssen, sondern es vielmehr ausreicht, einen der Kartellanten auf gesamtschuldnerische Haftung in Anspruch zu nehmen.

Der Innenausgleich zwischen den Gesamtschuldnern erfolgt, in Abweichung vom Regelfall des § 426 Abs. 1 BGB, nach dem Beitrag zur Schadensverursachung: Neben dem Verursachungs- und dem Verschuldenskriterium, die vor allem an die Rolle des Schädigers bei der Begehung des Verstoßes anknüpfen (z.B. eine Kartellführerschaft), können auch der Marktanteil des betreffenden Unternehmens, der Umsatz mit von den Verstoß betroffenen Waren und Dienstleistungen sowie die durch den Verstoß erzielten Mehrerlöse weitere Merkmale für die Bestimmung des Haftungsanteils eines Gesamtschuldners im Innenverhältnis sein. Die vorzunehmende Aufteilung dürfte in der Regel zu einer Quotelung führen.

6. Haftungsrechtliche Privilegierung von „KMU“ und des (ersten) Kronzeugen (vgl. § 33d Abs. 3 bis 5 und § 33e GWB-E)

Kleine und mittlere Unternehmen („KMU“) werden hinsichtlich der Schadensersatzhaftung privilegiert: Sie haften für erstmalige Kartellverstöße grundsätzlich nur gegenüber ihren unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten, also nur in der „eigenen“ Liefer- oder Abnahmekette, insofern ansonsten ihre wirtschaftliche Lebensfähigkeit gefährdet wäre und ihr Marktanteil während des Verstoßes stets weniger als 5 % auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt betrug.

Eine Haftung gegenüber anderen Geschädigten außerhalb „eigener“ Liefer- oder Abnahmeketten findet nur nachrangig statt, wenn diese anderen Unternehmen von den übrigen Schädigern (mit Ausnahme des Kronzeugen) keinen vollständigen Schadensersatz erlangen konnten. Der Innenausgleich mit anderen Gesamtschuldnern findet nur bis zu der Höhe des Schadens statt, den das KMU seinen unmittelbaren und

mittelbaren Abnehmern (oder Lieferanten) verursacht hat. Auf diese Weise wird ausgeschlossen, dass die Haftung des KMU im Innenverhältnis über den für das Außenverhältnis vorgesehenen Umfang hinausgeht. Die Privilegierung eines KMU findet allerdings nicht statt, wenn dieses Kartellführer war, andere Kartellanten zur Kartellbeteiligung gezwungen hat, das KMU bereits in der Vergangenheit an einem oder mehreren Kartellen beteiligt gewesen ist und dies behördlich oder gerichtlich festgestellt worden ist.

Eine vergleichbare Privilegierung findet auch hinsichtlich des „ersten“ Kronzeugen statt: Auch dieser haftet grundsätzlich nur gegenüber seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern (oder Lieferanten), also nur in der „eigenen“ Liefer- oder Abnahmekette. Eine Haftung ggü. anderen Geschädigten findet nur statt, wenn diese von den übrigen Kartellanten keinen vollständigen Schadensersatz erlangen konnten. Mit der Regelung wird verhindert, dass der (erste) Kronzeuge für Schadensersatzansprüche haftet, die wegen Verjährung bei den anderen Schädigern nicht mehr durchsetzbar sind. Auch hinsichtlich des Innenausgleichs der Gesamtschuldner ähnelt die Privilegierung derjenigen der KMU. So haftet der (erste) Kronzeuge im Innenverhältnis nur bis zu der Höhe des Schadens, den er seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern (oder Lieferanten) verursacht hat.

Die Privilegierung der KMU und des (ersten) Kronzeugen gilt im Übrigen nicht bzgl. der Schäden, die anderen als den direkten und mittelbaren Abnehmern / Lieferanten der Kartellanten entstanden sind.

7. Abschluss von Vergleichen (vgl. § 33f GWB-E)

Insofern sich ein Schädiger (z.B. Kartellant) mit einem Geschädigten vergleicht, wird der Schädiger in der Höhe seines Beitrags zur Schadensverursachung von der Schadensersatzforderung des am Vergleich beteiligten Geschädigten befreit. Gleichzeitig soll der am Vergleich beteiligte Schädiger nach dem Vergleich keinen Regressansprüchen der übrigen Gesamtschuldner ausgesetzt sein, soweit der Ausgleich des Schadens betroffen ist, der nach Abzug seines Anteils am Schaden des sich vergleichenden Geschädigten verblieben ist. Die übrigen Schädiger haften, korrespondierend hierzu, nur für den Schaden, der nach Abzug des Anteils des am Vergleich beteiligten Schädigers verbleibt.

Die am Vergleich beteiligten Geschädigten können von dem am Vergleich beteiligten Schädiger (nach-

rangig) Schadensersatz nur dann verlangen, wenn sie von den anderen Kartellanten keinen vollständigen Ersatz erlangen konnten. Die nachrangige Haftung kann im Vergleich aber abbedungen werden; dies sollten sich Geschädigte allerdings entsprechend „vergüten“ lassen.

In der Praxis wird eine Vielzahl von Kartellschadensersatzansprüchen im Übrigen im Wege von Vergleichen durchgesetzt, weshalb die Neuregelung zur Wirkung von Vergleichen von hoher praktischer Relevanz ist. Allerdings dürfte in vielen Fällen die Klageerhebung notwendig sein, um die Vergleichsbereitschaft der Schädiger zu „fördern“.

8. Verjährung (vgl. § 33h GWB-E)

Die Verjährung von Kartellschadensersatzansprüchen wird zum Teil neu geregelt: Die sog. kenntnisabhängige Verjährungsfrist wird von drei auf fünf Jahre verlängert. Damit die Verjährungsfrist zu laufen beginnt, müssen der Anspruch entstanden und der Verstoß gegen das Kartellrecht beendet sein (insbesondere in Fällen, in denen es sich um eine dauernde oder fortgesetzte Zuwiderhandlung handelt). Außerdem muss der Geschädigte Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von den Umständen, dem Verstoß und der Identität des bzw. der Schädiger erlangt haben.

Die kenntnisunabhängige Verjährungsfrist beträgt zehn Jahre ab Anspruchsentstehung und Beendigung des Kartellverstoßes. Im Übrigen beträgt die Höchstfrist 30 Jahre ab Vornahme der schädigenden Handlung.

Die Verjährung wird unter bestimmten Voraussetzungen gehemmt, insbesondere wenn eine Kartellbehörde (z.B. EU-Kommission oder Bundeskartellamt) ein Verfahren einleitet. Auch in diesem Zusammenhang sind teilweise Neuregelungen vorgesehen: So wird die Hemmungswirkung auf die Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung nach § 33 Abs. 1 GWB-E erweitert. Außerdem ist vorgesehen, dass auch Auskunftsklagen (vgl. Ziffer 8) gegen den Schädiger zu einer Hemmung der Verjährung des Anspruchs führen.

8. Akteneinsicht (vgl. § 33g und §§ 89b ff. GWB-E)

Oftmals verfügen die Geschädigten nicht über ausreichend Beweismaterial, weshalb sie regelmäßig ein starkes Interesse an Zugang zu den Akten der Schädiger und der Kartellbehörde, wie etwa Kron-

zeugenerklärungen, internen Ermittlungsvermerken oder Korrespondenz mit anderen Kartellbehörden, haben. Diesem Interesse steht allerdings grundsätzlich das Interesse der Kartellbehörden am Schutz des Kronzeugenprogramms entgegen, welches seit Jahren das wichtigste Instrument zur Aufdeckung von Kartellverstößen darstellt. Je weitreichender das Akteneinsichtsrecht der Geschädigten zu den Akten der Kartellbehörden ausgestaltet wird, desto weniger Unternehmen werden sich zu einem Kronzeugenantrag entschließen.

