

MELCHERS

LAW

35 | AUSGABE
JANUAR/FEBRUAR 2013

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

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

MELCHERS LAW: EDITORIAL

Sehr geehrte Leserin,
sehr geehrter Leser,



auch in 2013 halten wir Sie mit unserer MELCHERS LAW wieder regelmäßig auf dem Laufenden: Wir informieren Sie über neue rechtliche Entwicklungen, sei es durch Gesetzgebung oder wichtige Urteile. Wir geben Ihnen Praxistipps, die helfen, unternehmerische Chancen zu nutzen oder Risiken zu vermeiden.

In dieser Ausgabe sehr zu empfehlen ist insofern der Praxisreport zum Arbeitsrecht bezüglich der Informationspflichten des (alten wie neuen) Arbeitgebers beim Betriebsübergang. Wer das lange vermisste klarstellende Urteil des Bundesarbeitsgerichts kennt, wird in Zukunft viele (Haftungs-)Risiken vermeiden können. Dasselbe gilt für diejenigen GmbH-Gesellschafter und Geschäftsführer in der von einer Krise geschüttelten GmbH, welche die in dieser MELCHERS LAW vorgestellte neue Rechtsprechung des BGH zum Auftrag der Prüfung der Insolvenzzreife an externe Steuerberater kennen.

Ich wünsche Ihnen eine interessante und unterhaltsame Lektüre.

Ihr Martin Koller-van Delden
m.koller.v.delden@melchers-law.com



MELCHERS LAW: IN DIESER AUSGABE

GESELLSCHAFTSRECHT

- | | |
|--|----|
| Verdeckte Sacheinlage bei fehlgeschlagener Einlageleistung | 02 |
| Verjährung der Existenzvernichtungshaftung im Gesellschaftsrecht | 03 |

HAFTUNGSRECHT

- | | |
|--|----|
| Einbeziehung von Gesellschaftern und Geschäftsführern in den Schutzbereich von Prüfaufträgen bei Insolvenzzreife | 04 |
|--|----|

URHEBERRECHT

- | | |
|---|----|
| Fortbestand von abgeleiteter Unterlizenz beim Erlöschen der Hauptlizenz | 04 |
|---|----|

WERKVERTRAGSRECHT

- | | |
|---|----|
| Höhe des Schadensersatzes bei unverhältnismäßigem Nachbesserungsaufwand | 06 |
| Kein Leistungsverweigerungsrecht für ungeklärte Vertragsstrafe in einer Bauverkettung | 07 |

>> PERSÖNLICH 03

>> PRAXISREPORT 05

>> FACHPUBLIKATIONEN 07



MELCHERS LAW: GESELLSCHAFTSRECHT

Verdeckte Sacheinlage bei fehlgeschlagener Einlageleistung

Mit Beschluss vom 10.07.2012 (Az.: II ZR 212/10) hatte der BGH zu entscheiden, ob eine Zahlung im Rahmen einer Kapitalerhöhung zur Erfüllung der Einlagepflicht führt, wenn die Einlageleistung im ersten Versuch nicht wirksam erbracht wurde und im Anschluss an den zweiten Versuch der fehlgeleistete Betrag an die Gesellschafterin zurückgewährt wird. Der BGH wertete dies als eine verdeckte Sacheinlage gemäß § 19 Abs. 4 GmbHG.

Sachverhalt

Die Gesellschafterin einer GmbH hatte noch vor Fassung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses den Erhöhungsbetrag mit dem Vermerk „Stammkapitalerhöhung“ auf das Konto der GmbH überwiesen. Das Geld stammte aus einem Darlehen, das sie zur Finanzierung aufgenommen hatte. Bei Fassung des Erhöhungsbeschlusses hatte die GmbH das Geld nahezu verbraucht.

Die Gesellschafterin zahlte den Betrag daraufhin mit dem Vermerk „Stammeinlage“ erneut an die GmbH, die diesen am selben Tag zugunsten der Gesellschafterin an deren Darlehensgeber zwecks Tilgung zurücküberwies. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH verlangte der Insolvenzverwalter die nochmalige Erbringung des Erhöhungsbetrages.

Entscheidung

Der BGH stellte zunächst fest, dass die Voreinzahlung der Gesellschafterin auf die Kapitalerhöhung nicht zum Erlöschen der Einlageforderung führte, da im Zeitpunkt der späteren Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung der entsprechende Betrag nicht mehr als solcher im Gesellschaftsvermögen vorhanden war. Den hieraus entstehenden Rückzahlungsanspruch gegen die GmbH könne die Gesellschafterin als „offene Sacheinlage“ in die GmbH einbringen. Unterbleibt dies aber, liegt eine *verdeckte Sacheinlage i.S.d. § 19 Abs. 4 GmbHG* vor, die *nicht* zu einer Befreiung von der Einlagepflicht führt. Die Gesellschafterin kann sich jedoch den Wert des eingebrachten Gegenstandes auf die Einlageforderung anrechnen lassen, soweit dieser werthaltig ist.

Die nochmalige Zahlung habe die Einlageforderung ebenfalls nicht zum Erlöschen gebracht, da der Betrag noch am selben Tag an die Gesellschafterin bzw. ihren Darlehensgeber zurückgeflossen sei, um den Rückgewähranspruch aus der Voreinzahlung zu erfüllen und die Darlehensverbindlichkeit der Gesellschafterin zu tilgen. Es handele sich hierbei auch nicht um einen Fall des Hin- und Herzählens nach § 19 Abs. 5 GmbHG. Diese Vorschrift erfasse nur solche Fälle gegenläufiger Zahlungen, bei denen die Gesellschaft mit der Rücküberweisung einen (vollwertigen und liquiden) Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter erwirbt. Hier habe die GmbH mit der Rückzahlung bloß eine Altverbindlichkeit gegenüber der Gesellschafterin tilgen wollen, aber keine neue Forderung gegen diese erworben; auch die Gesellschafterin wollte mit der zweiten Zahlung keine neue Verbindlichkeit eingehen, sondern sich

von ihrer Einlagepflicht befreien. Die Erfüllung der noch fortbestehenden Einlagepflicht kann bei der vorliegenden „verdeckten verdeckten Sacheinlage“ nur durch den Nachweis gelingen, dass die (als verdeckte Sacheinlage eingebrachte) *Bereicherungsforderung* der Gesellschafterin gegen die Gesellschaft *im Zeitpunkt der Anmeldung der Kapitalerhöhung vollwertig, d.h. durch entsprechendes Vermögen der Gesellschaft vollständig abgedeckt* war. Der BGH verwies die Sache deshalb zur weiteren Aufklärung an das OLG zurück.

Fazit: Der Beschluss verdeutlicht, wie gefährlich die Nichteinhaltung der gesetzlichen Reihenfolge bei Kapitalerhöhungen sein kann. Rückzahlungsansprüche können im Zusammenhang mit der Einlageleistung zum Problem werden, wenn die Gesellschaft insolvent wird und der Insolvenzverwalter die Wirksamkeit der Einlageleistung überprüft. Nach den Regeln zur verdeckten Sacheinlage kommt eine Anrechnung des Geleisteten auf die Einlageforderung nur infrage, wenn die Gesellschafterin nachweisen kann, dass ihre Bereicherungsforderung gegen die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Anmeldung der Kapitalerhöhung durch entsprechendes Vermögen der Gesellschaft vollständig gedeckt und damit werthaltig war. Bei einer Insolvenz der Gesellschaft kann dieser Nachweis in der Regel nicht erbracht werden, so dass die Einlage erneut zu leisten ist. <<

Florian Armbruster

f.armbruster@melchers-law.com



MELCHERS LAW: GESELLSCHAFTSRECHT

Verjährung der Existenzvernichtungshaftung im Gesellschaftsrecht

Bei der Insolvenz ist der Insolvenzverwalter aufgefordert, alle Ansprüche zu prüfen und zu verfolgen. Er hat die Ziele des Insolvenzverfahrens bestmöglich zu verwirklichen. Vordringliche Aufgabe des Insolvenzverwalters ist die Befriedigung der Gläubiger durch Sicherung und Erhaltung der Insolvenzmasse und deren Verwertung. Zur Insolvenzmasse einer Kapitalgesellschaft gehören auch mögliche Schadensersatzansprüche, wie beispielsweise solche aus der Existenzvernichtungshaftung. Der BGH hat deren Voraussetzungen in einem jüngeren Urteil nochmals deutlich herausgestellt und eine Konkretisierung des für diese geltenden Verjährungsbeginns vorgenommen.

Sachverhalt

In der Entscheidung des BGH vom 24.07.2012 (Az.: II ZR 177/11) ging es um eine Klage des Insolvenzverwalters der A-GmbH gegen den Alleingesellschafter ihrer Mehrheitsgesellschafterin, der B-GmbH. Die A-GmbH war im Jahr 2001 in Insolvenz gegangen, woraufhin der Insolvenzverwalter eine erste Klage über 1,2 Millionen Euro gegen die B-GmbH erhob und in dieser obsiegt hatte, hieraus jedoch nur etwa 200.000 Euro vollstrecken konnte. Nachdem der Alleingesellschafter im Jahr 2008 wegen Anstiftung zur Untreue verurteilt worden war, reichte der Insolvenzverwalter im Jahr 2009 eine weitere Klage wegen Existenzvernichtung in Höhe von mehr als 5 Millionen Euro ein. Das erstinstanzlich entscheidende LG Koblenz wies die Klage wegen Verjährung ab. Das über die Berufung entscheidende OLG Koblenz verwarf das Rechtsmittel mit gleicher Begründung.