Um dieses Spannungsverhältnis zu lösen, beinhaltet die 9. GWB-Novelle umfangreiche Neuregelungen in Bezug auf den Zugang zu Beweismitteln. So wird sowohl den Geschädigten, als auch den Schädigern (die etwa bzgl. des Einwands der Schadensabwälzung an den Akten der Geschädigten interessiert sind) ein materiell-rechtlicher Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften zugestanden (vgl. § 33g GWB-E; die verfahrensrechtliche Durchsetzung ist in den §§ 89b ff. GWB-E geregelt).

Dieser Anspruch ist allerdings im Einzelfall bei Unverhältnismäßigkeit der Herausgabe ausgeschlossen, z.B. wegen Unerheblichkeit der Akten zur Durchsetzung des Anspruchs oder zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Gänzlich ausgeschlossen ist die Herausgabe von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen, die nicht zurückgezogen worden sind.

9. Fazit und Handlungsempfehlung

Die 9. GWB-Novelle wird die Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen zumindest für geschädigte Unternehmen erleichtern. Auch nach Inkrafttreten der zahlreichen Neuregelungen müssen die Geschädigten allerdings weiterhin insbesondere die Schadenshöhe darlegen und beweisen, was in der Regel umfangreiche ökonomische Expertise erfordern wird. Abgesehen davon werden die Neuregelungen hinsichtlich des Zugangs zu Beweismitteln dazu führen, dass Geschädigte grundsätzlich leichter an diejenigen Informationen herankommen werden, welche sie zum Nachweis des erlittenen Schadens benötigen. Allerdings ist damit zu rechnen, dass nicht nur die Beklagten, sondern auch das Bundeskartellamt (zum Schutz des Kronzeugenprogramms) intensiv von den Möglichkeiten zur Abwehr von Akteneinsichts- und Auskunftsansprüchen Gebrauch machen werden, weshalb auch diesbezüglich mit erhöhtem Aufwand zu rechnen sein wird.

Unterschiede dürften in der Praxis (weiterhin) aus der Unternehmensgröße der Geschädigten resultieren: Konzernverbundenen Unternehmen, insbesondere solchen mit bestehenden Rechtsabteilungen und eigener ökonomischer Expertise, wird es relativ leicht fallen, Kartellschadensersatzforderungen durchzusetzen. Vor dem Hintergrund, dass, wie bereits dargestellt, Sammelklagen nicht zulässig sind und auch nicht eingeführt werden sollen, könnten sich viele mittelständische Unternehmen hingegen, in Anbetracht des entstehenden Aufwandes, des Prozessrisikos und der Prozesskosten, davon abschrecken lassen, bestehende Kartellschadensersatzansprüche einzeln durchzusetzen.

Diese Furcht vor Kartellschadensersatzprozessen ist allerdings regelmäßig unbegründet, zumal es insbesondere möglich ist, einzelne Kartellschadensersatzansprüche in einer aktiven Streitgenossenschaft zu bündeln, was zu einer Senkung des Aufwands und des (anteiligen) Kostenrisikos führt. Eine solche Streitgenossenschaft dürfte bei Kartellschadenser-

satzansprüchen regelmäßig zulässig sein, zumal sie voraussetzt, dass die gemeinsame Prozessführung zweckmäßig ist. Überdies dürfte die Bündelung von Ansprüchen regelmäßig auch die Vergleichsbereitschaft der Schädiger steigern.

Insofern ist (auch) mittelständischen Unternehmen zu empfehlen, erlittene Kartellschäden im Vorfeld zentral, z.B. über den jeweiligen Branchenverband oder direkt über den Rechtsbeistand, zu erfassen und sodann gebündelt im Wege einer Streitgenossenschaft geltend zu machen.



Christoph Richter

_ Rechtsanwalt

richter@lutzabel.com

GESELLSCHAFTSRECHT

Einladung zur Gesellschafterversammlung durch abberufenen GmbH-Geschäftsführer

RA Dr. Christian Dittert | dittert@lutzabel.com

1. Einführung

Der Gesellschafterversammlung in der GmbH kommt als oberstem Entscheidungsorgan, das nach der gesetzlichen Grundregel die Weisungskompetenz gegenüber der Geschäftsführung hat, große Bedeutung zu. Die Willensbildung der Gesellschafter erfolgt klassisch durch Beschlussfassung in einer hierzu anberaumten Gesellschafterversammlung (§ 48 Abs. 1 GmbHG). Ohne anderslautende Satzungsregelung kann zu einer Gesellschafterversammlung nur die Geschäftsführung laden (vgl. § 49 Abs. 1 GmbHG). Eine subsidiäre Einladungskompetenz der Gesellschafter ergibt sich kraft Gesetzes nur aus der Regelung des Minderheitsrechts in § 50 GmbHG: danach können mindestens zu 10% beteiligte Gesellschafter dann selbst laden, wenn die Geschäftsführung ihrem Ladungsverlangen nicht nachkommt, oder für den weiteren Fall, dass die Gesellschaft führungslos ist.

Der Organstellung des Geschäftsführers kommt somit wichtige Bedeutung zu. Bei Streit über die Wirksamkeit der Abberufung eines Geschäftsführers kann bis zu einer rechtsverbindlichen Klärung durch die Gerichte indessen lange Zeit vergehen, in der unklar ist, ob ein Geschäftsführer noch im Amt ist oder nicht. Dies ist im Hinblick auf die rechtswirksame Bewirkung der Einladung zu einer Gesellschafterversammlung misslich, da die Ladung durch eine hierzu unbefugte Person grundsätzlich analog § 241 Nr. 1 AktG die Nichtigkeit der zugehörigen Gesellschafterbeschlüsse nach sich zieht, es sei denn sämtliche Gesellschafter lassen sich rügelos gemäß § 51 Abs. 3 GmbHG im Sinne einer Vollversammlung auf die Beschlussfassung trotz formell unwirksamer Ladung ein. Das Aktienrecht, welches gerade auch börsennotierte Aktiengesellschaften mit einer Vielzahl anonymer Aktionäre im Blick hat, trifft hierzu im Sinne der Rechtssicherheit in § 121 Abs. 2 S. 2 AktG

die klare Regelung, dass ein im Handelsregister eingetragenes Vorstandsmitglied als befugt gilt, die Einladung zu bewirken. In Rechtsprechung und Schrifttum ist die analoge Anwendung dieser Regelung auch auf das Recht der GmbH in der Vergangenheit teilweise befürwortet worden.

2. Entscheidung des Bundesgerichtshofs

In einem aktuellen Urteil vom 08.11.2016 hat sich der 2. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (BGH, Az.: II ZR 304/15) jedoch den dies ablehnenden Stimmen angeschlossen und entschieden, dass eine analoge Anwendung von § 121 Abs. 2 S. 2 AktG auf die GmbH nicht in Betracht kommt. Der BGH begründet seine Entscheidung damit, dass die Interessenlage zwischen GmbH und Aktiengesellschaft unterschiedlich sei; die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse der Aktiengesellschaft einerseits und der GmbH andererseits seien verschieden und rechtfertigten die analoge Anwendung des § 121 Abs. 2 S. 2 AktG nicht. Anders als bei der Aktiengesellschaft, in der der Aufsichtsrat über die Bestellung und Abberufung des Vorstands entscheide, sei dies bei der GmbH nach der gesetzlichen Grundregel den Gesellschaftern selbst vorbehalten (§ 46 Nr. 5 GmbHG). Die Einladung zur Gesellschafterversammlung richte sich bei der GmbH regelmäßig gerade nicht an einen anonymen, sondern an einen namentlich bekannten Gesellschafterkreis und erfolge schriftlich, nicht durch Bekanntmachung.

Der BGH führt weiter aus, dass die bestehende Unsicherheit hinsichtlich der Wirksamkeit der Abberufung eines Geschäftsführers nichts daran ändere, dass die Gesellschafter Kenntnis von einem hierzu gefassten Gesellschafterbeschluss haben. Die Unsicherheit bis zur gerichtlichen Klärung der Wirksamkeit der Abberufung sei jedem Rechtsstreit bis zu dessen Entscheidung immanent.

3. Fazit

Die Entscheidung des BGH bringt große Probleme in der Praxis mit sich, wenn Gesellschafter einer GmbH nicht sicher sein können, ob ein Geschäftsführer, über dessen Abberufung Beschluss gefasst wurde, im Nachgang hierzu noch befugt ist, zu einer Gesellschafterversammlung zu laden. Hiervon hängt nämlich auch die Frage ab, ob die Gesellschafter selbst ggf. nach § 50 GmbHG ein eigenes Ladungsrecht haben. Die Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen, die auf einer durch eine unzuständige Person eingeladenen Gesellschafterversammlung beschlossen wurden, trifft die Beteiligten hart, wenn dieses Ergebnis oft erst Jahre später durch eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung darüber feststeht, dass ein Geschäftsführer im Zeitpunkt der Ladung zur Gesellschafterversammlung wirksam abberufen war. Denn regelmäßig wird heftig darüber gestritten, ob eine Abberufung „aus wichtigem Grund“ wegen grober Pflichtverletzungen berechtigt erfolgt ist. Eine Entscheidung ergeht oft aufgrund tatrichterlicher Würdigung anhand der Umstände des Einzelfalls.

Es ist für die Gesellschafter essentiell, rechtssicher wirksame Beschlüsse herbeiführen zu können. Wenn in streitigen Konstellationen die Voraussetzungen einvernehmlicher Beschlussfassungen sämtlicher Gesellschafter in Form einer Vollversammlung (§ 51 Abs. 3 GmbHG) nicht erreicht werden können, mutet es geradezu zynisch an, wenn der BGH darauf ver-

weist, die Rechtsunsicherheit bis zur rechtskräftigen Entscheidung sei in jedem Rechtsstreit gegeben.

Es wäre daher zu wünschen, dass der Gesetzgeber eine Parallelnorm zu § 121 Abs. 2 S. 2 AktG in das GmbHG aufnimmt, um auch dort die rechtssicher im Zeitpunkt der Ladung feststehende Eintragung eines Geschäftsführers im Handelsregister genügen zu lassen und der Beschlussfassung der Gesellschafter eine insoweit sichere Basis zu geben. Sofern auf die gesellschaftsvertragliche Gestaltung Einfluss genommen werden kann, ist bei der GmbH vor dem Hintergrund der aktuellen BGH-Entscheidung indessen dringend anzuraten, den GmbH-Gesellschaftern in der Satzung ein eigenes Ladungsrecht zu Gesellschafterversammlungen einzuräumen. Dies hilft freilich in den Konstellationen nicht weiter, in denen die Gesellschafter aktuell bereits so zerstritten sind, dass eine Einigung mit satzungsändernder Mehrheit nicht zustande kommen wird.



Dr. Christian Dittert

Rechtsanwalt, Partner
Fachanwalt für Handels-
und Gesellschaftsrecht

dittert@lutzabel.com

Legal Due Diligence bei Start-ups und Wachstumsunternehmen: Worauf Investoren und Käufer achten!*

RA Dr. Bernhard Noreisch, LL.M | noreisch@lutzabel.com
RA Dr. Lorenz Jellinghaus | jellinghaus@lutzabel.com

Die Vorbereitung und Durchführung einer Legal Due Diligence ist für manchen Gründer noch immer ein rotes Tuch: Neugierige Anwälte stellen Fragen, deren Sinn sich dem business-orientierten Unternehmer nicht immer auf Anhieb erschließt und die ihm und seinem Team Zeit stehlen – viel lieber würde er diese für Forschung & Entwicklung oder Vertrieb einsetzen.

Auch wenn diese Haltung nachvollziehbar ist, zeigt sich immer wieder, dass es sich für Unternehmen lohnt, Due-Diligence-Prozessen Aufmerksamkeit zu widmen. Denn durch eine sorgfältige Vorbereitung der Unterlagen lassen sich zum einen viel Zeit, Geld und Nerven sparen, und zum anderen stärken eine sinnvoll gestaltete Due Diligence und die Umset-

* Beitrag bereits im VC-Magazin 1-2/2017 veröffentlicht

zung der dort gefundenen Erkenntnisse („findings“) die rechtliche Basis für den späteren, erfolgreichen Exit erheblich. Der folgende Beitrag skizziert, welche Themen für Investoren und Käufer in der Regel besonders relevant sind und gibt einige Tipps für die sinnvolle Vorbereitung der Legal Due Diligence.

1. Zweck der Due Diligence

Der Due-Diligence-Prozess soll im Lager der Investoren/Käufer die Entscheider in die Lage versetzen, die Chancen und Risiken der geplanten Transaktion zutreffend zu bewerten, darauf basierend eine sachgerechte Investitionsentscheidung zu treffen und in den Transaktionsdokumenten eine angemessene Risikoverteilung zu fixieren. In der Praxis beobachten wir dabei einen Trend hin zu reinen „Red-flag-Berichten“. Der Investor/Kaufinteressent erwartet dabei von der die Legal Due Diligence durchführenden Kanzlei lediglich einen Kurzbericht, der ausschließlich (negative) „findings“ der Due Diligence zusammenfasst, diese nach Risikostufen bewertet und Lösungsvorschläge unterbreitet. Der Bericht wird mithin auf das Wesentliche reduziert. Der Vorteil dieser Gestaltung für den Investor liegt darin, dass er nicht für ihn im Moment unwesentliche Informationen lesen muss. Der Nachteil besteht unseres Erachtens darin, dass solche Berichte nicht geeignet sind, bei der weiteren Betreuung der Beteiligung als Informationsquelle für den Status bestimmter Themenbereiche zu dienen, da die hierfür relevanten Basis-Informationen im Bericht gar nicht enthalten sind.

2. Wesentliche Risikofelder

Selbstverständlich unterscheiden sich die Risikoprofile verschiedener Unternehmen teilweise erheblich. Dennoch gibt es einige Bereiche, die regelmäßig bei Start-ups und Exit-Kandidaten im Fokus der Legal-Due-Diligence-Prüfung stehen. Dies sind solche Bereiche, in denen rechtliche Mängel entweder die Rechtsinhaberschaft direkt betreffen oder enorme wirtschaftliche Risiken bergen. Folgende Fragen stehen regelmäßig im Fokus:

- Stehen die Gesellschaftsanteile (Geschäftsanteile, Aktien oder Kommanditanteile) im unbelasteten Eigentum der Gesellschafter des Zielunternehmens? Lassen sich alle Anteilsübertragungen der Vergangenheit lückenlos nachvollziehen?