Rechtliche Würdigung

Anders als die Vorinstanzen sah der BGH eine Verjährung als nicht gegeben, da für die *Existenzvernichtungshaftung* nach

§ 826 BGB auf die *allgemeinen Verjährungsregeln* der §§ 195, 199 BGB zurückzugreifen sei. Weiter stellte er klar: „Die regelmäßige *Verjährung* für den Anspruch aus Existenzvernichtungshaftung gegen den Gesellschafter-Gesellschafter einer GmbH *beginnt erst zu laufen*, wenn dem Gläubiger sowohl die *Umstände*, die einen Ersatzanspruch wegen Existenzvernichtungshaftung begründen, als auch die Umstände, aus denen sich ergibt, dass der mittelbare Gesellschafter als Schuldner in Betracht kommt, *bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt sind*.“

Mit Blick auf die Schadenshöhe ergänzte der BGH, dass der zu ersetzende Schaden regelmäßig nicht aus den angemeldeten Forderungen des Insolvenzverfahrens bestehe, sondern in den durch den Eingriff *verursachten Vermögensnachteilen* der Gesellschaft liege. Als *konkrete Schadenspositionen* benannte der BGH z. B. entzogene Vermögenspositionen, insolvenzbedingte Zerschlagungsverluste sowie einen etwa entgangenen Gewinn der Gesellschaft und, so die Gesellschaft nicht insolvenzreif geworden wäre, die Kosten des (vorläufigen) Insolvenzverfahrens.

Nicht zuletzt machte der BGH deutlich, dass eine *Existenzvernichtungshaftung gegen Gesellschafter-Gesellschafter* in Betracht komme, wenn diese sich an einem *existenzvernichtenden Eingriff gegen die GmbH* als Mittäter, Anstifter oder Gehilfe beteiligt haben.

Fazit: Wenn den Gesellschaftern „missbräuchliche, zur Insolvenz der GmbH führende oder diese vertiefende kompensationslose Eingriffe in das der Zweckbindung zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienende Gesellschaftsvermögen“ vorzuwerfen sind, kann sich ein Insolvenzverwalter der Existenzvernichtungshaftung zur Schadenskompensation bedienen. Dabei verjährten die Ansprüche aus der Existenzvernichtungshaftung nicht nach den Sonderregeln des GmbH-Rechts, sondern nach den allgemeinen Bestimmungen des BGB. Für den Verjährungsbeginn ist eine doppelte Kenntnis des Gläubigers – sowohl von den anspruchsbegründenden Umständen als auch von der Person des Haftenden – erforderlich, damit eine Klage mit hinreichender Aussicht auf Erfolg anhängig gemacht werden kann. <<

Marco Gogolin
m.gogolin@melchers-law.com

MELCHERS LAW: PERSÖNLICH

Philipp Scharfenberg

MELCHERS Heidelberg

Herr Scharfenberg ist seit 1. April 2012 als Rechtsanwalt bei MELCHERS tätig.

Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt auf dem Gebiet des Bau- und Architektenrechts sowie des Bauträgerrechts. Er berät sowohl Unternehmen als auch öffentliche Auftraggeber in allen Fragen dieser Rechtsgebiete.

Herr Scharfenberg über sich:



Ein guter Arbeitstag beginnt ...
... mit einem starken Kaffee und fahrradfahrerfreundlichem Wetter.

Am Anwaltsberuf reizt mich ...
... die Möglichkeit, ähnliche Sachverhalte aus unterschiedlichen Blickwinkeln betrachten zu können.

Wer es in meinem Job zu etwas bringen will ...
... muss selbstbewusst auftreten und dennoch sein Handeln gelegentlich kritisch hinterfragen.

Erfolge feiere ich ...
... bis in die frühen Morgenstunden.

Es bringt mich auf die Palme ...
... wenn andere Menschen unpünktlich oder phlegmatisch sind.

Zur Zeit beschäftigt mich ...
... die Pflichten eines Architekten bei der Rechnungsprüfung und die Restauration eines alten Stuhls. <<

MELCHERS LAW: HAFTUNGSRECHT

Einbeziehung von Gesellschaftern und Geschäftsführern in den Schutzbereich von Prüfaufträgen bei Insolvenzreife

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat zuletzt eine weitreichende Entscheidung hinsichtlich der möglichen Einbeziehung von Gesellschaftern und Geschäftsführern in den Schutzbereich von Prüfverträgen über eine mögliche Insolvenzreife getroffen (BGH, Urt. v. 14.06.2012; Az.: IX ZR 145/11).

Sachverhalt

Im streitentscheidenden Fall hatte die Klägerin als Gesellschafterin und Geschäftsführerin einer GmbH einen Steuerberater um Prüfung der Insolvenzreife ihres Unternehmens gebeten. Der Steuerberater war dabei bereits im Vorfeld für die Gesellschaft tätig gewesen und in diesem Rahmen auch mit der Erstellung von Jahresabschlüssen und Bilanzen der Gesellschaft betraut worden.