Wurden etwa bei früheren Anteilsübertragungen erforderliche Zustimmungen/Genehmigungen

nicht erteilt, dann sind möglicherweise die Verkäufer rechtlich gar nicht Eigentümer der zu veräußernden Anteile. Es kann in solchen Fällen dann erforderlich werden, bereits tatsächlich nicht mehr an dem Zielunternehmen beteiligte, frühere Gesellschafter zu nachträglichen Zustimmungserklärungen zu bewegen, mit allen damit verbundenen Unannehmlichkeiten und möglichem Störpotential.

- Sind und waren die Organe des Zielunternehmens, insbesondere Geschäftsführer/Vorstände und Beirat/Aufsichtsrat zu jeder Zeit ordnungsgemäß besetzt?

Ist dies nicht der Fall, weil etwa bei einer AG übersehen wurde, dass die Amtszeit eines Mitglieds des Aufsichtsrats bereits geendet hatte, als der neue Vorstand bestellt wurde, dann ist nicht nur der Aufsichtsrat fehlerhaft besetzt, sondern auch der Beschluss zur Bestellung des Vorstandes nichtig. Das Zielunternehmen macht in einem solchen Fall keinen professionellen Eindruck und verursacht im Due-Diligence-Prozess erheblichen Mehraufwand aufgrund erforderlicher Heilungsmaßnahmen.

- Welche Finanzierungsverträge bestehen und welche Zahlungsverpflichtungen bestehen mit welchem Rang in diesem Zusammenhang gegenüber Dritten?

Start-ups sind in der Regel nicht fremdfinanziert, vor allem stille Beteiligungen sind indes häufig anzutreffen und bei der Bewertung des Zielunternehmens und dem Liquiditätsmanagement für die Phase nach der Transaktion zu beachten. Auch Verpflichtungen aus Mitarbeiterbeteiligungsmodellen können insofern eine Rolle spielen.

- Ist das Zielunternehmen Inhaberin der wesentlichen IP-Rechte oder verfügt es über die erforderlichen Nutzungs- und Verwertungsrechte an einlizenzierter IP?

Jeder Investor und Käufer muss sicherstellen, dass die häufig für den Unternehmenswert sehr maßgeblichen IP-Rechte tatsächlich im Zielunternehmen liegen und nicht etwa noch bei den Gründern oder gar bei externen Entwicklern, die als Freelancer ihre Leistungen erbracht haben. Auch hier läuft das Zielunternehmen anderenfalls Gefahr, auf die Mitwirkung außenstehender Dritter angewiesen zu sein. Bei software-basierten

Geschäftsmodellen spielen in diesem Bereich üblicherweise auch Fragen im Zusammenhang mit der Nutzung von Open-Source-Komponenten eine wichtige Rolle.

- Bestehen Exklusivverträge mit Lieferanten oder Abnehmern, die die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Zielunternehmens einschränken? Gibt es Verträge mit Change-of-control-Klauseln?

Die Prüfung der Exklusivitätsbeziehungen und solcher Verträge, die in Folge der Transaktion außerordentlich beendet werden können, bedarf regelmäßig eines prüfenden Blicks. Interessant sind in diesem Bereich auch bei noch kleineren Marktteilnehmern Fragen der kartellrechtlichen Wirksamkeit wettbewerbsbeschränkender Abreden.

- Ist das Zielunternehmen an angedrohten oder anhängigen Rechtsstreitigkeiten beteiligt, und welche finanziellen Risiken erwachsen hieraus?
- Bestehen im Zusammenhang mit der geplanten Transaktion Rückzahlungsrisiken bzgl. erhaltener Beihilfen/Subventionen?

Gerade bei einem Mehrheitswechsel sind Fragen des Beihilfenrechts zu beachten. Bei stark öffentlich subventionierten Unternehmen kann diesen Aspekten eine wirtschaftlich sehr maßgebliche Bedeutung zukommen.

3. Optimale Vorbereitung

Nach unserer Erfahrung kann es ganz wesentlichen Einfluss auf die Stimmung der an der Transaktion beteiligten Personen und damit auf die Atmosphäre der Vertragsverhandlungen haben, wenn die Due Diligence im Zielunternehmen ordentlich und professionell vorbereitet wurde. Sicherlich ist bei Finanzierungsrunden normalerweise keine vorgeschaltete verkäuferseitige Due Diligence (sog. „Vendor Due Diligence“) erforderlich, im Zuge derer das Zielunternehmen sich einer Selbstüberprüfung unterzieht und die ansonsten vom Investor festzustellenden Mängel bereits im Vorfeld erkennen und beheben kann. Bei

Einleitung eines strukturierten Veräußerungsprozesses ist eine solche Maßnahme hingegen durchaus zu empfehlen, insbesondere bei Unternehmen, die wissen, dass sie sich in Zeiten des Wachstums nicht darum gekümmert haben, die rechtlichen Strukturen glatt zu ziehen.

4. Fazit

Die Legal Due Diligence stellt einen notwendigen Bestandteil jeder VC-Finanzierungsrunde und eines jeden Exit-Prozesses dar. Die Augen der prüfenden Anwälte richten sich regelmäßig vor allem auf Kernthemen wie „Corporate Structure“, „wesentliche Verträge“ und „IP“. Grundsätzlich lässt sich sagen, dass Start-ups, die eine VC-Finanzierung anstreben, idealerweise von Anfang an auf eine geordnete Digitalisierung ihrer Unternehmensunterlagen setzen und diese Dokumente in der üblichen Struktur eines virtuellen Datenraums ablegen und archivieren sollten. Dies trägt zur eigenen Disziplinierung bei und erspart erheblichen Aufwand, wenn es so weit ist. Die Manager des Zielunternehmens haben dann in dieser Situation den Kopf für die wirklich wichtigen Themen frei und müssen nicht unerledigte Hausaufgaben aufarbeiten.



Dr. Lorenz Jellinghaus

_ Rechtsanwalt, Partner
_ Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

jellinghaus@lutzabel.com



Dr. Bernhard Noreisch

_ Rechtsanwalt, Partner
_ LL.M. (University of Edinburgh)
_ Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
_ Wirtschaftsjurist (Univ. Bayreuth)

noreisch@lutzabel.com

Geltung der formellen Legitimationswirkung der Gesellschafterliste im Falle des Todes eines Gesellschafters

RA Dr. Bernd Fluck | fluck@lutzabel.com

1. Einführung

Gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG gelten im Verhältnis zur Gesellschaft im Falle einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter diejenigen Personen als Gesellschafter der Gesellschaft, welche als solche in die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste eingetragen sind. Die Vorschrift enthält eine im Binnenverhältnis der GmbH geltende unwiderlegliche Vermutung dahin gehend, dass die in der Liste enthaltenen Personen zur Wahrnehmung der Gesellschafterrechte legitimiert sind (sogenannte formelle Legitimationswirkung; siehe hierzu bereits den Beitrag des Autors in Recht Aktuell 3/2016). Die Ausübung der Gesellschafterrechte hängt – von wenigen engen Ausnahmen abgesehen – ausschließlich von den Verlautbarungen der Gesellschafterliste ab.

Problematisch ist, dass mit dem Tod eines Gesellschafters – anders als bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung des Geschäftsanteils – die Existenz des in die Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafters endet. Damit entsteht ein Schwebezustand bei der GmbH, da gemäß § 51 Abs. 3 GmbHG wirksame Beschlüsse nur gefasst werden können, wenn die Versammlung ordnungsgemäß einberufen wurde oder sämtliche Gesellschafter anwesend sind. Stellt man insofern jedoch auf die Eintragungen in der Gesellschafterliste ab, können nicht sämtliche Gesellschafter geladen werden, geschweige denn an der Versammlung teilnehmen, da der verstorbene Gesellschafter nicht mehr vorhanden ist. Daher wird in der Literatur zum Teil vertreten, dass aufgrund der mit dem Erbfall verbundenen Universalsukzession gemäß § 1922 BGB der Erbe nicht nur in die materiell-rechtliche, sondern auch in die formale Gesellschafterstellung des Erben in der Gesellschafterliste eintritt.

Das OLG Naumburg hat nunmehr in einer vor kurzem ergangenen Entscheidung (Urteil vom 01.09.2016, Az.: 2 U 95/15) klargestellt, dass der Inhalt der Gesellschafterliste auch nach dem Tode eines Gesellschafters für die Ausübung der Gesellschafterrechte maßgeblich ist.

2. Sachverhalt

Soweit vorliegend von Bedeutung, stellt sich der der Entscheidung des OLG Naumburg zugrunde liegende Sachverhalt wie folgt dar:

Die Klägerin ist die Erbin des verstorbenen ehemaligen Gesellschafters A der beklagten GmbH. Weiterer Gesellschafter der Beklagten war der Gesellschafter B. A und B waren zu gleichen Teilen an der Gesellschaft beteiligt. B war der alleinige Geschäftsführer der Beklagten.

Die Satzung der beklagten Gesellschaft sah für den Fall des Versterbens eines Gesellschafters die Einziehung dessen Geschäftsanteils „ohne Zustimmung des betroffenen Gesellschafters“ vor. Der Beschluss sei mit einfacher Mehrheit zu fassen, wobei „der betroffene Gesellschafter kein Stimmrecht“ habe.

Der Gesellschafter A verstarb am 26.08.2014. Die Klägerin informierte den Geschäftsführer B der Beklagten hierüber telefonisch am nächsten Tag. Sogleich an diesem Tag, dem 27.08.2014, hielt dieser eine Gesellschafterversammlung der Beklagten ab und beschloss im Alleingang die Einziehung des Geschäftsanteils des verstorbenen Mitgesellschafters. Hierüber informierte B die Klägerin am 18.09.2014 in einem persönlichen Gespräch.

Nach diversen Gesprächskontakten zwischen der Klägerin und dem Geschäftsführer der Beklagten teilte die Klägerin der Beklagten mit anwaltlichem Schriftsatz vom 19.03.2015 mit, dass sie aufgrund letztwilliger Verfügung des Erblassers zu dessen Alleinerbin eingesetzt worden war. Gleichwohl trug B die Klägerin nicht in die Gesellschafterliste der Beklagten ein.

Hingegen lud B die Klägerin mit Schreiben vom 10.04.2015 „rein vorsorglich“ zu einer Gesellschafterversammlung der Beklagten für den 23.04.2015 ein. Auf die Tagesordnung setzte er die Erörterung der am 27.08.2014 erfolgten Einziehung des Geschäftsanteils des verstorbenen Mitgesellschafters sowie eine vorsorglich erneute Einziehung des bezeichneten Geschäftsanteils.

An der besagten Gesellschafterversammlung vom 23.04.2015 nahmen teil der Geschäftsführer der Beklagten B und Rechtsanwalt R als Bevollmächtigter der Klägerin. Der Geschäftsführer der Beklagten fasste erneut im Alleingang gegen den Widerspruch des R einen Beschluss über die Einziehung des Geschäftsanteils des verstorbenen Mitgesellschafters und verkündete das Beschlussergebnis.

Am 26.05.2015 reichte die Klägerin eine Klage beim Landgericht ein, worin sie den Gesellschafterbeschluss vom 23.04.2015 anfocht und hilfsweise dessen Nichtigkeit geltend machte. Das Landgericht wies die Klage ab; es stützte sich dabei in erster Linie darauf, dass die Klägerin mangels Eintragung in die Gesellschafterliste keine Anfechtungsbefugnis habe.

Hiergegen wandte sich die Klägerin mit der Berufung an das OLG Naumburg.

3. Die Entscheidung des OLG Naumburg

Mit seinem Urteil vom 01.09.2016 (Az.: 2 U 95/15) hat das OLG Naumburg die Entscheidung des Landgerichts im Ergebnis bestätigt. Die Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsklage der Klägerin gegen den Beschluss der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 23.04.2015 sei zulässig, aber unbegründet.

Das Gericht stellte zunächst klar, dass der Klägerin nicht das Rechtsschutzbedürfnis zur Klage fehle, da der betroffene Geschäftsanteil des verstorbenen Gesellschafters A nicht bereits wirksam (und bestandskräftig) mit dem Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 27.08.2014 eingezogen worden sei. Dieser Beschluss sei nichtig, weil zu der Versammlung entgegen § 51 Abs. 1 GmbHG nicht alle beiden Gesellschafter der Beklagten geladen worden seien. Für die Gesellschaft gelte gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG nach wie vor A als Gesellschafter der Beklagten, weil er noch in die Gesellschafterliste eingetragen sei, auch wenn er nicht mehr existiere und seine Rechte selbst nicht mehr wahrnehmen könne. Zur Abhaltung einer Gesellschafterversammlung mit der Möglichkeit, wirksame Beschlüsse zu fassen, hätte es daher grundsätzlich einer Einladung der in der Gesellschafterliste genannten Personen bedurft.

Im Falle der Nichtladung eines Gesellschafters liege eine ordnungsgemäße Einberufung der Gesellschafterversammlung nicht vor. Die auf einer solchen Versammlung gefassten Beschlüsse seien analog § 241 Nr. 1 AktG nichtig.

Die Klage sei jedoch unbegründet. Der Klägerin fehle es bereits an der Anfechtungsbefugnis, da sie nicht in die in das Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste eingetragen sei (Anmerkung: das Fehlen der Anfechtungsbefugnis führt bei gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklagen zur Klageabweisung als unbegründet).

Gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG dürfe sich im Fall einer Veränderung in der Person eines Gesellschafters im Verhältnis zur Gesellschaft nur derjenige auf die Rechte eines Gesellschafters berufen, der als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen sei. Diese Bestimmung gelte uneingeschränkt auch für den Erbfall. Der Mindermeinung, wonach mit dem Erbfall nicht nur die materiell-rechtliche Inhaberschaft an dem Geschäftsanteil auf den Erben übergehe, sondern auch die formell-rechtliche Legitimation der Gesellschafterliste als ein selbstständiger, von der Mitgliedschaft losgelöster Vermögenswert, sei nicht zu folgen.

Der Senat schloss sich daher der Gegenauffassung an, wonach mit dem Erbfall lediglich die materiell-rechtliche Gesellschafterstellung auf den Erben übergeht, zur Ausübung der Gesellschafterrechte hingegen eine Anpassung der Gesellschafterliste erforderlich ist. Der eindeutige Wortlaut des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG differenziere – so das OLG Naumburg – nicht nach der Art der Rechtsnachfolge, sondern erfasse daher sowohl die rechtsgeschäftliche Einzel- als auch die erbrechtliche Gesamtrechtsnachfolge. Ferner zeige die Gesetzesgenese, dass eine Differenzierung zwischen rechtsgeschäftlicher und erbrechtlicher Rechtsnachfolge nicht gewollt sei. Zweck der Modifizierung des § 16 Abs. 1 GmbHG im Rahmen des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) sei es gewesen, die Frage, wen die Gesellschaft als Gesellschafter zu behandeln habe, nicht nur von dem schwer festzustellenden Umstand zu entkoppeln, wer materiell-rechtlich wirksamer Inhaber der Geschäftsanteile sei, sondern auch eine umfassende Rechtsklarheit für die Gesellschaft zu schaffen, wer tatsächlich Gesellschafter sei. Die Gesellschaft dürfe und müsse nur denjenigen als Gesellschafter mit mitgliedschaftlichen Rechten und Pflichten behandeln, der durch die Eintragung in die Gesellschafterliste formell-rechtlich legitimiert ist. Auf die materiell-rechtliche Rechtslage kommt es daher nicht an.