Der BGH kam im vorliegenden Fall zu dem Schluss, dass die im Rahmen der Prüfung abgegebenen Auskünfte des Steuerberaters wegen *mangelnder Aufklärung über die zum Zeitpunkt der Beauftragung vorliegende Insolvenzreife* fehlerhaft gewesen seien. Die Klägerin sei als Gesellschafterin und Geschäftsführerin in den Schutzbereich des zwischen der GmbH und dem Steuerberater geschlossenen Prüfvertrags einbezogen gewesen. Daher könnten *Schadensersatzansprüche der Klägerin gegen den Steuerberater* nicht ausgeschlossen werden.

Prüfvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Grundlage der Entscheidung bildet die auf dem *Prinzip von Treu und Glauben* (§ 242 BGB) fußende *ergänzende Vertragsauslegung* (§ 157 BGB), welcher unter anderem der Gedanke zugrunde liegt, dass der Vertragspartner die Leistung so zu erbringen hat, dass *bestimmbare Dritte* hierdurch nicht geschädigt werden. Kommt es im Rahmen der Vertragser-

füllung doch zu einer Schädigung, steht diesen Dritten ein eigener Schadensersatzanspruch gegen den Leistenden dann zu, wenn er in den *Schutzumfang des Vertrags einbezogen* wurde.

Fraglich ist allein, wann eine solche Einbeziehung vorliegt. Schutzwirkungen zugunsten Dritter werden von der Rechtsprechung insbesondere dann angenommen, wenn der Auftraggeber beim Auftragnehmer, der über eine *besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde* verfügt, ein Gutachten oder eine gutachterliche Äußerung in Auftrag gibt, und für den Auftragnehmer erkennbar ist, dass hierbei auch Drittinteressen zu berücksichtigen sind.

Gehen die Vertragsparteien bei Vertragsschluss übereinstimmend davon aus, dass die Prüfung auch im Interesse eines Dritten durchgeführt wird und das Ergebnis diesem Dritten als Entscheidungsgrundlage dienen soll, liege in der Übernahme des Auftrags die schlüssige Erklärung des Prüfers, auch im Interesse des Dritten *gewissenhaft und unparteiisch* prüfen zu wollen.

Auf dieser Grundlage sei die Streitgegenständliche Beauftragung dahingehend auszulegen, dass die Klägerin als Gesellschafterin sowie als Geschäftsführerin in den Schutzbereich des mit der GmbH geschlossenen Prüfvertrags eingebunden sei. Soweit sich Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH zur Klärung einer Insolvenzgefahr an den ständigen, auch mit der Abschlussprüfung befassten steuerlichen Berater des Unternehmens wenden würden, könne sich der Berater nicht der Einsicht verschließen, dass er neben den Belangen der GmbH auch diejenigen des Gesellschafters und Geschäftsführers zu wahren habe. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund der *dem Geschäftsführer drohenden Haftungsfolgen bei einer Missachtung der Insolvenzantragspflicht*.

Fazit: Der Entscheidung des BGH ist aufgrund ihrer Übereinstimmung mit den dogmatischen Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zuzustimmen. Trotz der augenscheinlichen Erweiterung des Haftungsrisikos für Berater im Vorfeld einer Insolvenz ist der Umstand zu berücksichtigen, dass die Vertragsparteien die Möglichkeit haben, vertraglich für bestimmbare Personen bzw. Personenkreise eine Haftung des Beraters auszuschließen. Geschäftsführer und Gesellschafter wiederum werden ein besonderes Interesse

daran haben, ihr ohnehin hohes Haftungsrisiko auf der Grundlage der Entscheidung des BGH gering zu halten. <<

Dr. Andreas Decker
a.decker@melchers-law.com

MELCHERS LAW: URHEBERRECHT

Fortbestand von abgeleiteter Unterlizenz beim Erlöschen der Hauptlizenz

Der BGH hat in zwei aktuellen Entscheidungen (BGH, Urteil vom 19.07.2012, Az.: I ZR 70/10 M2Trade; BGH, Urteil vom 19.07.2012, Az.: I ZR 24/11 – Take Five) die Rechtsposition des Inhabers einer Unterlizenz bei Erlöschen der Hauptlizenz gestärkt.

Sachverhalte

In einem Verfahren ging es um die *Nutzungsrechte* an einem *Computerprogramm*. Die Klägerin ist Inhaberin der ausschließlichen Nutzungsrechte und räumte einem anderen Unternehmen (Hauptlizenznehmerin) das Nutzungsrecht an diesem Programm ein. Dieses Unternehmen hat seinerseits einem dritten Unternehmen (Unterlizenznehmerin) ein Nutzungsrecht an dem Programm eingeräumt. Die *Klägerin kündigte* im weiteren Verlauf den mit der Hauptlizenznehmerin abgeschlossenen *Lizenzvertrag*. Die Klägerin hat die Beklagte Unterlizenznehmerin unter anderem auf Zahlung von Schadensersatz in Anspruch genommen und ist der Ansicht, dass durch die Kündigung des Vertrages mit der Hauptlizenznehmerin auch das seitens der Hauptlizenznehmerin der Unterlizenznehmerin eingeräumte Recht an sie zurückfalle.

In dem zweiten Verfahren ging es um das *Verlagsrecht* an einer *Komposition*. Die Klägerin ist Inhaberin der Nutzungsrechte an dieser Komposition. Sie räumte einem Musikverlag (Hauptlizenznehmerin) die Musikverlagsrechte für die Komposition ein. Der Musikverlag hat seinerseits an ein drittes Unternehmen *Subverlagsrechte* erteilt. Die Klägerin vereinbarte mit der Hauptlizenznehmerin



MELCHERS LAW: PRAXISREPORT

Mehr Licht im Dunkel – Rechtsprechung des BAG zur Unterrichtung bei Betriebsübergängen stabilisiert sich

Von einem Betriebs(teil)übergang betroffene Arbeitnehmer sind nach § 613a Abs. 5 BGB zu unterrichten. Die Anforderungen des BAG an diese Unterrichtung sind hoch, manche meinen: kaum erfüllbar. In mehr als einem Dutzend entschiedenen Fällen befand das BAG *nur eine Unterrichtung als ordnungsgemäß*. Nun hat es mit Urteil vom 10.11.2011 (Az.: 8 AZR 430/10) ein *zweites Unterrichtungsschreiben gebilligt*. Das Urteil ist sehr lesenswert; es enthält ein anschauliches, mehrseitiges Unterrichtungsschreiben und fasst die bisherige Rechtsprechung, zum Teil klarstellend, zusammen. Folgendes lässt sich hervorheben:

1. Leitlinie: Jede Unterrichtung soll den vom Übergang betroffenen Arbeitnehmern eine ausreichende Wissensgrundlage für ihre Entscheidung verschaffen, ob sie dem Übergang widersprechen oder nicht. Vor dieser Entscheidung sollen sie sich über den Übernehmer und die in § 613a Abs. 5 BGB genannten Umstände ein Bild machen, sich ggf. weiter erkundigen und beraten lassen können. Die Unterrichtung bezweckt „*keine umfassende Rechtsberatung*“. Es obliegt dem Arbeitnehmer selbst, „*die Angaben [in der Unterrichtung] mittels Subsumtion und gegebenenfalls auch durch weitere Erkundigungen für sein persönliches Arbeitsverhältnis umzusetzen*“, so das BAG.
2. *Offensichtlich fehlerhaft* ist die Unterrichtung, wenn nicht über die Person des Erwerbers und/oder einen in

der Vorschrift genannten Umstand unterrichtet wird bzw. diese unverständlich oder auf den ersten Blick mangelhaft ist.

3. Stets ist von der objektiv bestehenden Situation auszugehen. Es besteht keine Pflicht zu spekulativen Mitteilungen.
4. Die Unterrichtung über die rechtlichen Folgen des Übergangs muss präzise sein und juristisch zutreffen. Für Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge gilt: Sie sind zwar nicht im Detail aufzuführen (Selbstinformativpflicht des Arbeitnehmers nach der Unterrichtung), doch ist darauf hinzuweisen, ob sie kollektiv- oder individualrechtlich fortwirken oder ggf. durch beim Erwerber geltende Regeln abgelöst werden. Zu dieser schon für sich betrachtet sehr komplexen, schwierigen und zum Teil höchststrichterlich noch nicht entschiedenen Materie verlangt das BAG vom Arbeitgeber, die Rechtslage angemessen zu prüfen und – gegebenenfalls nach Einholung von Rechtsrat zur höchstrichterlichen Rechtsprechung – in der Unterrichtung eine rechtlich vertretbare Position kundzutun.
5. Unter Umständen kann im Einzelfall offen bleiben, ob der Übernehmer an in dessen Konzern existierende Konzernbetriebsvereinbarungen gebunden ist. Das kommt in Betracht, wenn diese keine wesentlichen Arbeitsbedingungen – verstanden als „*alle Vertragsbedingungen, deren Kenntnis*

für den Arbeitnehmer zur Geltendmachung seiner Rechte notwendig ist und deren Unkenntnis zu erheblichen Nachteilen führen kann“ – regeln.

6. Zwar müssen nicht sämtliche Konsequenzen eines Widerspruchs erörtert und dargestellt werden. Auch insoweit erwartet das BAG, dass Betroffene sich selbst erkundigen bzw. individuellen Rechtsrat einholen. Trotzdem müssen zu den Widerspruchsfolgen – oder zu anderen Aspekten – in der Unterrichtung über § 613a Abs. 5 BGB hinaus enthaltene Informationen aber stets rechtlich zutreffend sein. Falschinformationen, die den Arbeitnehmer in der Wahrnehmung seiner Rechte beeinflussen können, führen zu einer nicht ordnungsgemäßen Unterrichtung! Insoweit – aber nur insoweit – gilt also im Zweifel: Weniger ist mehr.