Die Gesellschaft solle gerade von den Risiken der Unsicherheiten über die materielle Rechtslage befreit

werden. Diese Unsicherheiten bestehen auch beim Erbfall. Allein die Tatsache, dass sich die erbrechtliche Rechtsnachfolge von der rechtsgeschäftlichen dadurch unterscheidet, dass im Erbfall der bisherige Gesellschafter nicht mehr in der Lage sei, seine Gesellschafterrechte selbst auszuüben, rechtfertigt keine Abweichung vom ausdrücklichen gesetzgeberischen Willen. Denn der Gesellschafter könne durch Erteilung einer Vollmacht von Todes wegen bzw. über den Todesfall hinaus sicherstellen, dass seine aus der Eintragung in die Gesellschafterliste resultierenden Gesellschafterrechte auch nach seinem Tode noch wahrgenommen werden können. Die Gesellschaft könne gegebenenfalls durch die Bestellung eines Nachlasspflegers die Möglichkeit der Einberufung und Durchführung einer Gesellschafterversammlung herstellen. Schließlich könne der Erbprätendent wiederum durch Mitteilung und Nachweis seiner Erbenstellung von der Gesellschaft verlangen, in die Gesellschafterliste aufgenommen zu werden.

Hilfsweise führte das OLG Naumburg aus, dass – selbst die Anfechtungsbefugnis der Klägerin unterstellt – die Anfechtungsklage gegen den Beschluss der Gesellschafterversammlung der beklagten Gesellschaft vom 23.04.2015 keinen Erfolg haben könne, da die satzungsmäßigen und gesetzlichen Voraussetzungen für die Einziehung vorlagen.

Hinsichtlich der hilfsweise durch die Klägerin erhobenen Nichtigkeitsklage (es bedarf hierfür keiner besonderen Klagebefugnis) stellte das Gericht kurz fest, dass keine Nichtigkeitsgründe nach § 241 AktG analog vorlägen.

4. Anmerkungen und Praxishinweis

Die Entscheidung des OLG Naumburg verdient insoweit Zustimmung, als das Gericht klarstellt, dass die unwiderlegliche Vermutung des Inhalts der Gesellschafterliste für die Ausübung der Gesellschafterrechte gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG auch für den Erbfall gilt. Das Gericht zieht zur Begründung der Klarstellung des Anwendungsbereichs der Vorschrift den Wortlaut der Norm, ihren Zweck, Rechtssicherheit bezüglich der Gesellschafterstellung zu Gunsten der Gesellschaft zu schaffen, sowie den Willen des Gesetzgebers heran; das überzeugt.

Irritierend ist gleichwohl, dass das Gericht die Wirksamkeit des auf der Gesellschafterversammlung vom 23.04.2015 gefassten Einziehungsbeschlusses annimmt, obwohl zu dieser Versammlung weder der

verstorbene Gesellschafter (was einleuchtet) noch ein durch diesen bevollmächtigter Vertreter noch eine andere Person, welche zur Wahrnehmung seiner Gesellschafterrechte legitimiert ist, geladen wurden. So hatte doch das Gericht zuvor selbst ausgeführt, dass für die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte der Inhalt der Gesellschafterliste maßgeblich ist und entsprechend den Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 27.08.2014 als nichtig eingestuft, da der verstorbene Gesellschafter entgegen § 51 Abs. 3 GmbHG zu dieser Versammlung nicht geladen wurde und auch nicht daran teilnahm.

Nachdem der Geschäftsführer der Beklagten die Gesellschafterliste nicht korrigiert hatte und die Erbin gerade nicht in die formelle Stellung des Erblassers eingetreten ist, war ihre Ladung und Teilnahme an der bezeichneten Gesellschafterversammlung daher nicht ausreichend. Die Gesellschaft hätte zunächst eine korrigierte Gesellschafterliste beim Handelsregister hinterlegen müssen, wonach die Erbin als Gesellschafterin bezüglich des betroffenen Geschäftsanteils ausgewiesen wurde. Auch eine Nachlasspflegschaft bezüglich des betroffenen Geschäftsanteils wäre in Betracht gekommen. Erst anschließend hätte die Gesellschaft den betroffenen Geschäftsanteil des verstorbenen ehemaligen Gesellschafters wirksam einziehen können. Richtigerweise hätte das OLG Naumburg daher der hilfsweise erhobenen Nichtigkeitsklage der Klägerin stattgeben müssen, da die Nichtladung eines Gesellschafters (abzustellen ist auf die Gesellschafterliste!) gemäß § 241 Nr. 1 AktG analog zur Nichtigkeit der auf der Versammlung gefassten Beschlüsse führt.

Problematisch ist, dass mit dem Tod eines Gesellschafters zunächst ein Schwebezustand bezüglich der Ausübung seiner Gesellschafterrechte eintritt, wenn keine weiteren Maßnahmen ergriffen werden. Dieser Schwebezustand dauert grundsätzlich an, bis der Rechtsnachfolger des Verstorbenen in die Liste eingetragen ist. Insofern unterscheidet sich der Fall des Todes eines Gesellschafters entscheidend von der rechtsgeschäftlichen Übertragung eines Geschäftsanteils, weil bei der rechtsgeschäftlichen Einzelrechtsnachfolge der Veräußerer nach wie vor existiert und bis zur Korrektur der Gesellschafterliste die Gesellschafterrechte wahrnehmen kann. Da es für eine wirksame Beschlussfassung auf den Gesellschafterversammlungen der Gesellschaft erforderlich ist, dass sämtliche Gesellschafter unter Angabe der Tagesordnung geladen werden (vgl. § 51 Abs. 3, 4 GmbHG), anderenfalls die auf den entsprechenden

Versammlungen gefassten Beschlüsse gemäß § 241 Nr. 1 AktG nichtig sind, gilt es, den besagten Schwebezustand nach dem Tod eines Gesellschafters zu vermeiden.

Das OLG Naumburg hat die Möglichkeiten, welche sich hierfür bieten, selbst aufgezeigt:

Zunächst kann ein Gesellschafter bereits zu Lebzeiten über seinen Tod hinweg eine Vollmacht für die Ausübung seiner Gesellschafterrechte bis zur Klärung der Erbenstellung bzw. der Aufnahme des Erben in die Gesellschafterliste erteilen. Um Interessenkonflikte zu vermeiden, dürfte es selbstverständlich sachgerecht sein, den künftigen Erben als Vertreter zu benennen. Darüber hinaus ist es empfehlenswert, die Erbrechtsnachfolge hinsichtlich des Geschäftsanteils möglichst klar und eindeutig auszugestalten, bestenfalls hierfür – sofern praktikabel – eine Regelung in die Satzung der Gesellschaft aufzunehmen (und die erbrechtlichen Verfügungen entsprechend anzupassen). Dies erleichtert es sowohl dem Erben als auch der Gesellschaft, kurze Zeit nach dem Erbfall die Gesellschafterliste zu korrigieren.