Praxisfolgen: Erfreulich ist, dass das BAG signifikant auch betroffene Arbeitnehmer in die Pflicht nimmt. Dennoch bleiben die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Unterrichtung beim Betriebsübergang und damit die Risiken vor allem für Veräußerer hoch. Eine ordnungsgemäße Unterrichtung muss sorgfältig vorbereitet werden und, bezogen auf den konkreten Einzelfall, eine ausführliche Darstellung zu den Folgen und denkbaren Maßnahmen nach dem Übergang erkennen lassen. Das erfordert regelmäßig fachkundigen Rechtsrat und verbietet den simplen Einsatz von Mustern. <<

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

schließlich, dass alle gegenseitigen Verpflichtungen aus dem Verlagsvertrag betreffend die Komposition beendet sind. Auch hier war die Klägerin der Ansicht, dass mit der Aufhebung des Hauptlizenzvertrages und dem damit verbundenen Erlöschen der Hauptlizenz auch die Unterlizenz erloschen sei, und hat eine entsprechende Feststellungsklage erhoben.

Entscheidungen

Der BGH hat in beiden Verfahren die *Revision* der jeweiligen Klägerin *zurückgewiesen*. Anschließend an seine Entscheidung vom 26.03.2009 (BGH, Az.: I ZR 153/06) hat der BGH seine Rechtsprechung weitergeführt, wonach das Schicksal der Unterlizenz nicht abhängig ist von dem Schicksal der Hauptlizenz. Unter Berücksichtigung des im gewerblichen Rechtsschutz geltenden Grundsatzes des *Sukzessionsschutzes* erstreckt sich nach Auffassung des BGH das Erlöschen der Hauptlizenz (zumindest) in den hier entschiedenen Konstellationen (Kündigung bzw. Vereinbarung über Aufhebung des Hauptlizenzvertrags) nicht auch auf die Unterlizenz. Insoweit sei die *Unterlizenz von dem Erlöschen der Hauptlizenz unabhängig*. Grund für diese Auffassung des BGH ist, dass bei *Abwägung der betroffenen Interessen* das *Interesse des Unterlizenznehmers* an einem Fortbestand der Unterlizenz das *Interesse des Hauptlizenzgebers* an einem Rückfall der Unterlizenz im Falle des Erlöschens der Hauptlizenz in aller Regel *überwiegt*. Dies liege auch darin begründet, dass das Interesse des Hauptlizenzgebers weitgehend dadurch gewahrt sei, dass er den Hauptlizenznehmer nach dem Erlöschen der Hauptlizenz auf Abtretung seines Anspruches gegen den Unterlizenznehmer auf Zahlung von Lizenzgebühren in Anspruch nehmen kann. Damit sei gerade nicht das unbillige Ergebnis gegeben, dass der nicht mehr berechnete Hauptlizenznehmer von Lizenzzahlungen des Unterlizenznehmers profitiere und der wieder berechnete Hauptlizenzgeber leer ausgehe.

Fazit: Im Zuge der Rechtssicherheit handelt es sich bei den Urteilen des BGH um zu begründende Entscheidungen. Insbesondere können im Rahmen von Lizenzketten Unterlizenznehmer nunmehr zukünftig darauf vertrauen, dass ihre Unterlizenz auch dann bestehen bleibt, wenn der zwischengeschaltete Hauptlizenznehmer, von dem sie ihre Unterlizenz ableiten, (z. B. durch Insolvenz) wegfällt. Ein Unterlizenznehmer muss sich dadurch in Zukunft keine Sorgen darüber machen, ob ihm durch Geschehnisse,

die seinem Machtbereich letztlich entzogen sind (das Verhältnis zwischen Hauptlizenzgeber und Hauptlizenznehmer), möglicherweise die Geschäftsgrundlage entzogen wird. <<

Marc Ruben Zimmert
m.zimmert@melchers-law.com

MELCHERS LAW: WERKVERTRAGSRECHT

Höhe des Schadensersatzes bei unverhältnismäßigem Nachbesserungsaufwand

Regelmäßig wendet der Werkunternehmer gegenüber dem Auftraggeber ein, die Mängelbeseitigung sei aufgrund hoher Kosten unverhältnismäßig. Die Unverhältnismäßigkeit wird nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bejaht, wenn das Ergebnis der Mängelbeseitigung bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe der Mängelbeseitigungskosten steht. Sobald der Unternehmer diese Hürde genommen hat, stellt sich die Frage, in welcher Höhe der Auftraggeber nun Schadensersatz geltend machen kann.

Diese Frage hat der Bundesgerichtshof erstmals in seiner Entscheidung vom 11.10.2012 (Az.: VII ZR 179/11) beantwortet.

Sachverhalt

Die Mängelbeseitigungskosten betragen EUR 44.000. Die Nutzung des Gebäudes wird durch den Mangel nicht beeinträchtigt. Der aufgrund des Mangels dem Auftraggeber jährlich entstehende Schaden betrug EUR 50. Das Berufungsgericht hat den Werkunternehmer trotz seines Einwands der Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung zur Zahlung von Schadensersatz in voller Höhe der Mängelbeseitigungskosten verurteilt.

Entscheidung

Der Bundesgerichtshof hat die Entscheidung aufgehoben. Der Auftraggeber soll durch seinen Schadensersatzanspruch nicht besser gestellt werden, als er durch die Mängelbeseitigung stünde. Wenn der Unternehmer nun berechtigterweise die

Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung einwendet, besteht kein Grund, ihm gleichwohl im Wege des Schadensersatzes die Erstattung der vollen Mängelbeseitigungskosten abzuverlangen.

Der Auftraggeber kann mangelbedingten Schadensersatz stets nur in Höhe der Verkehrswertminderung beanspruchen, wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung zu Recht als unverhältnismäßig verweigert.

Die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit richtet sich dabei nach den für § 251 Abs. 2 S. 1 BGB maßgeblichen Kriterien. Eine weitere Voraussetzung der Unverhältnismäßigkeit ist damit auch das fehlende Verschulden des Werkunternehmers. Setzt sich dieser bewusst über die Vorgaben des Auftraggebers hinweg, ist ihm der Einwand der Unverhältnismäßigkeit verwehrt.

Zugleich hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass die für die Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs grundsätzlich notwendige *Fristsetzung zur Mängelbeseitigung entbehrlich ist, wenn der Werkunternehmer die Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung einwendet*.

Fazit: Der Bundesgerichtshof stärkt mit seiner Entscheidung die Position der Werkunternehmer. Ist die Mängelbeseitigung unverhältnismäßig, ist maximal die Verkehrswertminderung zu ersetzen. Allerdings ist vor dem vorschnellen Einwand der Unverhältnismäßigkeit durchaus Vorsicht geboten. Bei unberechtigtem Einwand droht die Haftung in voller Höhe der Mängelbeseitigungskosten durch Drittunternehmen. Diese sind regelmäßig höher als die Kosten der Mängelbeseitigung durch eigene Mitarbeiter. <<

Frederic Jürgens
f.jurgens@melchers-law.com



MELCHERS LAW: FACHPUBLIKATIONEN

Aufsätze

Frau Rechtsanwältin Katja König hat in der Zeitschrift NZA-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht (NZA-RR 2012, S. 449 ff.) einen Aufsatz zur aktuellen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu Zielvereinbarung und Zielbonus veröffentlicht. Der Beitrag skizziert die rechtlichen Rahmenbedingungen für Zielbonus und Zielvereinbarung und widmet sich im Folgenden der neuesten Rechtsprechung zur Kürzung bzw. zum vollständigen Wegfall des Bonusanspruchs in Zeiten von wirtschaftlichen und finanziellen Krisen sowie zur Zulässigkeit von sog. Stich-

tagsklauseln im Falle eines Ausscheidens des Arbeitnehmers während bzw. zum Ende des laufenden Geschäftsjahres. <<

Herr Rechtsanwalt Marco Gogolin, LL.M., hat im Jahrbuch für Ostrecht (Band 53, 2. Halbband, 2012, S. 261-274) einen Aufsatz zum Prozesskostenhilferecht in Ungarn veröffentlicht. Er befasst sich mit aktuellen rechtspolitischen Entwicklungen des EU-Mitgliedsstaats und zieht einen Vergleich zu bestehenden Regelungen im deutschen Recht (§§ 114 ff. ZPO). <<



MELCHERS LAW: WERKVERTRAGSRECHT

Kein Leistungsverweigerungsrecht für ungeklärte Vertragsstrafe in einer Bauvertragskette

Vereinbaren Bauvertragspartner für den Fall einer Leistungsverzögerung wirksam eine Vertragsstrafe, so fällt diese mit dem Eintritt des Verzugs (schuldhafter Terminüberschreitung) an. Der nicht rechtzeitig leistende Auftragnehmer hat die wirksam versprochene Vertragsstrafe zu zahlen. Komplizierter stellt sich hingegen der Fall dar, wenn die *Verwirkung einer Vertragsstrafe noch ungeklärt* ist und ein Nachunternehmer (NU) des Hauptauftragnehmers (AN) für die Verzögerung verantwortlich ist. Kann in diesem Fall der Hauptauftragnehmer, der dem Auftraggeber (AG) eine Vertragsstrafe versprochen hat, die (noch ungeklärte) Vertragsstrafe gegenüber dem Nachunternehmer geltend machen? Dies hatte der Bundesgerichtshof am 06.09.2012 (Az.: VII ZR 72/10) zu entscheiden.

Der Sachverhalt

Der AN wurde von dem AG, einem Generalübernehmer, mit Leistungen der Haustechnik an einer Sportarena beauftragt. Dabei vereinbarten die Vertragspartner eine *Vertragsstrafe* für den Fall der Leistungsverzögerung. Der AN über-

trug daraufhin dem NU Arbeiten der Fernmeldetechnik einschließlich der Brand- und Einbruchsmeldung. Der NU konnte den vereinbarten *Fertigstellungstermin* zum 12.08.2005 *nicht einhalten*. Hierdurch konnte auch der AN an seinem gegenüber dem AG versprochenen Fertigstellungstermin nicht festhalten. Der AG machte daher gegenüber dem AN die *verwirkte Vertragsstrafe geltend*. In dem daran anschließenden Rechtsstreit wendet der AN gegenüber dem AG ein, eine Vertragsstrafe sei *nicht wirksam vereinbart* worden und daher nicht wirksam. Gleichzeitig klagt der NU vom AN seinen Werklohn für seine erbrachten Leistungen ein. Der AN vertritt die Auffassung, er besitze ein *Zurückbehaltungsrecht solange, wie eine Klärung* des Vertragsstrafenspruchs *noch nicht erfolgt* sei. Das Berufungsgericht teilte im Ergebnis die Auffassung des AN.