Fehlt es sowohl an einer wirksamen Bevollmächtigung eines Vertreters über den Tod des verstorbenen Gesellschafters hinaus als auch an einer klaren Regelung bezüglich der erbrechtlichen Nachfolge, gestaltet sich die Durchführung einer ordnungsgemäßen Gesellschafterversammlung zunächst schwierig. Bis zur Klärung der erblichen Nachfolge kommt eine Korrektur der Gesellschafterliste nicht in Betracht. Bis zur Korrektur der Gesellschafterliste ist eine wirksame Beschlussfassung durch die Gesellschafter nicht möglich. Für diesen Fall verbleibt der Gesellschaft allenfalls die Möglichkeit, eine Nachlasspflegschaft bezüglich des betroffenen Geschäftsanteils herbeizuführen, um die Möglichkeit wiederzuerlangen, wirksame Beschlüsse zu fassen.



Dr. Bernd Fluck

_Rechtsanwalt

fluck@lutzabel.com

Neue Regeln für den INVEST-Zuschuss – Maßnahmen zur Förderung der Business-Angels-Szene in Deutschland

RA Dr. Lorenz Jellinghaus | jellinghaus@lutzabel.com

Als Business Angels bezeichnet man vermögende Privatpersonen, die innovativen Gründern bzw. jungen, innovativen Unternehmen Kapital und unternehmerisches Know-how zur Verfügung stellen. Business Angels engagieren sich in der Regel in der frühen Unternehmensphase von Start-ups und gehen besonders hohe unternehmerische Risiken ein. Eine lebendige Business-Angels-Szene ist ein wichtiger Faktor für einen erfolgreichen Start-up-Standort.

Die Bundesregierung hat sich bereits im Jahr 2013 zum Ziel gesetzt, die Business-Angels-Szene in Deutschland zu fördern und hat den sog. INVEST-Zuschuss ins Leben gerufen. Dieser sieht vor, dass bis zu 20 %

der Investitionen in INVEST-fähige Start-ups in Form eines Zuschusses steuerfrei erstattet werden. Das INVEST-Programm ist im Jahre 2013 im Bundeshaushalt für die Periode bis Ende 2016 mit EUR 150 Mio. ausgestattet worden. Dieser Betrag ist nicht ausgeschöpft worden. Bis Ende 2016 wurden Mittel über ca. EUR 42 Mio. abgerufen. Der Zuschuss hat sich nach Einschätzung der Bundesregierung trotzdem bewährt. Das Programm ist im Dezember 2016 verlängert und die Konditionen sind noch attraktiver als bisher gestaltet worden. Die Regelungen des INVEST-Zuschusses sind gegenüber der bisherigen Fassung an mehreren Stellen flexibilisiert worden. Hervorzuheben sind insbesondere folgende Änderungen:

1. Es ist nunmehr möglich, dass auch eine Investition über Wandeldarlehen INVEST-zuschussfähig ist. Voraussetzung ist allerdings, dass die Wandlung aus dem Darlehen innerhalb von 15 Monaten nach Ausstellung des Bewilligungsbescheides vorgenommen und dem Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) nachgewiesen wird. Der Erwerbzuschuss auf den gewandelten Betrag wird erst nach der Wandlung ausbezahlt.

2. Der höchstzulässige jährliche steuerfreie Zuschussbetrag von 20 % der Investition pro Business Angel wird auf EUR 100.000 verdoppelt.

3. Wie bisher sind sog. Business-Angels-Gesellschaften mbH INVEST-fähig. Bisher war die maximale Zahl der Gesellschafter auf vier begrenzt. Diese Zahl ist nunmehr auf maximal sechs Gesellschafter erhöht worden. Außerdem ist es nicht mehr erforderlich, dass ein Gesellschafter mehrheitlich beteiligt ist.

4. Für Investoren, die privat investieren (und kein Investmentvehikel nutzen), gibt es eine neue Form der Förderung, den sog. Exitzuschuss. Dieser sieht eine pauschale Erstattung der Steuern auf Veräußerungs-

gewinne in Höhe von 25 % auf den Gewinn vor, jedoch begrenzt auf maximal 80 % der ursprünglichen Investitionssumme.

Nicht nur für Business Angels lohnt es sich, sich mit dem Programm auseinanderzusetzen, sondern auch für Start-ups. Denn durch den Zuschuss können die Volumina der von Privatinvestoren eingeworbenen Mittel womöglich erhöht werden. Die ab 01.01.2017 geltenden Regelungen des INVEST-Programms sind auf der Homepage des Bundeswirtschaftsministeriums zu finden. Weitergehende Informationen bietet auch das für die Abwicklung des Zuschusses zuständige Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA).



Dr. Lorenz Jellinghaus

Rechtsanwalt, Partner
– Fachanwalt für Handels- und
Gesellschaftsrecht

jellinghaus@lutzabel.com

VERGABERECHT

Umgehung des Vergaberechts lohnt sich nicht!

RA Dr. Christian Kokew | kokew@lutzabel.com

Es kommt immer wieder vor: Ein Auftraggeber i.S.v. § 98 GWB beauftragt ein Unternehmen mit einer Bau-, Liefer- oder Dienstleistung, obwohl beiden (späteren) Vertragsparteien wohlbewusst ist, dass der Auftrag in einem förmlichen Vergabeverfahren hätte ausgeschrieben werden müssen. Das Oberlandesgericht Saarbrücken legt in der nachfolgend besprochenen Entscheidung vom 17.08.2016 (Az.: 1 U 159/14) ausführlich dar, welche erheblichen Folgen ein solches Vorgehen haben kann: Eine bewusste und gewollte Umgehung des Vergaberechts ist sittenwidrig, führt (damit) gemäß § 138 BGB zur Nichtigkeit des Vertrages und schließlich zum Verlust sämtlicher wechselseitiger Ansprüche bzgl. bereits erbrachter Leistungen.

1. Einleitung

Es sind zwar nur wenige Einzelfälle, sie wiederholen sich aber in regelmäßigen Abständen: Auftraggeber i.S.v. § 98 GWB beauftragen ihnen bekannte Unternehmen unter bewusster und übereinstimmender Missachtung des Vergaberechts. Soweit die hierfür erforderliche vergaberechtliche Expertise vorhanden ist, wird teilweise versucht, den Leistungsbeginn um sechs Monate nach Vertragsschluss zu verschieben, um eine Kenntnisnahme Dritter vom Vertragsschluss auszuschließen und auf diese Weise die potenzielle „Gefahr“ eines auf der Grundlage von § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB gegen den Vertragsschluss angestrebten Nachprüfungsverfahrens durch Ablauf der in § 135 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GWB vorgesehenen sechsmonatigen Ausschlussfrist zu beseitigen; vorausgesetzt, das konkrete Projekt lässt die Verzögerung des Leistungsbeginns in diesem Umfang zu. Während dieser vergaberechtliche „Trick“ noch bei einigen im Vergaberecht erfahrenen Auftraggebern und Unternehmen (sowie deren jeweiligen Beratern) bekannt sein könnte, berücksichtigen die Parteien regelmäßig nicht die teils erheblichen zivilrechtlichen und in Einzelfällen sogar strafrechtlichen Folgen des bewussten und gewollten Außerachtlassens des Vergaberechts. Die nachfolgend

dargelegten Feststellungen des Oberlandesgerichts (OLG) Saarbrücken im Beschluss vom 17.08.2016 (Az.: 1 U 159/14) verdeutlichen das jedenfalls für die zivilrechtlichen Folgen in eindrucksvoller Weise:

2. Sachverhalt

Ein öffentlicher Auftraggeber (AG) und ein Architekturbüro sind durch eine langjährige Geschäftsbeziehung miteinander verbunden. Der AG beauftragt das Architekturbüro im Zusammenhang mit der beabsichtigten Errichtung eines Museums mit umfangreichen Planungsleistungen auf der Grundlage eines Projektsteuerungsvertrages, mehreren Ergänzungsvereinbarungen zu diesem Projektsteuerungsvertrag sowie einem Architektenvertrag. Der Auftraggeber teilt die Planungsleistungen in mehrere Teillöse auf. Der Wert der jeweiligen Teillöse liegt unterhalb des maßgeblichen EU-Schwellenwerts. Entgegen § 3 Abs. 7 VgV unterlässt der Auftraggeber eine Addition der Honorare für die jeweiligen Teillöse. Obwohl sowohl Auftraggeber als auch Architekt Kenntnis darüber haben, dass die Honorarwerte der Teillöse gemäß § 3 Abs. 7 VgV zu addieren sind und die Planungsleistungen gem. der §§ 97 ff. GWB und damit europaweit ausgeschrieben werden müssen, beauftragt der AG das Architekturbüro direkt mit Planungsleistungen im Gesamtumfang von ca. EUR 1.000.000. Nach staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen kündigt der AG die mit dem Architekturbüro geschlossenen Verträge. Dieses klagt daraufhin sein offenes Honorar für erbrachte und infolge der vorzeitigen Vertragsbeendigung nicht mehr erbrachte Leistungen, letztere abzüglich ersparter Aufwendungen, ein. Der AG verlangt widerklagend ca. EUR 730.000. Hierbei handelte es sich um das von ihm bereits gezahlte Honorar.

3. Die Entscheidung

Das OLG Saarbrücken weist sowohl die Klage des Architekturbüros als auch die Widerklage des AG ab.

a) Das Gericht stellt zunächst fest, dass jedenfalls die Ergänzungsvereinbarungen und der Architektenvertrag dem GWB-Vergaberecht unterfallen und die entsprechenden Projektsteuerungs- und Architektenleistungen gem. §§ 97 ff. GWB in einem europaweiten Vergabeverfahren hätten ausgeschrieben werden müssen. Ein europaweites Vergabeverfahren hätte hier zwingend nach den §§ 97 ff. GWB erfolgen müssen, weil der AG als öffentlicher Auftraggeber i.S.v. § 98 Nr. 2 GWB a.F. (heute: § 99 Nr. 2 GWB) die als öffentlichen Dienstleistungsauftrag i.S.v. § 99 Nr. 3 a.F. (heute: § 103 Abs. 1, Abs. 4 GWB) zu bewertenden Planungsleistungen an ein Unternehmen vergeben hat, die Auftragswerte sämtlicher an das Architekturbüro vergebenen Planungsleistungen gemäß § 3 Abs. 7 VgV zusammen zu rechnen waren und der Gesamtwert den damals maßgeblichen EU-Schwellenwert deutlich überschritten hat.

b) Das OLG Saarbrücken stellt darüber hinaus fest, dass die streitgegenständlichen Ergänzungsvereinbarungen sowie der Architektenvertrag wegen Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 BGB nichtig sind. Das Gericht nimmt auf die zu § 138 Abs. 1 BGB ergangene Rechtsprechung Bezug und stellt klar, dass ein unter Außerachtlassung von Vergabevorschriften zum Nachteil potentieller (anderer) Bieter geschlossener Vertrag nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist, wenn der öffentliche Auftraggeber in bewusster Missachtung des Vergaberechts handelt und der Vertragspartner hiervon Kenntnis hat. Keine Rolle spielt nach Ansicht des Gerichts dabei der Inhalt der Verträge. Entscheidend sei allein das bewusste und gewollte Hinwegsetzen über vergaberechtliche gesetzliche Regelungen zum Nachteil potentieller Bieter und der Allgemeinheit, die ein Interesse an einem fairen Wettbewerb haben. Das Vergaberecht ziele nämlich nicht nur darauf ab, der öffentlichen Hand einen möglichst kostengünstigen Einkauf zu sichern. Es schütze darüber hinaus auch die allgemeine Rechts- und Werteordnung im Sinne von Korruptionsprävention, Öffnung bzw. Erhalt eines freien Marktzugangs und Wettbewerbsschutz durch Herstellung und Bewahrung einer wettbewerblichen Beschaffungsordnung sowie die damit verbundenen subjektiven Rechte Dritter, insbesondere anderer Marktteilnehmer.

c) Im letzten Teil seiner Entscheidung befasst sich das Oberlandesgericht schließlich mit der Frage, ob die von den Parteien geltend gemachten wechselseitigen Rückforderungsrechte bestehen. Das Oberlandesgericht stellt dabei fest, dass weder dem AG ein Anspruch auf Rückzahlung bereits gezahlter

Honorare noch dem Architekturbüro ein Anspruch auf Vergütung für bisher erbrachte, aber noch nicht honorierte Leistungen gem. § 812 Abs. 1 Alt. 1 BGB zustehen. Solche Ansprüche seien in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Nichtigkeit von Verträgen wegen Schwarzarbeit nach § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen. Nach dieser Regelung kommt eine Rückforderung erbrachter Leistungen nicht in Betracht, wenn der Leistende gegen die guten Sitten verstoßen hat. Diese Voraussetzungen lagen hier, wie vorstehend dargelegt, sowohl auf Seiten des AG als auch auf Seiten des Architekturbüros für die jeweils erbrachten Leistungen (Zahlungen/Planungsleistungen) vor.

4. Hinweise

Die Entscheidung des OLG Saarbrücken ist ein weiterer Warnschuss für alle dem Vergaberecht unterworfenen Auftraggeber, die bewusst und gewollt zusammen mit Unternehmen die Ausschreibungspflicht umgehen wollen. Ein Verstoß gegen § 138 BGB dürfte dabei vor allem für den jeweiligen in Vorleistung getretenen Auftragnehmer erhebliche nachteilige und im Einzelfall ggf. sogar existenzbedrohende Folgen haben: Zum einen kann er keine Vergütung für die bereits erbrachten, aber noch nicht vergüteten Leistungen verlangen. Er muss darüber hinaus damit rechnen, dass er in zukünftigen Vergabeverfahren wegen des durch sein Handeln ggf. begründeten fakultativen oder sogar ausschließlichen Ausschlussgrundes i.S.v. § 123 f. GWB ausgeschlossen wird.

Der Nachweis eines bewussten und gewollten Außerachtlassens einer zwingend erforderlichen Ausschreibung dürfte in der Praxis nur selten gelingen. Sollte ein entsprechender Nachweis bzw. Beweis aber vorliegen, kann dies neben der Nichtigkeit des Vertrages und des Ausschlusses von Rückforderungsansprüchen auch persönliche und – abhängig vom jeweiligen Einzelfall – ggf. auch strafrechtliche Konsequenzen für die handelnden Personen haben. Auch vor diesem Hintergrund sollte eine Umgehung des Vergaberechts unbedingt unterbleiben.



Dr. Christian Kokew
 _ Rechtsanwalt
 kokew@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.

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

Hamburg

Caffamacherreihe 8 · 20355 Hamburg
Telefon +49 40 3006996-0
Telefax +49 40 3006996-99
hamburg@lutzabel.com

Stuttgart

Heilbronner Straße 72 · 70191 Stuttgart
Telefon +49 711 252890-0
Telefax +49 711 252890-7799
stuttgart@lutzabel.com

Augsburg

Depotstraße 5 ½ · 86199 Augsburg
Telefon +49 999 828-0
Telefax +49 999 828-7999
augsburg@lutzabel.com

Brüssel

Rond Point Schuman 9/9 · 1040 Brüssel
Belgien
Telefon +32 2 2868593
Telefax +32 2 2301416
bruessel@lutzabel.com

www.lutzabel.com