Die Entscheidung

Der Bundesgerichtshof sieht dies anders. Der AN sei *nicht dazu berechtigt*, die in Rede stehende *Vertragsstrafe bei der Werklohnforderung des NU in Abzug zu bringen*. Jedenfalls in dem Fall, in dem der AN selbst – wenn auch in einem Rechtsstreit mit dem AG – vorträgt, eine Vertragsstrafe bestehe nicht, ist die Zahlungsverweigerung wegen dieser Vertragsstrafe vom *Schutzzweck der haftungsbegründenden Norm* nicht umfasst. Dass den Ansprüchen eines Unternehmers – hier des AN – die Verwirkung einer Vertragsstrafe entgegengehalten wird und er daher zur Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe veranlasst ist, stelle ein *allgemeines*

Lebensrisiko dar, welches nicht zu Lasten eines Dritten – hier des NU – gehen dürfe. Die Geltendmachung einer Vertragsstrafe beziehe sich nämlich allein auf das *Vertragsverhältnis zwischen dem AG und dem AN* und lasse es daher *nicht* zu, die hieraus entstehenden Schwierigkeiten auf den NU *abzuwälzen*. Dies soll selbst dann gelten, wenn die Schwierigkeiten auf eine *Pflichtverletzung des NU* zurückzuführen sind.

Fazit: Derjenige, der mit „gespaltener Zunge spricht“, wird im Zweifel nicht verstanden. Es erscheint widersprüchlich, dass der Auftragnehmer gegenüber dem Bauherrn eine Vertragsstrafe als unbegründet zurückweist, während er gegenüber seinem Nachunternehmer gleichzeitig behauptet, die Vertragsstrafe sei in jenem Rechtsverhältnis angefallen.

Es besteht aber lediglich im Hinblick auf Tatsachen eine prozessuale Wahrheitspflicht. In Rechtsfragen darf jedoch in dem jeweiligen Rechtsstreit die für die Partei günstigste Position eingenommen werden (vgl. hierzu z. B. OLG Brandenburg, Urt. v. 10.12.1998 – Az.: 8 U 89/97).

Es muss also in baurechtlichen Rechtsstreitigkeiten in einem „Dreiecksverhältnis“ vom Generalunternehmer in der „Mittelposition“ fein unterschieden werden, ob er in den beiden Prozessen verschiedene Rechtsansichten vertreten will (das ist zulässig) oder ob er unterschiedliche Tatsachen behauptet (das verstößt gegen die prozessuale Wahrheitspflicht). <<

Philipp Scharfenberg
p.scharfenberg@melchers-law.com



MELCHERS LAW: AUTOREN DIESER AUSGABE

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



DR. ANDREAS DECKER

ist vor allem auf den Gebieten des Handels- und Gesellschaftsrechts tätig. Daneben gehören das Bank- und Kapitalmarktrecht sowie das Wettbewerbsrecht zu den Schwerpunkten seiner Mandatsbetreuung.



FREDERIC JÜRGENS

berät mittelständische Unternehmen und Investoren sowohl im Bau- und Architektenrecht als auch im Vergaberecht.



PHILIPP SCHARFENBERG

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



FLORIAN ARMBRUSTER

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



MARCO GOGOLIN

LL.M., berät deutsche und ausländische Unternehmen insbesondere im Bereich des Handels- und Gesellschaftsrechts.



AXEL J. KLASEN

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



MARC RUBEN ZIMMERT

berät nationale und internationale Mandanten unter anderem in allen Bereichen des gewerblichen Rechtsschutzes, insbesondere im Marken- und Urheberrecht. Zu seinen weiteren Tätigkeitsschwerpunkten gehört das Wettbewerbs- und Vertragsrecht.

MELCHERS LAW: IMPRESSUM

HERAUSGEBER

Melchers Rechtsanwälte
Partnerschaftsgesellschaft

CHEFREDAKTION

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

KONZEPTION UND GESTALTUNG

www.fischerziegler.com

ERSCHEINUNGSWEISE

6 Ausgaben pro Jahr

NACHBESTELLUNGEN

newsletter@melchers-law.com

STANDORTE UND KONTAKT

HEIDELBERG

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

BERLIN

Katharinenstraße 8
10711 Berlin, Deutschland
T +49-(0)30-3101399-0
F +49-(0)30-3101399-10
E berlin@melchers-law.com

FRANKFURT AM MAIN

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

www.melchers-law.com